

15/16/CR5bis/C4



CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME



ISTITUTO PER L'INNOVAZIONE E TRASPARENZA DEGLI APPALTI E LA COMPATIBILITA' AMBIENTALE

# **DOCUMENTO DI ANALISI DELLA DIRETTIVA 2014/24/UE IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI**

Roma, 19 febbraio 2015



## **DOCUMENTO DI ANALISI DELLA DIRETTIVA 2014/24/UE IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI**

Il presente documento è stato adottato dal Consiglio Direttivo di ITACA nella seduta del 18 dicembre 2014, dalla Commissione Infrastrutture, Mobilità e Governo del Territorio nella seduta del 18 febbraio 2015, ed approvato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome nella seduta del 19 febbraio 2015.

Il documento, elaborato nell'ambito dell'AREA 1 Contratti Pubblici di ITACA, è stato redatto da uno specifico Gruppo di lavoro ristretto "Direttive Appalti", coordinato dalla dott.ssa Ivana Malvaso (*Regione Toscana*) e dalla dr.ssa Mariagrazia Bortolin (*Regione Veneto*). Il GdL è composto da:

Dr.ssa Cristina Bobbio, *Regione Friuli Venezia-Giulia*  
Dr.ssa Maria Grazia Bortolin, *Regione Veneto*  
Dr.ssa Milena Cannizzaro, *Confcooperative*  
Dr.ssa Antonella Grasso, *CNA*  
Dr.ssa Diana Luddi, *Regione Friuli Venezia-Giulia*  
Dr.ssa Ivana Malvaso, *Regione Toscana*  
Dr. Pierdanilo Melandro, *ITACA*  
Avv. Paolo Michiara, *Esperto*  
Dr.ssa Federica Morgera, *Regione Friuli Venezia-Giulia*  
Avv. Massimo Ricchi, *Esperto*  
Dr.ssa Stefania Rosi Bonci, *Regione Umbria*  
Ing. Giancarlo Teresi, *Regione Sicilia*  
Dr.ssa Glenda Zanolla, *Regione Friuli Venezia-Giulia*

Il Gruppo di lavoro si è avvalso del supporto scientifico del Prof. Mariano Protto e dell'avv. Federico Ventura.

ITACA, organo tecnico della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, opera attraverso specifici gruppi di lavoro composti da funzionari e dirigenti regionali competenti in materia, organizzati nelle seguenti Aree tematiche: I. Contratti Pubblici, II. Sostenibilità Energetica e Ambientale, III. Sicurezza sul Lavoro, IV. Legalità e Trasparenza, V. Capitolati tecnici e Prezzari, VI. Edilizia e Governo del Territorio, VII. Osservatorio Regionale Appalti, VIII. Partenariato Pubblico Privato.

COMMISSIONE INFRASTRUTTURE, MOBILITA' E GOVERNO DEL TERRITORIO è una delle undici Commissioni permanenti istituite dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome di supporto alle decisioni dell'Assemblea dei Presidenti regionali in ordine ai temi inerenti lo sviluppo delle infrastrutture per la mobilità, del trasporto in tutte le sue modalità e, in particolare, del trasporto pubblico locale, e infine sui temi degli appalti pubblici e concessioni. La Commissione si avvale di un coordinamento tecnico composto da funzionari e dirigenti regionali competenti per materia.

### **CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME**

Presidente: On. Sergio Chiamparino (Regione Piemonte)  
Via Parigi, 11 - 00185 ROMA  
Tel. 06.4888291 Fax 06.4881658 Email: [conferenza@regioni.it](mailto:conferenza@regioni.it)

### **COMMISSIONE INFRASTRUTTURE, MOBILITA' E GOVERNO DEL TERRITORIO**

Coordinatore: Assessore Sergio Vetrella (Regione Campania)  
Centro Direzionale, Isola C3 – 80143 NAPOLI  
Tel. 081.7969215 Fax 081.7969535 Email: [ass.vetrella@regione.campania.it](mailto:ass.vetrella@regione.campania.it)  
Via Poli, 29 - 00187 ROMA  
Tel. 06.69761536/27 Fax 06.69761545 Email: [giuseppe.dangelo@regione.campania.it](mailto:giuseppe.dangelo@regione.campania.it)

ITACA – Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale

Presidente: Assessore Massimo Giorgetti (Regione Veneto)  
Via del Viminale, 43 - 00184 ROMA  
Tel. 06.6782620 Fax 06.6781759 Email: [segreteria@itaca.org](mailto:segreteria@itaca.org)



## INDICE

PREFAZIONE .....	7
ANALISI ARTICOLATO:	
Articolo 1 – Oggetto e ambito di applicazione .....	11
Articolo 2 – Definizioni .....	11
Articolo 3 – Appalti misti .....	12
Articolo 4 – Importi delle soglie .....	13
Articolo 5 – Metodi di calcolo del valore stimato degli appalti .....	14
Articolo 6 – Revisione delle soglie e dell’elenco delle autorità governative centrali .....	15
Articolo 7 – Appalti relativi ai settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali .....	16
Articolo 8 – Esclusioni specifiche nel settore delle comunicazioni elettroniche .....	16
Articolo 9 – Appalti pubblici aggiudicati e concorsi di progettazione organizzati in base a norme internazionali .....	16
Articolo 10 – Esclusioni specifiche per gli appalti di servizi .....	17
Articolo 11 – Appalti di servizi aggiudicati in base a un diritto esclusivo .....	22
Articolo 12 – Appalti pubblici tra enti nell’ambito del settore pubblico .....	22
Articolo 13 – Appalti sovvenzionati dalle amministrazioni aggiudicatrici .....	29
Articolo 14 – Servizi di ricerca e sviluppo .....	30
Articolo 18 - Principi per l’aggiudicazione degli appalti .....	30
Articolo 19 – Operatori economici .....	31
Articolo 20 – Appalti riservati .....	32
Articolo 21 – Riservatezza .....	33
Articolo 22 – Regole applicabili alle comunicazioni .....	34
Articolo 24 – Conflitti di interessi .....	36
Articolo 26 – Scelta delle procedure .....	37
Articolo 27 – Procedura aperta .....	41
Articolo 28 – Procedura ristretta .....	41
Articolo 29 – Procedura competitiva con negoziazione .....	42
Articolo 30 – Dialogo competitivo .....	45
Articolo 31 – Partenariato per l’innovazione .....	47
Articolo 32 – Procedura negoziata senza previa pubblicazione .....	50
Articolo 33 – Accordi Quadro .....	52
Articolo 34 – Sistemi dinamici di acquisizione .....	53
Articolo 35 – Aste elettroniche .....	57
Articolo 36 – Cataloghi elettronici .....	58
Articolo 37 – Centrali di Committenza .....	59
Articolo 38 – Appalti congiunti occasionali .....	63
Articolo 39 – Appalti che coinvolgono amministrazioni aggiudicatrici di Stati membri diversi .....	64
Articolo 40 – Consultazioni preliminari di mercato .....	65
Articolo 41 – Partecipazione precedente di candidati o offerenti .....	67
Articolo 42 – Specifiche tecniche .....	69
Articolo 43 – Etichettature .....	70
Articolo 44 – Relazioni di prova, certificazione e altri mezzi di prova .....	70
Articolo 45 – Varianti .....	70
Articolo 46 – Suddivisione degli appalti in lotti .....	72
Articolo 47 – Fissazione di termini .....	75
Articolo 48 – Avvisi di preinformazione .....	76
Articolo 49 – Bandi di gara .....	77
Articoli 50 – Avvisi relativi agli appalti aggiudicati .....	77
Articolo 51 – Redazione e modalità di pubblicazione del bando e degli avvisi .....	78

Articolo 52 – Pubblicazione a livello nazionale .....	79
Articolo 54 – Inviti ai candidati .....	79
Articolo 55 – Informazione dei candidati e degli offerenti .....	80
Articolo 56 – Principi generali .....	81
Articolo 57 – Motivi di esclusione .....	85
Articolo 58 – Criteri di selezione .....	93
Articolo 59 – Documento di gara unico europeo (DGUE) .....	95
Articolo 60 – Mezzi di prova .....	100
Articolo 61 – E-Certis .....	102
Articolo 62 – Norme di garanzia della qualità e norme di gestione ambientale .....	103
Articolo 63 – Affidamento sulle capacità di altri soggetti .....	104
Articolo 64 – Elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti e certificazione da parte di organismi di diritto pubblico o privato .....	103
Articolo 65 – Riduzione del numero di candidati altrimenti qualificati da invitare a partecipare .....	104
Articolo 66 – Riduzione del numero di offerte e soluzioni .....	109
Articolo 67 – Criteri di aggiudicazione dell'appalto .....	111
Articolo 68 – Costi del ciclo di vita .....	118
Articolo 69 – Offerte anormalmente basse .....	119
Articolo 70 – Condizioni di esecuzione dell'appalto .....	120
Articolo 71 – Subappalto .....	121
Articolo 72 – Modifica di contratti durante il periodo di validità .....	126
Articolo 73 – Risoluzione dei contratti .....	131
Articolo 74 – Aggiudicazione degli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici .....	132
Articolo 75 – Pubblicazione degli avvisi e dei bandi .....	135
Articolo 76 – Principi per l'aggiudicazione degli appalti .....	135
Articolo 77 – Appalti riservati per determinati servizi .....	137
Articolo 78 – Ambito di applicazione .....	139
Articolo 79 – Bandi e avvisi .....	140
Articolo 80 – Organizzazione dei concorsi di progettazione e selezione dei partecipanti .....	140
Articolo 81 – Composizione della commissione giudicatrice .....	140
Articolo 82 – Decisioni della commissione giudicatrice .....	140
Articolo 83 – Applicazione .....	140
Articolo 84 – Relazioni Uniche sulle procedure di aggiudicazione degli appalti .....	142
Articolo 85 – Presentazioni di relazioni nazionali e informazioni statistiche .....	144
Articolo 86 – Cooperazione Amministrativa .....	145
SCHEDE DI SINTESI .....	147

## **PREFAZIONE**

Il 2014, per i contratti pubblici, ha visto l'inizio di un processo di riforma di particolare rilevanza in quanto, con l'approvazione da parte del legislatore comunitario delle tre nuove direttive in materia di appalti e concessioni (23/2014 che disciplina le concessioni di servizi e lavori, 24/2014 che disciplina gli appalti di forniture, servizi e lavori e la 25/2014 che disciplina gli appalti di forniture, servizi e lavori nei settori speciali), ha preso avvio per il nostro legislatore la complessa attività di recepimento che, nell'attuale momento storico, costituisce un'importante occasione per rivedere l'attuale normativa nazionale in materia di appalti.

Itaca nel suo ruolo di supporto alla Conferenza delle Regioni e agli operatori pubblici e privati che operano negli appalti ha intrapreso un lavoro di analisi delle direttive, partendo dalla direttiva che disciplina gli appalti di forniture, servizi e lavori, la 24/2014, attraverso un Gruppo di lavoro ristretto "Direttive appalti" istituito, nell'ambito del Gruppo di lavoro "Direttive UE Appalti Pubblici", il 18 maggio 2014 all'interno dell'Area tematica "Contratti pubblici".

Esso costituisce attuazione dell'iniziativa assunta dal Gruppo di lavoro "Contratti pubblici" allo scopo di rispondere ad un segnale diffuso di necessità di conoscenza delle rilevanti e significative innovazioni che interesseranno lo strategico settore degli appalti pubblici con il recepimento delle tre Direttive europee pubblicate nel mese di marzo del 2014.

Il gruppo di lavoro composto da funzionari pubblici, rappresentanti delle categorie imprenditoriali ed esperti del settore ha sviluppato il suo lavoro con un approccio tecnico e neutrale procedendo con l'analisi del testo delle disposizioni della direttiva e dei considerando al fine di evidenziare le opportunità e le criticità delle nuove regole sugli appalti pubblici- senza assumere posizioni al riguardo- tenendo conto anche delle finalità e priorità che hanno ispirato il legislatore comunitario della riforma: facilitare l'accesso delle Piccole Medie Imprese al mercato degli appalti pubblici, favorire la realizzazione degli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, assicurando al contempo un efficiente uso dei finanziamenti pubblici, promuovere la dematerializzazione delle procedure di gare e l'innovazione negli appalti, ecc..

Tale analisi costituisce il punto di partenza per poter recepire le disposizioni della direttiva e costituisce un elemento necessario per il ruolo che la Conferenza delle Regioni sarà chiamata a svolgere ai fini del rilascio del parere sul testo di recepimento e per esprimere le proprie posizioni favorevoli o contrarie sulle scelte che il legislatore dovrà operare, in particolare relativamente alle disposizioni a recepimento facoltativo.

Gli strumenti individuati per l'attuazione di questi ambiziosi obiettivi infatti sono destinati a produrre un considerevole impatto sul funzionamento e sull'organizzazione del nostro sistema, e sullo stesso modo di concepire e gestire l'intero ciclo del contratto. Basti pensare: alla preferenza accordata alle procedure negoziate nell'ottica di promuovere la ricerca di soluzioni innovative, alla ridefinizione della disciplina dei criteri di aggiudicazione e all'introduzione del criterio del costo del "ciclo di vita", all'obbligo di utilizzo degli strumenti elettronici di comunicazione per la presentazione delle offerte, ecc.

In fase di analisi sono state messe a confronto le nuove disposizioni con quelle della precedente direttiva e con quelle contenute nell'attuale normativa nazionale.

Durante l'analisi sono state evidenziate:

- la previsione di disposizione a recepimento obbligatorio o facoltativo;
- la presenza nei considerando di previsioni che andrebbero trasfuse in articoli, in quanto contenenti elementi per la corretta applicazione della direttiva;
- opportunità che in fase di recepimento potrebbero essere colte dal legislatore nazionale;

- criticità presenti anche in relazione all'attuale assetto normativo che andrebbero tenute in considerazione;
- l'impatto delle disposizioni sulle MPMI.

In particolare, in merito alle disposizioni a recepimento facoltativo, nell'analisi dei singoli articoli, al fine di porre l'accento sull'esigenza di valutare con particolare attenzione le differenti opzioni offerte al riguardo dal legislatore comunitario, sono state precisate le diverse declinazioni assunte da tale forma di recepimento, così inquadrabili:

- ipotesi in cui l'ambito del recepimento facoltativo comprende l'intera disciplina di un istituto o di una sua parte (es. art. 39- Appalti riservati, art. 26, paragrafo 6 e art. 32- Procedura negoziata senza previa pubblicazione, art. 37- Attività di centralizzazione delle committenze e centrali di committenza, art. 71, paragrafo 3 –pagamento diretto del subappaltatore);
- regole destinate a trovare diretta applicazione, salva disposizione nazionale di recepimento che ne restringa o escluda integralmente l'applicazione (es. art. 56, paragrafo 2, secondo comma- inversione delle fasi di gara e paragrafo 3- soccorso istruttorio);
- fattispecie nelle quali l'ambito oggettivo del recepimento facoltativo si riferisce alle modalità specifiche con cui gli Stati membri possono disciplinare un peculiare aspetto della materia, in deroga a quanto direttamente previsto dalla Direttiva (es. art. 22, paragrafo 4- possibilità di richiedere l'uso di strumenti elettronici di comunicazione specifici per gli appalti di lavori e i concorsi di progettazione, art. 26, paragrafi 5 e 6- indizione di procedura mediante avviso di preinformazione, art. 57, par. 3- deroga alle cause di esclusione obbligatorie e a quelle indicate nel paragrafo 2, art. 71, paragrafo 2 – richiesta all'offerente di indicare le parti che intende subappaltare a terzi);
- disposizioni che attribuiscono agli Stati membri la facoltà di delimitare i poteri discrezionali riconosciuti alle amministrazioni aggiudicatrici dalla Direttiva con norma altrimenti direttamente applicabile, rendendo obbligatori per le amministrazioni stesse, a seconda dei casi, l'assunzione di determinati atti (es. art. 57, paragrafo 2, comma 2 e paragrafo 4- cause di esclusione indicate come “facoltative” per le amministrazioni aggiudicatrici e che possono essere rese obbligatorie dagli Stati membri, art. 63, paragrafo 1, secondo comma- richiesta di sostituzione dell'impresa ausiliaria nell'avvalimento), ovvero le modalità di ottemperanza a determinate condizioni (es. art. 19, paragrafo 2- disciplina, da parte dello Stato membro, delle condizioni generali per l'ottemperanza dei requisiti di qualificazione da parte dei raggruppamenti di operatori economici, che altrimenti le Amministrazioni potrebbero definire direttamente nella *lex specialis*).

In questa logica è stato articolato il documento che per ogni articolo evidenzia i collegamenti con i considerando e i corrispondenti articoli della precedente direttiva 18/2004, contiene l'analisi della disposizione, le opportunità, le criticità e l'impatto sulle MPMI.

Il documento ha preso in considerazione gli articoli da 1 a 86, il gruppo di lavoro si è soffermato maggiormente su quegli articoli che contengono disposizioni innovative di particolare rilievo o per le quali, all'interno del nostro ordinamento sono ancora presenti delle criticità applicative, che possono essere risolte in fase di recepimento.

Per ogni articolo è stata redatta una scheda di sintesi quale strumento più agevole nella fase di esame anche del testo di recepimento che sarà predisposto dal nostro legislatore.



Al presente documento farà seguito uno studio ed un'analisi dei contenuti della Direttiva 2014/23/UE relativa ai contratti di concessione.

Dr.ssa Ivana Malvaso  
*Coordinamento GdL "Direttive Appalti"*



## **DOCUMENTO DI ANALISI DELLA DIRETTIVA 2014/24/UE IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI**

### **ANALISI ARTICOLATO**

#### **Articolo 1 - Oggetto e ambito di applicazione**

- *Considerando 1-7, Direttiva 2014/24/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

L'articolo 1 propone una prima delimitazione dell'ambito oggettivo di applicazione della direttiva in commento, risultando innovativo rispetto alla precedente direttiva che non conteneva una analoga previsione.

L'articolo, in considerazione del fatto che le amministrazioni perseguono le proprie finalità istituzionali attraverso forme diverse di intervento pubblico che comportano un esborso di fondi pubblici, si propone di precisare quali tra queste forme rientra nell'ambito di applicazione della direttiva in commento, ferma restando la libertà di scelta degli Stati membri tra queste.

Come si evince dal considerando 4 e dal paragrafo 1, la direttiva vuol prendere in considerazione le acquisizioni di lavori forniture o prestazioni di servizio a titolo oneroso per mezzo di un appalto pubblico. La disposizione si apre infatti al paragrafo 1 e ne segna l'incipit, prescrivendo che *“La presente direttiva stabilisce norme sulle procedure per gli appalti indetti da amministrazioni aggiudicatrici, per quanto riguarda appalti pubblici e concorsi pubblici di progettazione il cui valore è stimato come non inferiore alle soglie stabilite all'articolo 4”*.

Nel paragrafo 2 poi, per distinguere l'appalto dalle altre modalità di intervento pubblico, utilizza il termine acquisizione da intendersi, come si evince dal considerando 4, in senso atecnico. Il legislatore afferma infatti che *“La nozione di acquisizione dovrebbe essere intesa in senso ampio, ossia nel senso che le amministrazioni aggiudicatrici ottengono i vantaggi dei lavori, delle forniture o dei servizi in questione senza che sia necessariamente richiesto un trasferimento di proprietà”*. Nel concetto di acquisizione possono rientrare contratti a titolo oneroso da cui deriva un vantaggio per l'amministrazione anche senza il trasferimento della proprietà come la locazione finanziaria o altre forme contrattuali.

Restano pertanto fuori dall'ambito della direttiva, in base al combinato disposto del considerando 4 e dell'articolo 1, i finanziamenti e le sovvenzioni, le autorizzazioni all'esercizio di determinate attività, l'organizzazione dei servizi di interesse economico generale (SIEG), nonché, come precisato al paragrafo 6, gli atti di natura organizzativa che prevedono trasferimenti di competenze amministrative e di responsabilità.

In relazione alla fattispecie di cui al paragrafo 6 sopra citato, nell'ambito del recepimento della direttiva sarebbe opportuno puntualizzarne la distinzione rispetto all'ipotesi di cooperazione pubblico-pubblico di cui all'articolo 12 paragrafi 4 e 5.

#### **Articolo 2 - Definizioni**

- *Considerando 8-10, Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 1, Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

La disposizione in commento richiama lo schema utilizzato dalla direttiva precedente all'art. 1. Confrontando la nuova direttiva con quella abrogata può affermarsi, in via generale, che le definizioni sembrano più esaustive, condizionate anche dai recenti interventi giurisprudenziali comunitari.

Le definizioni risultano ampliate o affinate nei contenuti in relazione agli elementi di innovazione contenuti nella direttiva, quali, ad esempio, il “*ciclo di vita*”, l’*“innovazione”*, l’*“attività di committenza ausiliaria”*, il “*documento di gara*”. Per l’esame delle definizioni si rinvia agli articoli cui queste sono collegate.

All’interno dell’articolo 2 si ritrova la definizione del concetto di appalto e la distinzione tra appalti pubblici di lavori, forniture e servizi. Si riconferma il requisito dell’onerosità del contratto di appalto pubblico e con particolare riguardo agli appalti di lavori introduce ulteriori specificazioni che tengano conto anche di diverse e nuove modalità realizzative. In particolare bisogna richiamare l’attenzione in ordine alla lettera c) che, così formulata (“la realizzazione, con qualsiasi mezzo, di un’opera corrispondente alle esigenze specificate dall’amministrazione aggiudicatrice che esercita un’influenza determinante...”), parrebbe includere figure contrattuali come il contratto di disponibilità, accostato finora, per gli evidenti elementi di affinità, alle concessioni.

### **Opportunità/criticità:**

Si segnala l’esigenza di definire meglio, sempre con riferimento agli appalti di lavori, il concetto di onerosità, con particolare riferimento alle opere diverse da quelle realizzate a scomputo degli oneri di urbanizzazione, previste all’interno di convenzioni urbanistiche o accordi simili, dove spesso manca la previsione di un corrispettivo o di altra utilità economica quantificabile in modo certo.

### ***Articolo 3 – Appalti misti***

- *Considerando 11-13, Direttiva 2014/24/UE*
- *Articoli 1, comma 2, lett. c) e 22, Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

L’art. 3 della direttiva disciplina l’ambito oggettivo di applicazione in presenza di appalti misti prevedendo modalità diverse a seconda se le prestazioni ricadono nell’ambito di applicazione della direttiva o se le stesse sono soggette all’applicazione delle direttive 23/2014 o 25/2014.

A questa disciplina, come si evince dal considerando 11, occorre fare riferimento quando le diverse parti dell’appalto non sono oggettivamente separabili e le norme da applicare dovrebbero essere determinate in funzione dell’oggetto principale dell’appalto. Il considerando, al fine di determinare se le diverse prestazioni sono o meno oggettivamente separabili, prevede che la determinazione deve essere effettuata caso per caso e che non sono sufficienti le intenzioni delle amministrazioni ma occorre che le stesse siano accompagnate da prove oggettive atte a giustificare e motivare l’esigenza di concludere un appalto unico. L’esigenza di concludere un appalto unico può essere dovuta a motivi di carattere sia tecnico che economico.

Nel caso invece di un appalto misto in cui le prestazioni sono separabili le amministrazioni, come indicato dal considerando 12, sono sempre libere di aggiudicare appalti separati per le parti separate dell’appalto misto ed in tal caso la disciplina da applicare dovrebbe essere determinata in funzione delle caratteristiche specifiche dell’appalto.

In caso di prestazioni non separabili che prevedono appalti di lavori, servizi o forniture disciplinati dalla direttiva 24/2014 per individuare le disposizioni da applicare occorre fare riferimento nel caso in cui vi siano

lavori e servizi o forniture all'oggetto principale del contratto. La direttiva dà quindi in questo caso prevalenza alla finalità che la prestazione è destinata a soddisfare.

Nel caso invece di appalto misto di servizi e forniture o in presenza di servizi soggetti al regime alleggerito di cui al titolo III e di altri servizi la prevalenza viene individuata sulla base del valore stimato più elevato e quindi sulla base di un criterio puramente economico.

L'art. 3 disciplina poi ai paragrafi 3, 4 e 5 l'ambito di applicazione in caso di appalti contemplati dalla direttiva 24 e di appalti disciplinati in altri regimi giuridici.

Al fine di individuare i diversi ambiti applicativi si riporta il contenuto dell'articolo in forma di tabella :

Paragrafo 2	Contratti aventi ad oggetto due o più tipi di appalto di lavori, forniture e servizi	Si applicano le disposizioni relative al tipo di appalto che caratterizza l' <b>oggetto principale</b> del contratto, individuato sulla base dell'elemento qualitativo.
Paragrafo 2	-Contratti aventi ad oggetto "servizi sociali o altri servizi specifici" e altri servizi - Contratti aventi ad oggetto in parte servizi e in parte forniture	L'oggetto principale si determina in base al <b>valore stimato più elevato</b> (elemento quantitativo).
Paragrafo 4	Contratti aventi ad oggetto appalti con prestazioni oggettivamente separabili che rientrano nella direttiva nonché appalti che non vi rientrano	Le <b>amministrazioni possono scegliere</b> di aggiudicare <u>appalti distinti</u> per le parti distinte oppure un <u>appalto unico in tal caso devono applicare la direttiva 2014/24</u> .
Paragrafo 4	Contratti che contengono elementi di appalti di forniture, lavori e servizi e di concessioni	Si applica la direttiva 2014/24 solo se il valore stimato della parte del contratto che costituisce appalto sia pari o superiore alle nuove soglie indicate dall'art. 4
Paragrafo 5	Contratti aventi ad oggetto sia appalti disciplinati dalla direttiva 2014/24 sia appalti relativi ai settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (settori speciali dir. n. 2014/25)	Si applica, fatto salvo quanto stabilito dal paragrafo 4, la direttiva n. 25 (artt. 5 e 6)
Paragrafo 6	Contratti aventi ad oggetto appalti che rientrano nella direttiva 24/2014 nonché appalti che non vi rientrano e le prestazioni non sono oggettivamente separabili	Regime giuridico applicabile è determinato in base all'oggetto principale del contratto in questione, individuato sulla base dell'elemento qualitativo

#### **Articolo 4 – Importi delle soglie**

- Considerando 17-20, Direttiva 2014/24/UE
- Articoli 7 e 78, Direttiva 2004/18/CEE
- Disposizione a recepimento obbligatorio

Ad oggi, i contratti pubblici sono considerati di rilevanza comunitaria quando il loro valore economico stimato, al netto dell'IVA, è pari o superiore a:

- a) 5.186.000 Euro per gli appalti pubblici di lavori;

- b) 134.000 Euro per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati dalle autorità governative centrali e per i concorsi di progettazione organizzati da tali autorità; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato III;
- c) 207.000 Euro per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali e concorsi di progettazione organizzati da tali amministrazioni; tale soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, allorché tali appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato III;
- d) 750.000 Euro per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato XIV.

#### ***Articolo 5 – Metodi di calcolo del valore stimato degli appalti***

- *Considerando 17-20, Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 9, Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

L'articolo in commento conferma sostanzialmente la disciplina della direttiva del 2004, introducendo alcune novità, tese a chiarire meglio l'applicazione di taluni istituti. Una delle novità è contenuta al paragrafo 1, il quale riconferma che ai fini di determinare l'importo dell'appalto deve essere tenuto conto anche di eventuali opzioni e rinnovi aggiungendo però che per la disciplina dei rinnovi eventuali dei contratti occorre fare riferimento a quanto esplicitamente stabilito nei documenti di gara. Il rinvio alla disciplina contenuta nei documenti di gara conferma quindi e chiarisce la possibilità, già prevista dal legislatore comunitario, di poter procedere al rinnovo dei contratti. Questa previsione si inserisce in un dibattito interno dottrinale e giurisprudenziale che in tema di rinnovi contrattuali ha visto un succedersi di posizioni favorevoli e contrarie e la difficoltà di distinguere tra rinnovi, proroghe e affidamenti di servizi analoghi. L'enunciato del primo comma afferma, infatti, che sia le opzioni che i rinnovi sono da ritenersi legittimi se vengono chiaramente esplicitati nei documenti di gara (vedi primo comma par.1).

Il recepimento è l'occasione quindi per poter disciplinare e chiarire quando si è in presenza di una opzione che è cosa diversa dal rinnovo contrattuale e da una proroga della durata contrattuale, in che modo gli importi indicati nei documenti di gara costituiscono un vincolo per l'attivazione degli stessi, se è possibile una negoziazione degli importi contrattuali in fase di rinnovo contrattuale. Tale disciplina risulta necessaria anche ai fini dell'applicazione della nuova disciplina contenuta all'art. 72 paragrafo 1 lett. a) che consente la modifica di contratti durante il periodo di validità.

Il paragrafo 6 prevede le modalità per determinare l'importo dell'appalto in caso di Partenariati per l'innovazione per i quali occorre tener conto del valore delle attività di ricerca e sviluppo che si svolgeranno durante tutte le fasi del partenariato nonché delle forniture, dei servizi o dei lavori da mettere a punto e da fornire alla fine del partenariato.

Nel caso di appalto suddiviso in lotti per la determinazione della soglia rilevante ai fini della individuazione della procedura di scelta del contraente, la Direttiva, in un'ottica di continuità con quella precedente, prende a riferimento l'importo complessivo dei lotti (paragrafi 8 e 9).

Il paragrafo 10 prevede una deroga ai paragrafi 8 e 9, quando il valore di alcuni lotti è inferiore a valori di seguito riportati nella tabella esemplificativa:

– Lotto con valore stimato inferiore a 80.000€ per le forniture o i servizi	Possano non applicarsi le procedure della direttiva	Il valore cumulato dei lotti aggiudicati senza applicare la presente direttiva non supera il 20% del valore cumulato di tutti i lotti in cui sono stati frazionati l'opera e i progetti
– Lotto con valore stimato inferiore a 1.000.000€ per i lavori	→	

Quanto al frazionamento (concetto sul quale è intervenuto più volte il Giudice Amministrativo ed anche l'Autorità) il considerando 19 chiarisce che, al fine di impedire illegittimi frazionamenti, per la stima del valore di un appalto è necessario tenere conto di tutti i ricavi, a prescindere dal fatto che siano stati ottenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da terzi.

Il considerando 20 invece, specifica che al fine di stimare il valore di un determinato appalto, è opportuno precisare che basare la stima del valore su un frazionamento dell'appalto dovrebbe essere consentito solo se giustificato da ragioni oggettive. In tale tematica va ricondotta la problematica della suddivisione in lotti e della realizzazione di un'opera per stralci funzionali, per la trattazione dei quali si rinvia all'articolo 46.

#### **MPMI: Vedi anche art. 46 e considerando 78**

La disciplina di diversi istituti della Direttiva in esame è ispirata all'esigenza di favorire l'accesso delle MPMI agli appalti. Esplicito in tal senso è il paragrafo 8 dell'articolo in commento. Questo aspetto è considerato in special modo nelle regole stabilite per la suddivisione degli appalti in lotti, laddove viene fatto obbligo alle amministrazioni aggiudicatrici di motivare le ragioni della mancata suddivisione in lotti. Peraltro il nostro legislatore nazionale ha già introdotto questa regola nel Codice dei contratti. Nei considerando viene inoltre previsto che la suddivisione in lotti, per agevolare le MPMI, dovrebbe avvenire sulla base di criteri quantitativi, ovvero su base qualitativa in conformità alle varie categorie e specializzazioni. In caso di gara suddivisa in lotti, infatti, i requisiti di qualificazione vanno richiesti in relazione a ciascun lotto, salvo il caso di aggiudicazione contemporanea di più lotti ad un medesimo operatore economico.

#### **Opportunità/Criticità**

Il recepimento è l'occasione per poter disciplinare e chiarire (i) quando si è in presenza di una opzione, all'interno della quale potrebbe rientrare anche la proroga della durata contrattuale, e quando di un rinnovo contrattuale, che è una possibilità che si può affiancare alle opzioni, (ii) in che modo gli importi indicati nei documenti di gara costituiscono un vincolo per l'attivazione degli stessi, (iii) se è possibile una negoziazione degli importi contrattuali in fase di rinnovo contrattuale. Tale disciplina risulta necessaria anche ai fini dell'applicazione delle nuove regole contenute all'art. 72 paragrafo 1 lett. a) che consente la modifica di contratti durante il periodo di validità.

#### ***Articolo 6 – Revisione delle soglie e dell'elenco delle autorità governative centrali***

- *Considerando 18, Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 78, Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

La Commissione ogni due anni procede, se necessario, alla revisione delle soglie.

Il paragrafo 7 statuisce che alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati conformemente all'articolo 87 per modificare l'allegato I al fine di aggiornare l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici in funzione delle comunicazioni degli Stati membri, quando dette modifiche siano necessarie per identificare correttamente le amministrazioni aggiudicatrici.

## **Esclusioni**

### ***Articolo 7 – Appalti relativi ai settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali***

- *Considerando 21, Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 12, Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Questo articolo e quelli successivi individuano talune deroghe all'applicazione della direttiva in commento, circoscrivendone con precisione l'ambito di applicazione oggettivo. Nella fattispecie in esame trova applicazione la nuova direttiva 2014/25/UE disciplinante le attività che rientrano nei c.d. settori speciali relativi alla cura di determinati interessi.

Il considerando 21 specifica che gli appalti aggiudicati dalle amministrazioni nel quadro delle loro attività di prestazione dei servizi di trasporto marittimi, costieri o fluviali rientrano nell'ambito di applicazione di questa direttiva

### ***Articolo 8 – Esclusioni specifiche nel settore delle comunicazioni elettroniche***

- *Articolo 13, Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

La direttiva in commento non si applica agli appalti e concorsi di progettazione finalizzati principalmente a permettere alle amministrazioni aggiudicatrici la messa a disposizione o la gestione di reti pubbliche di telecomunicazioni o la prestazione al pubblico di servizi di comunicazione elettronica (vedi direttiva 2002/21)

### ***Articolo 9 – Appalti pubblici aggiudicati e concorsi di progettazione organizzati in base a norme internazionali.***

- *Considerando 22, Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 15, Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

La direttiva non si applica a quegli appalti pubblici o concorsi di progettazione che l'amministrazione è tenuta ad aggiudicare o a organizzare in base a specifiche norme internazionali diverse da quelle previste nella direttiva in commento e stabilite secondo una delle seguenti modalità:

- 1) uno strumento giuridico che crea obblighi internazionali di legge, quali un accordo internazionale;
- 2) un'organizzazione internazionale.



Il paragrafo 2 specifica che la direttiva non si applica agli appalti pubblici e ai concorsi di progettazione che l'amministrazione aggiudicatrice aggiudica od organizza in base a norme sugli appalti pubblici previste da un'organizzazione internazionale o da un'istituzione internazionale di finanziamento quando, gli appalti e i concorsi di progettazione in questione sono interamente finanziati da tale organizzazione o istituzione; nel caso di appalti pubblici e concorsi di progettazione cofinanziati prevalentemente da un'organizzazione internazionale o da un'istituzione internazionale di finanziamento, le parti si accordano sulle procedure di aggiudicazione applicabili.

#### **Articolo 10 – Esclusioni specifiche per gli appalti di servizi**

- *Considerando 23-29, Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 16, Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Con l'articolo in commento si assiste ad una nuova formulazione delle esclusioni previste dalla direttiva precedente ed alla introduzione di nuove fattispecie.

Giova osservare che il regime delle esclusioni trova la sua ratio in considerazioni specifiche, che il legislatore comunitario ha esplicitato nei considerando 23, 24, 25, 26, 27, 28 e 29, in forza delle quali per determinati appalti il principio di concorrenza, a livello transfrontaliero, viene meno o occorre assicurarlo solo ove vi è un innalzamento del valore dell'appalto, come previsto per i servizi disciplinati dal Titolo III.

In via preliminare occorre evidenziare che nella nuova Direttiva scompare la distinzione tra servizi assoggettati alla sua integrale applicazione, servizi dell'allegato IIA, e servizi assoggettati ad un regime attenuato, servizi di cui all'allegato IIB, della Direttiva 2004/18/CE.

Dall'analisi del considerando n. 28 è possibile desumere una nuova classificazione dei servizi soggetti ad un regime diverso, di seguito schematizzata:

Servizi sottoposti ad un regime "alleggerito" (considerando 28)	servizi sociali, sanitari, sportivi, taluni servizi di istruzione e formazione, biblioteche, altri servizi culturali, servizi alberghieri e di ristorazione, servizi legali diversi da quelli esclusi, servizi penitenziari, di pubblica sicurezza diversi da quelli esclusi, servizi investigativi di sicurezza, ecc.. Per questi servizi, identificati dalla Direttiva in modo puntuale con riferimento al CPV, la soglia è elevata a 750.000 euro e introdotto un regime speciale maggiormente flessibile rispetto a quello ordinario
Servizi totalmente esclusi dal campo di applicazione della normativa	i servizi di rappresentanza legale in giudizio, di consulenza legale fornita in preparazione di un giudizio e i servizi legali connessi all'esercizio di pubblici poteri, i servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli, forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro

Nella nuova classificazione dei servizi si può rilevare che una particolare disciplina è riservata alla categoria

dei servizi sociali i quali sono assoggettati all'applicazione della direttiva se la base d'asta è di importo pari o superiore a 750.000 euro in quanto al di sotto di tale importo non si ritiene presente un interesse transfrontaliero delle imprese alla partecipazione alle gare. Il regime previsto è inoltre alleggerito in considerazione della particolarità di tali servizi. Occorre ancora evidenziare che, a differenza del regime precedente, i servizi sociali sono richiamati più volte dal legislatore comunitario in ragione della loro particolare natura (si vedano i considerando n. 6, 28, 114, 118 e poi il titolo III della direttiva).

Per un esame più dettagliato della disciplina relativa ai servizi soggetti al regime alleggerito si rinvia agli articoli da 74 a 77.

L'art. 10, invece, individua i servizi esclusi in toto dall'applicazione della direttiva, introducendo delle modifiche rispetto all'art. 16 della Direttiva 18/2004. Appare utile analizzare brevemente alcune ipotesi di esclusioni che hanno trovato una nuova formulazione nella direttiva.

Una delle modifiche attiene alla disciplina dei servizi legali che nella precedente direttiva erano previsti nell'allegato IIB, e per i quali è ora previsto un doppio regime. Per i servizi legali previsti alla lettera d) nelle sotto-ipotesi previste alle lettere da i) a V) è stata prevista l'esclusione degli stessi dall'applicazione della direttiva. L'esclusione dei servizi legali esplicitati all'art. 10 trova la sua ratio nel considerando 25 e si fonda sul fatto che per l'esercizio degli stessi vi sono discipline particolari all'interno degli Stati membri e pertanto devono essere sottratti all'applicazione della direttiva. I servizi legali invece diversi da quelli esclusi sono disciplinati dal Titolo III in quanto ricompresi fra i servizi previsti nell'allegato XIV e ad essi si applica il regime alleggerito e diventano di interesse comunitario ove il loro valore sia pari o superiore ai 750.000 euro. La distinzione quindi fra servizi di cui alla lett. d) dell'art. 10 e altri servizi legali diventa rilevante ai fini di individuare le modalità per l'attribuzione degli stessi. Modalità di attribuzione che già, nella vigenza della Direttiva 18/2004 e sulla base della normativa nazionale D.Lgs 163/2006 e D.Lgs 165/2001, è stata caratterizzata da incertezza e sulla quale molte volte si sono pronunciate la giurisprudenza amministrativa e contabile al fine di discriminare la disciplina da applicare tra affidamento di servizi e affidamenti di consulenze (in ragione del rapporto fiduciario alla base dell'incarico). Il considerando 25 sembra porre l'accento proprio sul rapporto fiduciario che intercorre tra il soggetto pubblico e il prestatore del servizio legale per escluderli dal suo ambito di applicazione. Gli elementi infatti caratterizzanti i prestatori del servizio in questione che emergono dal considerando sono da un lato il potere di rappresentare un soggetto pubblico nel compimento uno o più attività giuridiche per conto di quest'ultimo con effetti, diretti o meno, nella sua sfera giuridica, e dall'altro l'interesse che in taluni casi vi è di far loro esercitare un pubblico potere o compiti di rilevanza pubblica. In entrambi i casi sembra che si sia voluto dare maggior peso al fine rispetto ai mezzi, prevedendo appunto l'esclusione dall'applicazione della Direttiva.

Il recepimento può essere quindi il momento per far chiarezza sulla disciplina da applicare.

Tra le nuove fattispecie di esclusioni vi sono quelle previste alla lettera h) concernenti i servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati da alcuni specifici codici CPV. La ratio dell'esclusione trova il suo fondamento nella natura particolare dei soggetti che prestano tali servizi, organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto come evidenziato nel considerando 28 "il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure della direttiva. La loro esclusione non dovrebbe però essere estesa oltre lo stretto necessario". Il considerando 28 introduce poi una precisazione per i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza prevedendo che gli stessi non dovrebbero essere esclusi. Il considerando precisa poi che questi servizi identificati con il codice CPV 85143000-3 dovrebbero essere assoggettati al regime speciale previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici.

A seguito di chiarimenti forniti dalla Commissione si delinea quindi un diverso regime per i servizi in ambulanza i quali per essere esclusi dall'applicazione della direttiva devono consistere in servizi di medicina generale e specialistica resi in ambulanza ovvero in servizi di assistenza sanitaria. Nel caso invece di servizi che riguardano solamente il trasporto in ambulanza di un paziente da un luogo ad un altro senza prestazione congiunta di servizi di carattere sanitario si applicherà il regime alleggerito di cui al titolo III. Nel caso infine di contratti misti per la prestazione di servizi di ambulanza che riguardano sia servizi di trasporto che sanitari, si applica il regime alleggerito se il valore dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza è superiore al valore di altri servizi di ambulanza.

L'affidamento di tali servizi è stata oggetto di incertezze da parte delle amministrazioni e quindi anche per essi il recepimento può essere l'occasione per chiarire la normativa da applicare anche alla luce della disciplina da prevedere per gli appalti oggetto del regime speciale.

La direttiva 24 prevede poi fra le esclusioni i servizi concernenti i prestiti a prescindere del fatto che siano correlati all'emissione, alla vendita, all'acquisto o al trasferimento di titoli o altri strumenti finanziari.

Altri servizi esclusi in toto sono quelli concernenti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana ai quali si applica il regolamento 1370 /2007 come si evince dal considerando 27. Lo stesso considerando prevede ancora l'applicazione del regolamento 1370 nel caso di affidamento in concessione del servizio di trasporto di passeggeri con autobus o tram mentre prevede l'applicazione delle nuove direttive 24 e 25 nel caso di appalto per l'affidamento del servizio di trasporto di passeggeri con autobus o tram. È quindi alla natura del contratto, concessione o appalto di servizio, a cui occorre fare riferimento per individuare la normativa applicabile. Nel caso di concessione occorre poi precisare che tali procedure sono escluse anche dall'applicazione della direttiva 23/2014 che disciplina l'affidamenti di concessioni di servizi e lavori, come previsto dall'art. 10 paragrafo 3 ed assoggettate solo al Regolamento 1370/2007.

Ai fini di esame comparato delle modifiche contenute nella nuova disciplina delle esclusioni di seguito è riportato un confronto tra l' art. 16 della direttiva precedente e 10 della nuova (**in grassetto le modifiche**).

<b><u>Art. 16 direttiva 18/2004</u></b>	<b><u>Art. 10 direttiva 24/2014</u></b>	
a) aventi per oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni; <del>tuttavia, i contratti di servizi finanziari conclusi anteriormente, contestualmente o successivamente al contratto di acquisto o di locazione rientrano, a prescindere dalla loro forma, nel campo di applicazione della presente direttiva;</del>	<i>a) aventi per oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni;</i>	
b) aventi per oggetto l'acquisto, lo sviluppo, la produzione o coproduzione di programmi destinati alla trasmissione da parte di emittenti radiotelevisive e appalti concernenti il tempo di trasmissione;	<i>b) aventi per oggetto l'acquisto, lo sviluppo, la produzione o coproduzione di programmi destinati ai servizi di media audiovisivi o radiofonici che sono aggiudicati da fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici, o appalti concernenti il tempo di trasmissione o la fornitura di programmi aggiudicati ai fornitori di servizi audiovisivi o radiofonici Ai fini della presente lettera, i termini "servizi di media audiovisivi" e "fornitori di</i>	

	<i>servizi di media" hanno rispettivamente lo stesso significato di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettere a) e d), della direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio<sup>1</sup>. Il termine "programma" ha lo stesso significato di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), di tale direttiva, ma comprende anche i programmi radiofonici e i materiali associati ai programmi radiofonici. Inoltre, ai fini della presente disposizione il termine materiale associato ai programmi" ha lo stesso significato di "programma";</i>	
c) concernenti i servizi d'arbitrato e di conciliazione;	c) concernenti i servizi d'arbitrato e di conciliazione;	
<b>Servizi legali</b>	<p><i>d) concernenti uno qualsiasi dei seguenti servizi legali:</i></p> <p><i>i) rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 77/249/CEE del Consiglio 2:</i></p> <p><i>– in un arbitrato o in una conciliazione tenuti in uno Stato membro, un paese terzo o dinanzi a un'istanza arbitrale o conciliativa internazionale; oppure</i></p> <p><i>– in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o autorità giurisdizionali o istituzioni internazionali;</i></p> <p><i>ii) consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti di cui alla presente lettera, punto i), o qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento in questione, sempre che la consulenza sia fornita da un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 77/249/CEE;</i></p> <p><i>iii) servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai;</i></p> <p><i>iv) servizi legali prestati da fiduciari o tutori designati o altri servizi legali i cui fornitori sono designati da un organo giurisdizionale nello Stato membro interessato o sono designati per legge per svolgere specifici compiti sotto la vigilanza di detti organi giurisdizionali;</i></p> <p><i>v) altri servizi legali che, nello Stato membro interessato, sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri;</i></p>	<i>I servizi legali sono richiamati nell'allegato B della direttiva.</i>
d) concernenti servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari, <del>in particolare le operazioni di approvvigionamento in denaro o capitale delle amministrazioni aggiudicatrici,</del>	<i>e) concernenti servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari ai sensi della direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio servizi forniti da banche centrali e operazioni concluse con il</i>	<i>I prestiti, a prescindere che siano legati all'emissione di titoli o altro sono esclusi dall'ambito di applicazione di questa</i>

nonché i servizi forniti da banche centrali;	<b>Fondo europeo di stabilità finanziaria e il meccanismo europeo di stabilità;</b>	<i>direttiva. Considerando 26</i>
e) concernenti i contratti di lavoro;	vedi nuova lettera g)	
f) concernenti servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice perché li usi nell'esercizio della sua attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione.	Vedi <u>art. 14</u> della presente direttiva	
	<b>f) concernenti i prestiti, a prescindere dal fatto che siano correlati all'emissione, alla vendita, all'acquisto o al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari;</b>	
	<b>h) concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9 e 85143000-3 ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza</b>	
	<b>i) concernenti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana;</b>	<b>Rimane applicabile il regolamento (CE) n.1370/2007.</b> <i>Considerando 27</i> <b>Occorre rilevare che in caso di appalto di servizi relativo a trasporti su gomma si applica la direttiva 2014/24/UE.</b>
	<b>j) concernenti servizi connessi a campagne politiche, identificati con i codici CPV 79341400-0, 92111230-3 e 92111240-6, se aggiudicati da un partito politico nel contesto di una campagna elettorale.</b>	<i>Considerando 28</i>

### **Opportunità /criticità**

La distinzione quindi fra servizi di cui alla lett. d) dell'art. 10 e altri servizi legali diventa rilevante ai fini di individuare le modalità per l'attribuzione degli stessi. Modalità di attribuzione che già, nella vigenza della Direttiva 18/2004 e sulla base della normativa nazionale D.Lgs 163/2006 e D.Lgs 165/2001, è stata caratterizzata da incertezza e sulla quale molte volte si sono pronunciate la giurisprudenza amministrativa e contabile al fine di discriminare la disciplina da applicare tra affidamento di servizi e affidamenti di consulenze (in ragione del rapporto fiduciario alla base dell'incarico). Il recepimento può essere quindi il

momento per far chiarezza sulla disciplina da applicare.

Il recepimento dell'articolo 10 della direttiva in commento sarà l'occasione per fare chiarezza su quali servizi siano totalmente esclusi dal suo ambito di applicazione e quali non lo siano e sulle modalità di affidamento rivedendo la disciplina attualmente contenuta in norme diverse.

#### **Articolo 11 – Appalti di servizi aggiudicati in base a un diritto esclusivo**

- *Considerando 30, Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 18, Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Dall'analisi della norma, si evince che la disposizione in commento intende sottrarre all'applicazione della direttiva in commento gli appalti pubblici di servizi aggiudicati a un'altra amministrazione o un'associazione di amministrazioni in base a un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni normative, volte a tutelare il preminente interesse generale rispetto all'apertura dei mercati.

#### **Articolo 12 – Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico**

- *TFUE artt. 14, 51, 106*
- *Considerando 5, 31, 32, 33, 34 Direttiva 2014/24/UE*
- *Art. 17 Direttiva 2014/24/UE e art.28 Direttiva 2014/25/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

#### **Premessa**

L'art. 12 della nuova direttiva 2014/24/UE appalti ordinari (Direttiva) indica le circostanze escludenti l'applicazione dei principi concorrenziali in caso di appalto tra enti nell'ambito del settore pubblico; tali indicazioni non hanno precedenti confrontabili nelle direttive vigenti 17/2004/CE e 18/2004/CE.

L'art. 12 della Direttiva è riprodotto letteralmente nell'art. 28 della nuova direttiva 2014/25/UE appalti pubblici nei settori speciali, e nell'art. 17 della nuova direttiva 2014/23/UE aggiudicazione dei contratti di concessione.

La deroga all'applicazione del principio di concorrenzialità nell'affidamento degli appalti da enti pubblici ad enti pubblici è una creazione giurisprudenziale della Corte Europea di Giustizia (CEG) a partire dalla sentenza Teckal 18/11/1999, che ha fissato i "paletti" dell'affidamento c.d. *in house*. Le successive pronunce della CEG sino ad oggi hanno specificato e differenziato le singole condizioni di ammissibilità dell'affidamento *in house* tra enti pubblici.

Il motivo che ha spinto ad una codificazione nella Direttiva delle condizioni di affidamento degli appalti *in house* è chiaramente espressa nel considerando 31: "Vi è una notevole incertezza giuridica circa la misura in cui i contratti conclusi tra enti nel settore pubblico debbano essere disciplinati dalle norme relative agli appalti pubblici. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea a tale riguardo viene interpretata in modo divergente dai diversi Stati membri e anche dalle diverse amministrazioni aggiudicatrici. È pertanto necessario precisare in quali casi i contratti conclusi nell'ambito del settore pubblico non sono soggetti all'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici".

La deroga al principio di concorrenzialità trova un fondamento circostanziato nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE versione consolidata 2012) negli artt.:

- 14 “l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi (SIEG – Servizi di interesse economico generale) funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti.”
- 51 “ Sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri.”
- 106 “Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata.”

Sotto il profilo organizzativo nel considerando 5 della Direttiva è sancita la piena libertà degli Stati di scegliere l'alternativa tra make or buy per ottenere beni, servizi o lavori pubblici: “È opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva”.

La combinazione tra derogabilità circostanziata delle norme sulla concorrenza e la neutralità delle scelte organizzative di uno Stato per l'acquisizione dei beni e servizi costituisce l'*ubi consistam* che giustifica l'affidamento diretto, in house, dell'art. 12 della Direttiva.

Per chiarezza l'art. 12 della nuova Direttiva contempla due diversi tipi di affidamento *in house* tra enti pubblici, verticale e orizzontale, ciascuno con specifiche condizioni di deroga al principio concorrenziale; mentre l'ultimo comma indica la metodologia per misurare quantitativamente le percentuali di attività svolte dalla società affidataria sul mercato e nei confronti dell'ente affidante per verificare l'ammissibilità dell'*in house*:

- Art. 12, paragrafi 1 - 3. *In house* verticale. Appalto pubblico aggiudicato da una amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato;
- Art. 12, paragrafo 4. *In house* orizzontale. Contratto concluso tra due o più amministrazioni aggiudicatrici.
- Art. 12, paragrafo 5. Il metodo per determinare la percentuale di attività dell'affidataria sul mercato e nei confronti dell'ente affidante.

## **Il confronto tra CEG e Direttiva**

Per comprendere la portata dello scostamento dall'impostazione corrente che comporterà l'entrata in vigore della Direttiva in materia di affidamenti *in house* è necessario confrontare le nuove prescrizioni della Direttiva con i paletti imposti nel tempo dalle sentenze della CEG.

## **Le condizioni della giurisprudenza della CEG**

Condizioni della giurisprudenza CEG per l'*in house* verticale:

1. **Controllo analogo.** L'ente aggiudicatore deve esercitare sul soggetto aggiudicatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Si deve trattare di una influenza determinante sugli obiettivi strategici e le scelte importanti<sup>1</sup>.
2. **Attività prevalente.** Il soggetto affidatario deve svolgere l'attività prevalente nei confronti del soggetto aggiudicatore mentre le altre attività nel mercato devono avere un carattere marginale<sup>2</sup>.
3. **Partecipazione pubblica totalitaria.**
  - a) Il soggetto affidatario deve avere una **partecipazione pubblica totalitaria**<sup>3</sup>, ed è sufficiente che lo sia al momento dell'affidamento dell'appalto<sup>4</sup>. Il Consiglio di Stato (5072/2006 e 591/2009) è ancor più restrittivo perché non ammette l'ingresso di partecipazioni private ancorché solo potenziali e minoritarie consentite (non espressamente vietate) dallo statuto in un momento successivo.
  - b) **La pluripartecipazione** di soggetti pubblici nell'affidatario è ammessa, ciascun soggetto pubblico deve poter esercitare un controllo congiunto sulle scelte del soggetto affidatario<sup>5</sup>.
  - c) **Intra moenia.** L'attività del soggetto affidatario è limitata agli ambiti territoriali degli enti partecipanti<sup>6</sup>.

Condizioni della giurisprudenza CEG per l'in house orizzontale:

- 1) **Accordi di cooperazione.**<sup>7</sup> L'accordo tra amministrazioni pubbliche affinché possa derogare alle regole concorrenziali, deve:
  1. istituire una cooperazione tra gli enti pubblici anche se la loro struttura può essere privata;
  2. essere finalizzato all'adempimento di un servizio pubblico comune tra gli enti;
  3. essere sottoscritto esclusivamente da soggetti pubblici;
  4. deve essere retta da considerazioni ed esigenze connesse all'interesse pubblico;
  5. orientare i costi e gli esborsi effettivamente sostenuti per le forniture del servizio e non sui prezzi di mercato.

**Le condizioni dell'art. 12 della Direttiva**

Condizioni dell'art. 12 per l'in house verticale:

---

<sup>1</sup> Sentenza CEG Teckal C-107/98 del 18 novembre 1999; Sentenza CEG Parking Brixen C-458/03 del 13 ottobre 2005; Sentenza CEG Carbotermo C-340/04 dell'11 maggio 2006; Sentenza CEG Commissione v Repubblica federale di Germania C-480/06 del 9 giugno 2009; Sentenza CEG SEA C-573/07 del 10 settembre 2008; Sentenza CEG Econord C-182/11 del 29 novembre 2012.

<sup>2</sup> Sentenza Asemfo – Tragsa C-295/05 del 19 aprile 2007; Sentenza CEG Carbotermo C-340-/04 dell'11 maggio 2006.

<sup>3</sup> Sentenza CEG Stadt Halle C-26/2003 dell'11 gennaio 2005.

<sup>4</sup> Sentenza CEG Commissione v repubblica Italiana C-371/05 del 17 luglio 2008; Sentenza CEG SEA C-573/07 del 10 settembre 2008.

<sup>5</sup> Sentenza CEG Coditel Babant C-324/07 del 13 novembre 2008; Sentenza CEG SEA C-573/07 del 10 settembre 2008; Sentenza CEG Parking Brixen C-458/03 del 13 ottobre 2005; Sentenza Asemfo – Tragsa C-295/05 del 19 aprile 2007.

<sup>6</sup> Sentenza CEG SEA C-573/07 del 10 settembre 2008.

<sup>7</sup> Sentenza CEG Commissione v Repubblica federale di Germania C-480/06 del 9 giugno 2009; Sentenza CEG Asl Lecce v Ordine ingegneri Lecce C-159/11, del 19 dicembre 2012; Sentenza CEG Consiglio nazionale ingegneri C-352/12 del 20 giugno 2013.



- 1) **Controllo analogo** - paragrafo 1, lett. a) art. 12. L'ente aggiudicatore deve esercitare sul soggetto aggiudicatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Si deve trattare di una influenza determinante sugli obiettivi strategici e le scelte importanti (considerando 32).
- 2) **Attività prevalente** - paragrafo 1, lett. b) art. 12. Il soggetto affidatario deve svolgere l'attività prevalente nei confronti del soggetto aggiudicatore nella misura dell'80% (considerando 32).
- 3) **Partecipazione pubblica totalitaria.**
  - a) paragrafo 1, lett. c) art. 12. La regola è che il soggetto affidatario deve essere partecipato da soggetti pubblici in modo totalitario. La partecipazione può avvenire anche per interposto soggetto pubblico a sua volta controllato dall'amministrazione aggiudicatrice (holding) e l'affidamento in house può essere bidirezionale (paragrafo 2, art. 12), effettuato anche da parte della società partecipata nei confronti della società pubblica controllante.

**Partecipazione dei privati** (considerando 32). L'eccezione alla regola totalitaria ammette la partecipazione dei privati nella società affidataria a condizione che:

- 1) i privati non devono avere controllo o potere di veto;
  - 2) i privati non devono avere una influenza determinante sulla persona giuridica controllata;
  - 3) la presenza dei privati deve essere prescritta da disposizioni legislative nazionali.
- b) **La pluripartecipazione di soggetti.** pubblici nell'affidatario è ammessa, ciascun soggetto pubblico deve poter esercitare un controllo congiunto sulle scelte del soggetto affidatario. Al paragrafo 3, sub i), ii) e iii) dell'art. 12 sono specificate le condizioni del controllo congiunto in particolare (i) gli organi decisionali della controllata devono essere composti da tutti i rappresentanti delle amministrazioni partecipanti anche mediante un rappresentante comune, (ii) le partecipanti devono poter esercitare una influenza determinante e (iii) non deve esserci conflitto di interessi tra controllata e controllanti.
- c) **Intra moenia.** Non è trattata nella Direttiva (L'attività del soggetto affidatario è limitata agli ambiti territoriali degli enti partecipanti).

Condizioni dell'art. 12 per l'in house orizzontale:

**Accordi di cooperazione.** paragrafo 4 art. 12 (considerando 33). L'accordo tra amministrazioni pubbliche affinché possa derogare alle regole concorrenziali, deve:

- 1) paragrafo 4 let. a) istituire una cooperazione tra amministrazioni;
- 2) paragrafo 4 let. a) essere finalizzato all'adempimento di un servizio pubblico comune tra gli enti;
- 3) paragrafo 4, essere sottoscritto esclusivamente da soggetti pubblici;
- 4) paragrafo 4 lett. b), deve essere retta da considerazioni ed esigenze connesse all'interesse pubblico;
- 5) non trattato nella Direttiva (orientare i costi e gli esborsi effettivamente sostenuti per le forniture del servizio e non sui prezzi di mercato) anche se il considerando 33 estende anche ai trasferimenti finanziari tra enti cooperativi la necessità di perseguire un pubblico interesse;
- 6) **paragrafo 4 lett. c)** le amministrazioni pubbliche partecipanti possono svolgere sul mercato aperto meno del 20 % delle attività interessate alla cooperazione.

## Metodo di determinazione delle percentuali dell'attività prevalente e quella residuale di mercato (Art. 12 paragrafo 5)

Per calcolare la percentuali delle attività ci sono due metodi:

- 1) fatturato medio degli ultimi tre anni dell'ente;
- 2) idonea misura alternativa riconducibile all'attività come i costi sostenuti dall'ente.

Nel caso di enti in fase di *start up* inferiori a tre anni o in caso di attività non pertinenti per la valutazione è sufficiente dimostrare con le proiezioni la credibilità della misura delle attività.

### Analisi testo

- 1) La prima considerazione riguarda l'obbligo di recepire l'art. 12 della Direttiva nel suo complesso in quanto, contenendo lo stesso una situazione di esclusione dall'applicazione della Direttiva, il recepimento deve avvenire nel rispetto delle previsioni contenute nell'art. 12 per ragioni legate alla certezza della disciplina comunitaria. Quando la materia riguarda l'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo della disciplina comunitaria questa è sottratta alla facoltà di recepimento dei singoli Stati perché inerente alla funzione stessa di normazione sovraordinata.
- 2) La seconda considerazione è più sottile e riguarda anche qui l'obbligatorietà o meno di recepimento delle condizioni *sine qua non* per considerare ammissibile l'*in house* verticale o orizzontale all'interno di uno Stato.

Come si può notare in questo caso la disciplina dell'*in house* è strumentale alla definizione del perimetro di applicazione della Direttiva ma non ne costituisce l'intento principale, infatti l'art. 12 è collocato nella Sezione n. 3 "Esclusioni". L'interrogativo riguarda se la natura derivata della disciplina dell'*in house* dal regime delle esclusioni consenta agli Stati di ampliare o restringere le condizioni di ammissibilità dell'*in house* previste dalla Direttiva. Si dovrebbe escludere la possibilità di un loro ampliamento altrimenti verrebbe violata, come è stato già detto, la prerogativa della funzione normativa comunitaria sovraordinata.

Per quanto riguarda la facoltà di rendere più severe le condizioni di ammissibilità dell'*in house* in fase di recepimento della Direttiva devono essere argomentate alcune distinzioni:

- a. la Direttiva recepisce - salvo le due eccezioni (1) dell'indicazione quantitativa dell'attività prevalente (80%) e (2) dell'ammissibilità della presenza dei privati nell'ente affidatario - i principi espressi dalla CEG;
- b. le due eccezioni (1) e (2) alla CEG appena menzionate possono essere considerate delle specificazioni dei principi espressi nelle sentenze e non contrastanti con esse. Specificazioni quantitative nel caso dell'individuazione percentuale minima (80%) di attività prevalente nei confronti dell'ente controllante e specificazione qualitative nel secondo caso, i privati sono ammessi nella società affidataria a patto che non esercitino alcun potere, sancendo di fatto una equivalenza tra presenza di privati senza potere e divieto della presenza dei privati.

Le specificazioni, in entrambi i casi, hanno l'effetto di sottrarre all'incertezza interpretativa e, poi, applicativa che si è generata nei diversi Stati membri su quali siano le condizioni di uso dell'*in house*. E' facile comprendere quanta indeterminatezza ci possa essere nello stabilire la

quantità “giusta” dell’attività prevalente o la misura della presenza dei privati che non possa nuocere alle finalità dell’ente controllato;

- c. con riguardo proprio alla possibile partecipazione dei privati all’interno delle società affidatarie - ammessa a patto che non possano esercitare alcun potere condizionante - è la stessa Direttiva che prevede una garanzia a favore degli stessi Stati. Infatti l’eccezione della presenza dei privati nell’ente affidatario è consentita solo se è prevista dal legislatore nazionale. Dunque, in buona sostanza è la stessa Direttiva che, pur non rendendo il recepimento facoltativo, lo subordina alla circostanza che il legislatore nazionale l’abbia prescritto in una sua legge (considerando 32).

Una verifica del meccanismo operativo della Direttiva può essere fatta attualmente per le società c.d. strumentali, quelle che svolgono prestazioni a favore delle pubbliche amministrazioni. Ai sensi dell’art. 4, comma 8 del d.l. 95/2012 “A decorrere dal 1 gennaio 2014 l’affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria”. Si deve precisare la disposizione che vieta la presenza dei privati nelle società strumentali non si applica alle Regioni per effetto della pronuncia della sentenza della Corte Costituzionale n. 229/2013, che l’ha ritenuta lesiva della competenza legislativa regionale primaria.

La simulazione di un recepimento ad oggi della Direttiva non modificherebbe l’obbligo per tutte le società strumentali di non costituirsi con partner privati, proprio per l’esistenza di una previsione legislativa espressa; mentre le società strumentali regionali potrebbero continuare a tenere i partner privati, ma dovrebbero eliminare ogni loro eventuale influenza determinante sulla società.

Invece per le società, affidatarie *in house*, che gestiscono i servizi pubblici locali di interesse economico, quelli che soddisfano gli utenti dei servizi, non vi sono limitazioni normative interne al recepimento della Direttiva sul tema della presenza dei privati naturalmente senza poteri di influenza sulla società a cui appartengono. La sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 ha letteralmente spazzato via le limitazioni e le preclusioni imposte dall’art. 4 del dl n. 138/2011 e per l’effetto ci sarebbe l’applicazione diretta delle disposizioni della Direttiva che consentono, appunto, la presenza dei privati alle condizioni indicate.

- 3) Una novità della Direttiva rispetto alla giurisprudenza della CEG riguarda l’entità dell’attività prevalente della controllata rispetto alla società controllante: deve essere almeno pari all’80% del fatturato complessivo della società affidataria (considerando 32).

Come è stato detto la prescrizione della percentuale minima (80%) dell’attività prevalente nei confronti della società affidataria non potrà essere abbassata in sede di recepimento, costituendo un limite incompressibile apprezzato dal legislatore comunitario come minimo sufficiente per giustificare l’effettivo legame interorganico tra ente affidante ed affidatario.

Una riflessione differente deve farsi per il corollario complementare della disposizione in esame e, cioè, la possibilità per la società affidataria di operare nel libero mercato fino al 20 % del proprio fatturato. Per l’*in house* verticale la percentuale è calcolata per differenza con quella prevalente non comprimibile (80%), mentre nell’*in house* orizzontale la misura limite del 20% è letteralmente espressa nell’art. 12, paragrafo 4, lett. c) della Direttiva.

Anche in questo caso è utile verificare quale sia l’impatto del recepimento della Direttiva nella disciplina vigente in particolare con la norma riguardante il vincolo di esclusività a carico delle sole c.d. società strumentali. Tali sono definite come “società a capitale interamente pubblico o misto,

costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività" che, per effetto dell'art. 13, comma 1 del dl 223/2006 "devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale". In questo caso il recepimento della Direttiva che astrattamente consentirebbe nei limiti del 20% l'attività nel libero mercato delle affidatarie *in house* verrebbe legittimamente compressa per le società strumentali per effetto della disposizione nazionale restrittiva.

Invece per le società di servizi pubblici locali con rilevanza economica permane l'effetto "comunitarizzante" della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2011, e in assenza di future restrizioni legislative sarebbe pienamente legittima l'operatività di queste società sul libero mercato nei limiti del 20% del loro fatturato.

- 4) Negli ultimi due paragrafi del considerando 32 vengono prefigurate due fattispecie, che sollevano diverse opzioni interpretative, relative alla presenza dei privati rispettivamente per l'*in house* verticale nell'amministrazione aggiudicatrice controllante e nell'*in house* orizzontale in entrambe le amministrazioni aggiudicatrici cooperanti.

Il primo caso di *in house* verticale sembra consentire la presenza dei privati nel capitale dell'amministrazione aggiudicatrice controllante senza le limitazioni in ordine al potere di veto o di influenza dominante; si dice in buona sostanza che l'assegnazione dell'affidamento *in house* alla controllata "pulita" (senza i privati) non pregiudica la concorrenza con altri operatori economici perché quest'ultima si trova in un rapporto di controllo analogo dalla controllante che esegue l'affidamento in una posizione fuori mercato. La fattispecie, però, sembra prefigurare una situazione giuridicamente non praticabile: la controllante, con la presenza di privati "influenzanti" nel suo capitale, esercita un controllo analogo sulla controllata anche mediante la partecipazione nell'azionariato, ma ciò farebbe perdere a quest'ultima lo *status* di purezza dai privati, che come sappiamo è una delle condizioni di esistenza dell'*in house* verticale. Sembra rimanere aperta una interpretazione plausibile: che i privati presenti nell'amministrazione aggiudicatrice controllante non abbiano poteri di veto o di influenza dominante e che ciò sia previsto dalla legislazione nazionale in analogia alle limitazioni imposte alla presenza dei privati nel capitale della controllata.

- 5) Il secondo caso riguarda l'*in house* orizzontale tra gli organismi di diritto pubblico<sup>8</sup>, che siano anche amministrazioni aggiudicatrici, tra i quali si instauri un rapporto di cooperazione. Il considerando sembra consentire la presenza di privati nella compagine societaria con poteri di veto e influenza dominante senza che questo pregiudichi l'accordo.

Nel caso in cui, invece, si applichi per analogia l'interpretazione che limita il potere dei privati negli organismi di diritto pubblico *nulla quaestio*, ma rimane aperta l'interpretazione che tale limitazione non ci sia e, quindi, si dovrebbe valutare in sede di recepimento i pro e i contro dell'impatto di questa ipotesi sulla concorrenza e le MPMI. Si pensi all'ampio elenco degli Organismi di diritto pubblico di cui all'allegato III del Codice, suddiviso per organismi (Enac, Enav, Anas, ecc) o categorie (Università, Enti portuali e aeroportuali, consorzi di bonifica, di irrigazione, Enti per lo spettacolo,

<sup>8</sup> Sentenza CEG Technische Universitat C-15/13 dell'8 maggio 2014, n. 15, punto 16 prende in considerazione la possibile esistenza di un accordo cooperativo tra enti locali, negandone però la sussistenza che giustificerebbe l'esenzione dalla concorrenza, per la mancata qualificabilità dell'Università e della società HIS come autorità pubbliche e per quest'ultima di incaricata di svolgere una funzione di servizio pubblico.

sport, promozione culturale, Enti e istituti di ricerca, ecc.) in cui sarebbero ammesse le partecipazioni di privati con poteri di veto ed influenza dominante, con la possibilità di stringere rapporti con altri organismi di diritto pubblico che siano amministrazioni aggiudicatrici con la formula dell'accordo cooperativo.

### **La criticità per la concorrenza e le possibili opzioni**

1) Uno degli aspetti su cui riflettere in fase di recepimento attiene: alla utilizzabilità o meno da parte della società affidataria *in house* delle qualifiche ottenute attraverso gli affidamenti diretti rientranti nell'attività prevalente in caso di partecipazione in gare pubbliche, bandite da altri soggetti aggiudicatori, ciò in relazione alla possibile incidenza dell'utilizzabilità delle qualifiche sul principio di parità di trattamento, in quanto gli altri operatori economici possono far leva solo sulle qualificazioni ottenute mediante aggiudicazioni a seguito di procedure concorrenziali.

2) Un altro aspetto da valutare per l'*in house* orizzontale attiene alla remunerazione da riconoscere agli enti pubblici a fronte delle attività di cooperazione, ovvero se attenersi ai costi e agli esborsi effettivamente sostenuti per le forniture del servizio prestato o ai prezzi di mercato. A tal fine occorrerà tener conto anche della Giurisprudenza comunitaria che differenzia il mercato dell'*in house* (con transazioni senza profitti) da quello degli altri operatori economici che rischiano sul mercato e del considerando della Direttiva che pone il vincolo del pubblico interesse nei pagamenti tra enti pubblici nelle attività di scambio cooperativo.

3) In fase di recepimento, nel caso di *in house* verticale si deve esaminare attentamente la previsione del penultimo comma del considerando 32, che consentirebbe ai privati con poteri di veto e di influenza dominante di essere presenti nell'amministrazione controllante, in quanto la stessa non sembra attuabile. Ciò per contrasto con il divieto di presenza nella controllata di privati con poteri di veto ed influenza dominante che "entrerebbero" mediante l'esercizio del controllo analogo da parte della controllante.

4) Nel caso di *in house* orizzontale tra organismi di diritto pubblico anche amministrazioni aggiudicatrici, che abbiano dei privati nella compagine con poteri di veto e influenza determinante, si deve valutare la possibilità di tali accordi in sede di recepimento della Direttiva (considerando 32 ultimo paragrafo) tenendo conto dell'impatto che tali accordi possono avere sulla concorrenza e le MPMI.

5) In fase di recepimento si dovrà valutare se prevedere o meno per la società affidataria *in house* limiti territoriali ovvero se limitare o no la loro attività all'ambito territoriale di "azione" degli enti partecipanti al suo capitale.

### **Articolo 13 – Appalti sovvenzionati dalle amministrazioni aggiudicatrici**

- Articolo 8, Direttiva 2004/18/CEE
- Disposizione a recepimento obbligatorio

Si ripropone quanto previsto dall'art.8 del regime pregresso.

**Articolo 14 – Servizi di ricerca e sviluppo**

- *Considerando 35, Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 16, lett. f), Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Con l'articolo in commento viene sostanzialmente trasposto in una norma ad hoc quanto previsto dalla lettera f) dell'articolo 16 inerente le esclusioni specifiche previste dalla direttiva 2004/18. Nella nuova formulazione, il testo chiarisce che la presente direttiva è applicabile nel caso in cui siano soddisfatte entrambe le condizioni seguenti:

- a. i risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice perché li usi nell'esercizio della sua attività;
- b. la prestazione del servizio è interamente retribuita dall'amministrazione aggiudicatrice.

La mancanza di entrambi i presupposti fa fuoriuscire l'attività di ricerca e sviluppo dall'ambito di applicazione della direttiva e per l'attribuzione di tali contratti occorre fare riferimento alla Comunicazione della Commissione Europea del 14 dicembre 2007.

Il considerando 35 precisa che “È opportuno incoraggiare il cofinanziamento di programmi di ricerca e sviluppo (R&S) da parte di fonti del settore industriale. È pertanto opportuno precisare che la presente direttiva si applica solo in assenza di tale cofinanziamento e qualora i risultati delle attività di R&S siano destinati all'amministrazione aggiudicatrice interessata. Ciò non dovrebbe escludere la possibilità che il prestatore di servizi che ha svolto tali attività possa pubblicare una relazione al riguardo, a condizione che l'amministrazione aggiudicatrice mantenga il diritto esclusivo di usare i risultati dell'R&S nell'esercizio delle sue attività. Tuttavia, condivisioni fittizie dei risultati dell'R&S o partecipazioni puramente simboliche alla remunerazione del prestatore di servizi non dovrebbero impedire l'applicazione della presente direttiva”.

**Articoli 15 -17 non commentati****Articolo 18 - Principi per l'aggiudicazione degli appalti**

- *Considerando 36-41, Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 2, Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

La disposizione in commento si inserisce nel novero delle previsioni che guardano alla promozione della qualità negli appalti pubblici, perché promuovano l'innovazione, rispettino l'ambiente e contrastino il cambiamento climatico, migliorando l'occupazione, la salute pubblica e le condizioni sociali.

I singoli principi che devono ispirare gli Stati membri nella fase di aggiudicazione possono suddividersi in due sottoinsiemi: da un lato, quei principi che non devono minare o limitare la concorrenza; dall'altro, i nuovi principi qualitativi che guidano la Direttiva in commento e che il considerando 37 così motiva: “è particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro che si applicano nel luogo in cui i lavori sono eseguiti o i servizi forniti e derivanti da leggi, regolamenti, decreti e decisioni, adottati sia a livello nazionale che dell'Unione, e da contratti collettivi purché tali norme, nonché la loro applicazione, siano conformi al diritto dell'Unione”.

L'introduzione, tra i principi generali, dell'obbligo per gli Stati membri di adottare le misure appropriate per garantire l'integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e del lavoro nelle procedure di gara nonché nell'esecuzione dei contratti, e far sì che gli operatori economici rispettino detti obblighi stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi o dal diritto internazionale, rappresenta una delle novità della nuova Direttiva.

Il considerando 40 specifica che il rispetto di tali obblighi deve essere valutato, nell'applicare i principi generali, dalle Amministrazioni aggiudicatrici nelle diverse fasi delle procedure d'appalto. Il principio in argomento trova declinazione nell'ambito di diversi istituti disciplinati dalla direttiva dove viene fatto un espresso rinvio all'articolo 18, paragrafo 2, con conseguente necessità di definire in sede di recepimento la rilevanza e le conseguenze delle eventuali violazioni rispetto alla specifica fase della procedura di affidamento.

### **Opportunità**

L'Europa promuove, da un lato, gli acquisti sociali, il cd. *Socially Responsible Public Procurement*, ovvero la scelta delle amministrazioni di effettuare operazioni di acquisto non strettamente incentrate solo sui requisiti economici, ma anche dando un peso rilevante all'impatto sociale, economico ed ambientale del contratto e, dall'altro, spinge agli acquisti verdi, il cd. *Green Public Procurement*, affinché mediante gli appalti si realizzi la promozione e lo sviluppo sostenibile del territorio. Ma nel nuovo quadro normativo europeo, il già importante ruolo attribuito a queste esigenze può assumere un peso ancora maggiore in considerazione dell'impatto rilevante, anche in termini economici oltre che di crescita intelligente e sostenibile, che esse hanno sul mercato.

### ***Articolo 19 – Operatori economici***

- *Considerando 15, Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 4, Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio (al paragrafo 2 è prevista una disposizione a recepimento facoltativo per gli Stati membri)*

Nell'ambito dell'argomento in esame, il legislatore europeo disciplina le indicazioni pervenute dalla Corte di Giustizia tra il 2007 ed il 2009 (v. Corte giust. 19 maggio 2009, n. C-538/07), già recepite dalla vigente normativa interna. Sul tema i giudici della CGE avevano stabilito che la nozione di operatore economico va interpretata nel senso di consentire una ampia partecipazione alle gare. I giudici europei, ed oggi la Direttiva in commento, hanno confermato il principio della massima apertura delle gare pubbliche, il quale prevale su qualsiasi disposizione nazionale che precluda la partecipazione a soggetti privi di specifiche forme.

La disposizione in parte ricalca la precedente disciplina prevedendo che gli operatori economici, se in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche.

Tuttavia, per gli appalti pubblici di servizi e di lavori nonché per gli appalti pubblici di forniture che comportano anche servizi e/o lavori di posa in opera e di installazione, alle persone giuridiche può essere imposto d'indicare nell'offerta o nella domanda di partecipazione il nome e le qualifiche professionali delle persone incaricate di fornire la prestazione di cui trattasi. Tale previsione di indicare nell'offerta o nella domanda di partecipazione il nome e la qualifica del personale può costituire quindi un elemento che assume

valenza di requisito di capacità tecnica al fine della partecipazione o un elemento dell'offerta per la trattazione della diversa valenza dei quali si rinvia all'analisi dell'art. 67.

Il paragrafo 2 detta poi la disciplina per i raggruppamenti di operatori economici confermando quanto già previsto in ordine all'impossibilità di richiedere agli stessi per la presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione di avere una forma giuridica specifica. Il paragrafo 3 introduce una deroga a tale principio prevedendo la possibilità di prevedere che, dopo l'aggiudicazione, gli stessi assumano una forma giuridica specifica laddove tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto.

Il paragrafo 2 introduce poi la possibilità per le amministrazioni di specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori devono ottemperare ai requisiti di capacità economica finanziaria o di capacità tecniche e professionali di cui all'art. 58, purché ciò sia proporzionato e giustificato da ragioni obiettive. Agli Stati membri è lasciata la possibilità di stabilire condizioni generali relative all'ottemperanza di tali modalità da parte degli operatori economici.

Il paragrafo 2 infine prevede che condizioni di esecuzione da parte di gruppi di operatori, diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, devono essere giustificate da motivazioni obiettive e devono essere proporzionate.

### **Opportunità/criticità**

In relazione alla possibilità introdotta dal paragrafo 2 dell'art. 19 per le amministrazioni di specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori devono ottemperare ai requisiti di capacità economica finanziaria o di capacità tecniche e professionali di cui all'art. 58, purché ciò sia proporzionato e giustificato da ragioni obiettive agli Stati membri è lasciata la possibilità di stabilire condizioni generali relative all'ottemperanza di tali modalità. Quindi in fase di recepimento il nostro legislatore può dettare una disciplina generale per indirizzare le amministrazioni. Tale disciplina è già presente nella normativa nazionale con disposizioni diverse per il settore dei lavori e di quello di forniture e servizi le quali però non sempre risultano di chiara applicazione da parte delle amministrazioni e sulle quali si potrebbe quindi intervenire in fase di recepimento.

### ***Articolo 20 – Appalti riservati***

- *Considerando 36, 93, 99, Direttiva 2014/24/UE*
- *Articoli 19 Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

### **Analisi testo**

La disposizione era già presente nella Direttiva 18/2004. L'articolo 19 era però inserito nella Sezione 4 “Regime Speciale” a differenza dell'attuale formulazione (Articolo 20, Direttiva 24) che, invece, è collocato nella Sezione “Disposizioni generali”.

E' dunque da rilevare che già la collocazione attuale significhi un maggiore “respiro” attribuito alla norma.

L'articolo 19 della precedente Direttiva, prevedeva che: *“Gli Stati membri possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici a laboratori protetti o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è*



*composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali”.*

La norma precedente quindi prevedeva: una maggioranza (il 50% ed oltre dei lavoratori) e lo svantaggio era limitato alla sola disabilità.

Con la nuova norma invece si prevede una percentuale inferiore (almeno il 30%) e viene ampliata la categoria dello svantaggio.

La Direttiva dunque valorizza ulteriormente il ruolo delle imprese sociali che si propongono come scopo l'integrazione o reintegrazione sociale e professionale delle persone svantaggiate.

L'articolo 20 costituisce una soluzione innovativa, coerente con i propositi fissati nell'*Iniziativa per l'impresa sociale* avviata nel 2011 dalla Commissione. La disposizione ricalca il modello del primo esempio di impresa sociale in Europa, rappresentato dalle cooperative sociali italiane di cui alla L. 8 novembre 1991, n. 381 (Disciplina delle cooperative sociali).

In sede di recepimento, il legislatore dovrà valutare, tenendo conto della normativa vigente in materia di cooperazione sociale, se tali soggetti rispondono già alle caratteristiche previste dall'art. 20 ovvero “*operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate*” ovvero imprese con “*almeno il 30% dei lavoratori (...) con disabilità o da lavoratori svantaggiati*”.

Inoltre, anche ai fini della definizione di “persona svantaggiata” il legislatore dovrà tener conto delle definizioni già contenute nell'art. 4 della citata legge 8 novembre 1991, n. 381, dove si considerano “persone svantaggiate” esclusivamente gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno ai sensi dell'articolo 21 della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni.

#### **Articolo 21 – Riservatezza**

- *Considerando 51, Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 6, Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

La disposizione in commento amplia le previsioni della direttiva precedente, prevedendo che l'amministrazione aggiudicatrice non riveli informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate, compresi anche (ma non solo) segreti tecnici o commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte.

La nuova direttiva ripropone in massima parte quanto previsto da quella vigente, aggiungendo al secondo comma che “Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre agli operatori economici condizioni intese a proteggere la natura confidenziale delle informazioni che le amministrazioni aggiudicatrici rendono disponibili durante tutta la procedura di appalto”.

#### **Criticità**

Il tema della tutela della riservatezza in rapporto al diritto di accesso e alla necessità di contemperare gli interessi contrapposti degli operatori economici, che nell'attuale normativa presenta criticità operative per le amministrazioni, richiede un ulteriore approfondimento ed una riconsiderazione della disciplina anche valorizzando la facoltà di far prevalere una eventuale, diversa, normativa nazionale.

***Articolo 22 – Regole applicabili alle comunicazioni***

- *Considerando 52-57, Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 42, Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio (salvo il paragrafo 4 a recepimento facoltativo)*

La nuova direttiva introduce, con questo articolo, una rilevante novità, che potrebbe passare inosservata, consistente nell'abbandono per tutte le procedure di scelta del contraente della presentazione dell'offerta in modalità cartacea. Tale previsione è cosa diversa dall'utilizzo di procedure quali il sistema dinamico di acquisizione, già previsto nella direttiva 18/2004 e il cui svolgimento per sua natura richiede l'utilizzo di sistemi telematici di negoziazione o del ricorso all'asta elettronica, in fase di aggiudicazione di una procedura aperta, ristretta o nella fase di appalti specifici di un accordo quadro, al fine di rendere più dinamica la fase di aggiudicazione. Il legislatore comunitario ha fatto un ulteriore passo avanti per l'utilizzo dei mezzi elettronici verso i quali già nella direttiva 18 aveva manifestato il proprio favore. Nell'articolo in commento ed in altre disposizioni della nuova direttiva (vedi artt. 34 e 40) il legislatore comunitario dà particolare risalto ai mezzi elettronici di informazione e comunicazione, ritenuti in grado di semplificare la pubblicazione degli appalti, accrescere l'efficacia e la trasparenza delle procedure di appalto. In questa prospettiva, un uso estensivo dei mezzi di comunicazione elettronica ed una piena informatizzazione della procedura dovranno divenire la norma (considerando 52).

La portata innovativa del testo è facilmente desumibile dal considerando 52, ove si prevede "l'obbligo della comunicazione integralmente elettronica, ossia la comunicazione tramite strumenti elettronici, in tutte le fasi della procedura, compresa la trasmissione di richieste di partecipazione e, in particolare, la presentazione (trasmissione per via elettronica) delle offerte". Viene peraltro precisato che il ricorso obbligatorio a mezzi di comunicazione elettronici ai sensi delle direttive non dovrebbe tuttavia vincolare le amministrazioni aggiudicatrici a effettuare il trattamento elettronico delle offerte, né a procedere alla valutazione elettronica o al trattamento automatizzato.

Per l'applicazione di questa disposizione il nostro legislatore può posticipare la sua applicazione, in forza di quanto previsto all'art. 90, fino al 18 ottobre 2018, mentre per le centrali di committenza il termine può essere posticipato solo fino al 18 aprile 2017.

L'uso dei mezzi di comunicazione elettronici è stato previsto quindi prima obbligatorio per le centrali di committenza e poi come un obbligo generale per tutte le amministrazioni ed in tutte le procedure di appalto.

Per poter far fronte a tale modalità di ricevimento delle offerte occorre predisporre dei sistemi telematici strutturati in modo da poter assicurare la trattazione delle offerte nel rispetto dei principi di segretezza, inalterabilità.

Il paragrafo 1 prevede che gli strumenti e i dispositivi da utilizzare per comunicare per via elettronica, nonché le relative caratteristiche tecniche, abbiano carattere non discriminatorio e quindi siano comunemente disponibili e compatibili con i prodotti generalmente in uso e non limitino l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione.

In alcuni casi è consentito alle amministrazioni di non utilizzare mezzi di comunicazione elettronici:

- a) a causa della natura specialistica dell'appalto, l'uso di mezzi di comunicazione elettronici richiederebbe specifici strumenti, dispositivi o formati di file che non sono in genere disponibili o non sono in genere gestiti dai programmi comunemente disponibili;
- b) i programmi in grado di gestire i formati di file adatti a descrivere le offerte utilizzano formati di file che non possono essere gestiti mediante altri programmi aperti o generalmente disponibili ovvero sono protetti da licenza di proprietà esclusiva e non possono essere messi a disposizione per essere scaricati o per farne un uso remoto da parte dell'amministrazione aggiudicatrice;
- c) l'utilizzo di mezzi di comunicazione elettronici richiederebbe attrezzature specializzate per ufficio non comunemente disponibili alle amministrazioni aggiudicatrici;
- d) i documenti di gara richiedono la presentazione di un modello fisico o in scala ridotta che non può essere trasmesso per mezzo di strumenti elettronici.

O ancora, a causa di una violazione della sicurezza dei mezzi di comunicazione elettronici o per la protezione di informazioni di natura particolarmente sensibile che richiedono un livello talmente elevato di protezione, da non poter essere adeguatamente garantito mediante l'uso degli strumenti e dispositivi elettronici che sono generalmente a disposizione degli operatori economici.

Il paragrafo 2, invece, dispone che “la comunicazione orale può essere utilizzata in relazione a comunicazioni diverse da quelle relative agli elementi essenziali della procedura di appalto, purché il contenuto della comunicazione orale sia sufficientemente documentato”.

La norma prevede, inoltre, al paragrafo 3 che in relazione a tutte le comunicazioni, gli scambi e l'archiviazione di informazioni, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscano che l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute.

Ai sensi del paragrafo 4, “Per gli appalti pubblici di lavori e i concorsi di progettazione, gli Stati membri possono richiedere l'uso di strumenti elettronici specifici, quali gli strumenti di simulazione elettronica per le informazioni edilizie o strumenti analoghi”.

Gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici che lo desiderino dovrebbero mantenere la facoltà di introdurre misure più avanzate. Si rileva che prima di specificare il livello di sicurezza richiesto per i mezzi di comunicazione elettronici da usare nelle diverse fasi della procedura di aggiudicazione, gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero valutare, da un lato, la proporzionalità tra i requisiti intesi ad assicurare un'identificazione corretta e affidabile dei mittenti della comunicazione in questione e l'integrità del contenuto di quest'ultima e, dall'altro, il rischio di problemi, come in situazioni in cui i messaggi sono inviati da un mittente diverso da quello indicato. Ceteris paribus, ciò significherebbe che il livello di sicurezza richiesto, per esempio, per un'email inviata per chiedere la conferma dell'indirizzo esatto al quale sarà tenuta una riunione di informazione non dovrebbe essere lo stesso livello di sicurezza richiesto per l'offerta stessa che è vincolante per l'operatore economico. Analogamente, grazie alla valutazione della proporzionalità potrebbero essere abbassati i livelli di sicurezza richiesti in caso di rappresentazione di cataloghi elettronici o di presentazione di offerte nel contesto di mini-gare nell'ambito di un accordo quadro, oppure di accesso ai documenti di gara (Considerando 57).

### **Opportunità/criticità**

Questa nuova modalità è di forte impatto in quanto richiede un profondo cambiamento e un diverso approccio da parte delle amministrazioni e degli operatori economici legati alle modalità tradizionali, nonché una normativa che tenga conto delle specificità della presentazione dematerializzata della documentazione di gara. Tali cambiamenti necessitano di tempi adeguati per consentire alle amministrazioni di riorganizzare la gestione delle gare in questa nuova prospettiva.

Inoltre, un rischio da tener presente nel passaggio alla modalità telematica è quello della proliferazione dei sistemi di negoziazione, con duplicazioni e assenza di coordinamento, che andrebbe evitato in quanto comporterebbe un aumento della spesa per le amministrazioni. Ciò potrebbe creare delle difficoltà in sede di partecipazione alle imprese, le quali sarebbero chiamate ad utilizzare una molteplicità di sistemi diversi, nonché alle amministrazioni più piccole che dovrebbero adattarsi all'utilizzo di sistemi potenzialmente diversi. Al contrario invece partendo dalle esperienze esistenti, anche a livello territoriale, occorre condividere il più possibile le stesse e cercare di rendere omogenee le modalità di partecipazione e le dichiarazioni da presentare. In tal modo si facilita la partecipazione delle imprese alle procedure e si aiutano anche le amministrazioni più piccole che, utilizzando il sistema telematico, avrebbero le fasi della procedura di gara già impostate.

In relazione alla possibilità concessa dall'articolo 90 di fruire di termini più ampi di recepimento, il legislatore dovrà tener conto, da un lato della necessità di dare un impulso alle amministrazioni in tale direzione e dall'altro dei tempi necessari alle amministrazioni per affrontare il cambiamento.

### ***Articolo 23 – Non commentato***

### ***Articolo 24 – Conflitti di interessi***

- *Considerando 16, Direttiva 2014/24/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

### **Analisi testo**

La Direttiva in commento sembra non voler sottovalutare una preoccupazione ricorrente in grado di arrecare gravi danni al bilancio pubblico e nuocere alla reputazione dell'UE e del Paese interessato. L'articolo 24 intende rimarcare la vulnerabilità alla corruzione del settore degli appalti, prevedendo che “le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure adeguate per prevenire, individuare e porre rimedio in modo efficace a conflitti di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici”.

La nuova Direttiva non dà una definizione esaustiva di “conflitto di interessi”, non essendo un concetto armonizzato a livello di Unione Europea, ma ne prevede solo una nozione minima: “Il concetto di conflitti d'interesse copre almeno i casi in cui il personale di un'amministrazione aggiudicatrice o di un prestatore di servizi che per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti o può influenzare il risultato di tale procedura ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto”.

La direttiva indica come criterio generale di individuare misure che risolvano le ipotesi di conflitto presenti senza precludere la possibilità di partecipazione degli operatori economici alle procedure di appalto. L'esclusione dell'operatore dalla partecipazione alle procedure è vista come ultima ratio dall'art. 57 paragrafo 4 lett. e) se il conflitto non può essere risolto con altre misure meno intrusive. Questa ipotesi di esclusione è ricompresa fra le cause di esclusione a recepimento facoltativo per l'analisi delle quali si rinvia all'art. 57.

Occorre rammentare che il nostro ordinamento ha già individuato alcune fattispecie normative del Codice appalti finalizzate a prevenire il conflitto d'interessi quali ad es. art. 84 comma 4, 90 comma 8 recentemente modificato ed integrato dall' art. 20 della legge 30 ottobre 2014, n. 161 (Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013-bis. ) e 141 comma 5 mentre la legge 190/2012, in una così detta "ottica preventiva" dell'anticorruzione ha introdotto in modo esplicito il termine "conflitto d'interessi" esprimendolo in legge. Il Codice vigente prevedeva prima della modifica di cui alla citata legge 161/2014, infatti, al comma 8 dell'art. 90 alcuni casi di conflitto di interessi relativo ai professionisti affidatari degli incarichi di progettazione ed ai loro collaboratori. Ancora, ipotesi di conflitto di interesse sono presenti negli Statuti degli Enti Locali, anche se appaiono in contrasto con il principio di tassatività previsto dal comma 1 dell'art. 46 del D.lgs. 163/2006. Infine, anche la l. n. 190/2012 (cd. Anticorruzione) aveva individuato alcune ipotesi di conflitto di interesse in relazione all'affidamento degli incarichi.

#### **Articolo 25 – Non commentato**

#### **Articolo 26 – Scelta delle procedure**

- *Considerando 42 Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 28 Direttiva 2004/18/CE*
- *Articolo 54 Codice degli appalti*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio ad eccezione del paragrafo 5, comma 2 e del paragrafo 6.*

#### **Analisi testo**

Le procedure di scelta del contraente disciplinate dalla nuova Direttiva riprendono sostanzialmente le fattispecie previste dalla Direttiva 2004/18/CE. Tuttavia, si riscontra un'attenzione particolare per la flessibilità offerta da tecniche procedurali capaci di portare ad una definizione partecipata del contenuto dell'offerta o ad una condivisa individuazione, definizione o sviluppo dei mezzi più idonei a soddisfare le esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici, quali la negoziazione e il dialogo con gli operatori economici del mercato di riferimento. Questa flessibilità è voluta anche per porsi a vantaggio degli scambi transfrontalieri (considerando 42).

Graficamente le procedure possono essere inquadrate avendo come riferimento la disponibilità nel mercato dell'oggetto dell'appalto. Infatti, in questo senso, la scelta sulla procedura dipende dalla combinazione tra il grado di conoscenza tecnica del prodotto da parte dell'amministrazione aggiudicatrice e la disponibilità del prodotto che il mercato offre per soddisfare le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice, fino ad arrivare all'ipotesi di inesistenza nel mercato di prodotti con queste finalità.

## CONSULTAZIONI PRELIMINARI DI MERCATO

Aperta	Ristretta	Competitiva con negoiazione	Dialogo competitivo	Partenariato per l'innovazione
<b>PRODOTTO IMMEDIATAMENTE DISPONIBILE NEL MERCATO</b>				<b>FUORI MERCATO</b>

Elevata conoscenza del prodotto da parte della SA	Bassa conoscenza	Bassa conoscenza	Nessuna conoscenza
Elevata disponibilità del prodotto sul mercato	Elevata disponibilità	Bassa disponibilità	Nessuna disponibilità

L'articolo 26 della nuova Direttiva, dopo aver elencato le procedure di scelta del contraente (aperta, ristretta, competitiva con negoziazione, dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione), delimita l'ambito di applicazione delle procedure con negoziazione ribaltando il precedente approccio normativo: la pubblica amministrazione non è più soggetto passivo della procedura di gara ma diventa soggetto attivo; propone, concepisce idee, collabora costruttivamente alla creazione del prodotto innovativo.

Le procedure “di ultima generazione”, sempre più, vedono la presenza di un partner privato che “collabora” con l'Amministrazione pubblica ed interviene nei casi in cui è necessario sopperire alla carenza di specifica conoscenza tecnica negli ambiti oggetto di intervento o alla carenza di fondi (è il caso del c.d. partenariato pubblico-privato).

Si può dunque affermare che, attraverso queste modalità di scambio di idee ed informazioni con il privato, viene superata la fictio di onniscienza dell'Amministrazione pubblica che, in realtà, non sempre è in grado di predeterminare esattamente il contenuto del contratto che deve porre in essere.

La procedura competitiva con negoziazione, sembra inserirsi in una fase intermedia tra il dialogo competitivo e la procedura ristretta, abbracciando anche la casistica in cui poteva essere utilizzata la vecchia procedura negoziata con pubblicazione di bando (non più riproposta nel testo della nuova Direttiva).

A fronte della negoziazione prevista, anche qui, come espressamente riportato nel *considerando 45 della Direttiva*, è necessario introdurre misure di salvaguardia che garantiscano l'osservanza dei principi di parità di trattamento e di trasparenza.

La Direttiva precisa che, in generale, le procedure con negoziazione, vanno utilizzate quando le tradizionali procedure aperte o ristrette non possono “portare a risultati di aggiudicazione di appalti soddisfacenti” (*considerando 42*) o quando: “le esigenze dell’amministrazione aggiudicatrice non possono essere soddisfatte senza l’adozione di soluzioni immediatamente disponibili; implicano progettazione o soluzioni innovative; l’appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla loro natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica o a causa dei rischi ad essi connessi; le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dall’amministrazione aggiudicatrice con riferimento a una norma, una valutazione tecnica europea, una specifica tecnica comune o un riferimento tecnico ai sensi della stessa Direttiva” (*punti da 2 a 5 dell’allegato VII della Direttiva 24/2014*).

La procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo possono essere applicate, ai sensi del paragrafo 4, lettera a), quando l’amministrazione aggiudicatrice ha necessità di addivenire a soluzioni non immediatamente disponibili, innovative, particolarmente complesse sotto il profilo giuridico e finanziario o tecnico. Ai sensi della lettera b) del predetto paragrafo, le procedure citate possono essere applicate nei casi di offerte irregolari o inaccettabili, pervenute a seguito di procedura aperta o ristretta. La direttiva si preoccupa quindi di dare un preciso inquadramento a queste due specifiche patologie delle offerte. Tuttavia, se da un lato è apprezzabile il tentativo di dare esplicitazione alla definizione di offerte irregolari o inaccettabili, dall’altro i concetti espressi non sembrano inequivocabili, a cominciare da quando si dice che, in caso di offerte irregolari o inaccettabili presentate in risposta a una procedura aperta o ristretta, le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a pubblicare un bando di gara se includono nella procedura tutti, e soltanto, gli offerenti in possesso dei requisiti di cui ai criteri di selezione qualitativa che, nella precedente procedura, hanno presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di appalto. Ci si chiede, per esempio, come delle offerte irregolari possano poi dirsi conformi ai requisiti formali. L’ambiguità prende maggiormente forma nel comma immediatamente successivo, quando si definiscono irregolari le offerte...in relazione alle quali vi sono prove di corruzione o collusione. Si può parlare in questo caso di “irregolarità”? E ancora, le offerte che non rispettano i documenti di gara sono esemplificativamente indicate come irregolari: non si capisce come possano allo stesso tempo essere dichiarate conformi ai requisiti formali. Anche con riferimento alla definizione di offerte inaccettabili è legittimo nutrire qualche dubbio. Gli offerenti che, in una prima procedura aperta o ristretta, non possiedono la qualificazione necessaria, come possono essere chiamati a partecipare ad una seconda procedura senza previa pubblicazione di un bando di gara? Queste possibili incertezze vanno assolutamente evitate in sede di recepimento.

### **Opportunità/criticità**

Appare chiara, fin da una prima lettura di questo capo dedicato alle procedure, la volontà di rafforzamento dell’istituto della negoziazione, con l’introduzione della procedura competitiva con negoziazione e del partenariato per l’innovazione. Il recepimento di questa direttiva è un’opportunità da cogliere perché i tempi sono maturi per mutare l’approccio finora avuto nei confronti delle procedure negoziate. Il focus deve essere spostato dal concetto che vuole la negoziazione come modalità per restringere la cerchia degli invitati a quello (proprio) che si riferisce allo strumento di gara da utilizzare allo scopo di adattare al meglio le soluzioni offerte alle esigenze dell’amministrazione.

Si evidenziano invece delle forti criticità nel paragrafo 4, comma 1, lettera b), dovute al difficile coordinamento con le norme di cui agli articoli 57-64, in relazione ai soggetti da invitare in seconda battuta, in caso di presentazione di offerte irregolari o inaccettabili in risposta ad una procedura aperta o ristretta. Nonostante lo sforzo di inquadrare i concetti di offerta irregolare o inaccettabile, la loro definizione presenta evidenti ambiguità da non sottovalutare in sede di recepimento. E’ importante che venga nettamente distinta

l'ipotesi in cui l'evento patologico riguardi la verifica della documentazione amministrativa ma potenzialmente le offerte economiche siano regolari (che equivale a dire che "il mercato c'è ma non riesco a parlarci"), dall'ipotesi in cui la patologia riguarda le offerte economiche (nel qual caso "il mercato non c'è" e devo agire per trovarne e rimuoverne le cause).

**MPMI:** Non si riscontrano specifiche opportunità o criticità per le MPMI nel contesto della disciplina generale delle procedure di aggiudicazione. Si richiama tuttavia l'attenzione su quanto previsto nel considerando 78 in fase di preparazione delle procedure di gara, con particolare riguardo alle valutazioni che le amministrazioni aggiudicatrici sono incoraggiate a fare in merito all'adequazione degli appalti alle necessità delle MPMI.

## **Articolo 27 – Procedura aperta**

## **Articolo 28 – Procedura ristretta**

- *Considerando 46, 80 e 81 Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 28 Direttiva 18/2004/CE*
- *Articolo 55 Codice degli appalti*
- *Disposizioni a recepimento obbligatorio (ad eccezione dell'articolo 28, paragrafo 4)*

**I due articoli sono trattati congiuntamente.**

### **Analisi testo**

Con gli articoli 27 (Procedura aperta) e 28 (Procedura ristretta) la Direttiva n. 24 ripropone le procedure già disciplinate dalla Direttiva n. 18. Queste procedure costituiscono le procedure ordinarie da applicarsi ogni qualvolta non vi siano situazioni che consentano di ricorrere alle altre procedure.

Ciò che si differenzia nella trattazione delle procedure consiste in un primo aspetto di tipo formale, nel senso che con la precedente Direttiva, all'articolo 38, venivano individuati tutti i termini minimi da rispettare per l'esperimento delle varie procedure, mentre con la Direttiva 24, i termini minimi sono articolati dettagliatamente nell'ambito di ogni singola procedura; vi sono poi aspetti di tipo sostanziale che riguardano prevalentemente la riduzione dei termini minimi per l'esperimento delle procedure che andiamo di seguito ad evidenziare.

Prima di analizzare le novità, è importante sottolineare come anche la Direttiva 24, con il considerando 80, espliciti il concetto di adequazione dei termini per la partecipazione agli appalti, prevedendo che le amministrazioni aggiudicatrici debbano tener conto della complessità dell'appalto e del tempo necessario per la formulazione dell'offerta nello stabilire i termini delle singole gare, anche se da ciò può derivare la fissazione di un termine maggiore rispetto a quelli minimi previsti dalla Direttiva stessa. Ancora, un termine non adeguato potrebbe comportare una riduzione della concorrenza a scapito delle MPMI meno attrezzate rispetto ad altre, come anche indicato nel Codice europeo di buone pratiche del 2008.

Aspetti innovativi e sostanziali riguardano innanzitutto la riduzione dei termini minimi previsti, infatti per la **procedura aperta** si passa dai 52 ai 35 giorni per la presentazione dell'offerta; è stato modificato anche il termine minimo, che ora è di 15 giorni (prima 22) a seguito della pubblicazione di un avviso di preinformazione che rispetta determinate caratteristiche. Per la **procedura ristretta** i nuovi termini sono di 30 giorni sia per la ricezione delle domande di partecipazione (prima 37), sia per la presentazione delle



offerte (prima 40); quest'ultimo può essere ulteriormente ridotto a 10 giorni se preceduto da un avviso di preformazione che rispetti determinate caratteristiche.

Altra novità che riguarda le procedure aperta e ristretta riguarda la riduzione di ulteriori 5 giorni dei tempi minimi previsti. Tale facoltà era consentita in precedenza se l'amministrazione aggiudicatrice forniva l'accesso elettronico libero, diretto e completo al capitolato d'oneri e ad ogni documento complementare, mentre ora è consentita nel caso in cui l'amministrazione "... accetta che le offerte possano essere presentate per via elettronica...".

Anche se la Direttiva, con l'articolo 22, prevede l'obbligo per gli Stati membri di utilizzare mezzi elettronici per tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni (considerando 52), tale aspetto comporta un impatto rilevante nel nostro ordinamento; ed anche se da un lato introduce una semplificazione nella presentazione delle offerte, dall'altro implica la predisposizione di strumenti che rispettino le modalità di trasmissione specifiche previste a livello di Unione (considerando 80 e articolo 22) e tutelino il rispetto del principio della segretezza della partecipazione alla gara e del contenuto dell'offerta.

Altra novità sostanziale riguarda la possibilità di ridurre i termini minimi, già previsti per la **procedura ristretta** dalla Direttiva n. 18, anche per la **procedura aperta** (non inferiore a 15 giorni – art. 27, paragrafo 3), in caso di urgenza debitamente dimostrata dall'amministrazione. Da sottolineare che con i considerando 46 ed 80 viene esplicitato un concetto di urgenza diverso dal concetto di estrema urgenza previsto per l'esperimento della procedura negoziata senza pubblicazione di bando. Infatti il considerando 46 prevede la possibilità di ridurre i termini minimi qualora il rispetto di quelli ordinari non sarebbero praticabile a causa di una situazione di urgenza da motivare, ma precisa ulteriormente che "... non debba trattarsi di situazione di estrema urgenza risultante da eventi imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice e ad essa non imputabili". Il considerando 80 specifica inoltre che pur in presenza dell'urgenza è comunque possibile esperire una procedura regolare con pubblicazione.

Da rilevare ancora (articolo 28, paragrafo 4), la facoltà per gli Stati membri di prevedere per le procedure ristrette, la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di concordare con i candidati selezionati il termine per la ricezione delle offerte, comunque mai inferiore a 10 giorni, e la possibilità di garantire a tutti i candidati il medesimo termine (da intendersi come tempo a disposizione) per la formulazione e la presentazione dell'offerta.

### **Opportunità/criticità**

Si ritiene utile evidenziare che i termini indicati dalla Direttiva decorrono dall'invio della documentazione per la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea; tuttavia a livello nazionale, sono previste ulteriori pubblicazione (GURI, profilo del committente, ecc., come previsto dagli articoli 65, 66, 122 e 124 del d.lgs 163/2006); ciò che sarebbe opportuno valutare è la possibilità di introdurre un termine unificato di decorrenza dei termini di pubblicità e della conoscibilità degli atti di gara da parte degli operatori economici.

Altro aspetto da sfruttare in sede di recepimento per le opportunità che offre è la riduzione dei termini in casi di urgenza, nell'accezione data nei considerando 46 e 80. In tale possibilità ad esempio potrebbero rientrare quelle situazioni che frequentemente devono affrontare le nostre amministrazioni circa il rischio della perdita dei finanziamenti concessi.

Con l'articolo 22, la Direttiva prevede l'obbligo per gli Stati membri di utilizzare mezzi elettronici per tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni (considerando 52), tale aspetto comporta un impatto rilevante nel nostro ordinamento, e se da un lato introduce una semplificazione nella presentazione delle offerte, dall'altro implica la predisposizione di strumenti che rispettino le modalità di trasmissione specifiche

previste a livello di Unione (considerando 80 e articolo 22) e tutelino il rispetto del principio della segretezza della partecipazione alla gara e del contenuto dell'offerta.

**MPMI:** un termine eccessivamente ridotto potrebbe comportare una riduzione della concorrenza a scapito delle MPMI meno attrezzate rispetto ad altre.

### **Articolo 29 – Procedura competitiva con negoziazione**

- *Considerando 42, 43, 44, 45, 46, 80 e 81 Direttiva 2014/24/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio.*

### **Analisi testo**

La procedura competitiva con negoziazione sembra sostituire, in parte, la vecchia procedura negoziata con pubblicazione di bando, disciplinata dall'articolo 30 della Direttiva 2004/18/CE, che poteva essere utilizzata solo nei seguenti casi:

- a) in caso di offerte irregolari o di deposito di offerte inaccettabili secondo le disposizioni nazionali compatibili con le disposizioni degli articoli 4, 24, 25, 27 e quelle del capo VII, presentate in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate;
- b) in casi eccezionali, qualora si tratti di lavori, forniture o di servizi la cui natura o i cui imprevisti non consentano una fissazione preliminare e globale dei prezzi;
- c) nel caso di servizi, e in particolare di servizi rientranti nella categoria 6 dell'allegato II A e di prestazioni di natura intellettuale quali la progettazione di opere, nella misura in cui la natura della prestazione da fornire renda impossibile stabilire le specifiche dell'appalto con una precisione sufficiente che permetta di aggiudicare l'appalto selezionando l'offerta migliore secondo le norme della procedura aperta o della procedura ristretta;
- d) nel caso di appalti pubblici di lavori, per i lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e di sviluppo.

In tali casi, le pubbliche amministrazioni possono negoziare con gli offerenti le offerte da questi presentate per adeguarle alle esigenze indicate nel bando di gara, nel capitolato d'oneri e negli eventuali documenti complementari e per cercare l'offerta migliore.

Come anticipato, tra le procedure di scelta del contraente con negoziazione viene introdotta *ex novo* la "procedura competitiva con negoziazione" (articolo 29) come procedura generale che abbraccia anche la vecchia casistica della procedura negoziata con pubblicazione di bando (articolo 30 della Direttiva n. 2014/18/UE ed articolo 56 del D.lgs. 163/2006 e smi). Viene introdotto anche per questa procedura, come già accade nella disciplina interna vigente per il dialogo competitivo, il cappello della particolare necessità di applicare la negoziazione nel caso di appalti di una certa complessità, che richiedono attività di adattamento o progettazione per assicurare che le forniture o i servizi in questione soddisfino le esigenze dell'amministrazione (considerando 43).

La procedura competitiva con negoziazione si esplica in un procedimento progressivo di definizione dell'oggetto dell'appalto che prende avvio dopo una proposta iniziale dei concorrenti selezionati.

Presupposto di tale procedura è la necessità della stazione appaltante di approfondire le caratteristiche del lavoro, della fornitura o del servizio che intende appaltare e che il mercato è in grado di offrirle compiendo alcuni adattamenti.

La negoziazione mira dunque a migliorare l'offerta esistente in modo da garantire che l'appalto sia adeguato alle specifiche esigenze della pubblica amministrazione.

L'ambito di applicazione della procedura viene definito dai *considerando 42*, *43* e *44* e dall'articolo 26, paragrafo 4. La procedura competitiva con negoziazione può essere utilizzata:

- qualora non risulti che le tradizionali procedure aperte o ristrette possono “portare a risultati di aggiudicazione di appalti soddisfacenti” (*considerando 42*);
- per servizi o forniture che richiedono attività di adattamento o progettazione (*considerando 43*), e dunque di una certa complessità: prodotti sofisticati, servizi intellettuali (es. consulenze di architettura o ingegneria, grandi progetti nell'ambito delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione);
- in esito a procedure aperte o ristrette che hanno comportato solo offerte irregolari o inaccettabili (*considerando 44*).

Tale procedura non può invece essere utilizzata per acquistare “servizi o prodotti pronti per l'uso” o “soluzioni immediatamente disponibili” che possono essere fornite da molti operatori economici (*considerando 43*).

Al paragrafo 1 dell'articolo 29, si stabilisce che “nelle procedure competitive con negoziazione qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara contenente le informazioni di cui all'allegato V, parti B e C, fornendo le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa”.

Ne deriva che nei documenti di gara le amministrazioni aggiudicatrici individuano l'oggetto dell'appalto fornendo una descrizione delle loro esigenze e illustrando le caratteristiche minime che tutti gli offerenti devono soddisfare. Le informazioni fornite devono essere sufficientemente precise da permettere agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito dell'appalto e decidere se chiedere di partecipare alla procedura. Pertanto, le stazioni appaltanti dovranno sempre preconstituire i requisiti minimi che caratterizzano la natura dell'appalto e che non saranno oggetto di negoziazione, oltre a fissare i criteri di aggiudicazione e la loro ponderazione. Tutte le altre condizioni, come ad esempio la qualità, la quantità, le clausole commerciali, ecc., potranno essere negoziate con gli operatori economici del mercato.

Si stabilisce che “il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di 30 giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o, se un avviso di pre-informazione è utilizzato come mezzo di indizione di una gara, dalla data d'invio dell'invito a confermare interesse. Il termine minimo per la ricezione delle offerte iniziali è di 30 giorni dalla data di trasmissione dell'invito”.

Al paragrafo 2 dello stesso articolo, si stabilisce che “soltanto gli operatori economici invitati dall'amministrazione aggiudicatrice in seguito alla sua valutazione delle informazioni fornite possono presentare un'offerta iniziale che costituisce la base per le successive negoziazioni.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono limitare il numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura in conformità con criteri predeterminati di preselezione (secondo le previsioni dell'articolo 65 della Direttiva stessa).

Quindi i soggetti invitati dall'Amministrazione possono negoziare l'offerta iniziale e tutte le offerte successive da essi presentate al fine di migliorarne il contenuto e nel rispetto dei requisiti minimi inderogabili, fino ad arrivare ad un' offerta finale non più negoziabile (paragrafo 3).

Le amministrazioni aggiudicatrici possono anche riservarsi la facoltà di aggiudicare l'appalto sulla base delle offerte iniziali senza procedere ad ulteriori negoziazioni successive. Tale facoltà deve però essere espressamente prevista nel bando (paragrafo 4).

Al fine di garantire la parità di trattamento fra tutti gli offerenti le amministrazioni aggiudicatrici non possono fornire in maniera discriminatoria informazioni che possono avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri e non possono nemmeno diffondere informazioni riservate dei concorrenti, salvo accordo di quest'ultimi.

Inoltre, le amministrazioni devono sempre informare per iscritto tutti gli offerenti delle modifiche alle specifiche tecniche o ad altri documenti di gara diversi da quelli che stabiliscono i requisiti minimi. A seguito di tali modifiche le amministrazioni aggiudicatrici concedono agli offerenti un tempo sufficiente per modificare e ripresentare, ove opportuno, le offerte modificate (paragrafo 5).

Le Amministrazioni hanno facoltà di svolgere le procedure competitive con negoziazione in fasi successive al fine di ridurre il numero di offerte, esplicitando tale facoltà nel bando ed indicandone i criteri (paragrafo 6).

Infine, quando si intendono concludere le negoziazioni, va fissato un termine finale entro il quale possono essere presentate le offerte definitive (nuove o modificate).

Tali offerte finali dovranno rispettare i requisiti minimi originari e saranno valutate in base ai criteri di aggiudicazione prestabiliti e immutabili (paragrafo 7).

### **Opportunità/criticità**

L'opportunità principale di questo tipo di procedura, come anticipato in premessa, si concretizza nella flessibilità e nell'adattamento del mercato alle specifiche esigenze della P.A.. Attraverso la negoziazione le amministrazioni aggiudicatrici potranno sopperire alla mancanza di *knowhow* tecnico coinvolgendo gli operatori economici di settore nell'individuazione delle migliori soluzioni disponibili sul mercato, risparmiando sulle consulenze esterne.

Il legislatore comunitario si prefigge anche (*considerando 42*) l'obiettivo di incrementare gli scambi transfrontalieri attraverso questo tipo di procedure.

Si ricorda che la negoziazione vera e propria, in fasi successive, è una mera facoltà e l'amministrazione aggiudicatrice può riservarsi di non utilizzarla (paragrafo 6).

Tuttavia, la procedura competitiva con negoziazione comporta anche alcune criticità legate sia alla traduzione di alcuni termini sia al fatto che tale tipologia di negoziazione potrebbe presentare rischi di arbitri ed abusi che compromettono la parità di trattamento dei concorrenti.

Al riguardo, il *considerando 45* della Direttiva sottolinea che "la procedura competitiva con negoziazione dovrebbe essere accompagnata da adeguate misure di salvaguardia garantendo l'osservanza dei principi di parità di trattamento e di trasparenza (...)".

Nel prosieguo il considerando in commento definisce anche il perimetro dell'azione di negoziazione consentita evidenziando che “le negoziazioni possono riguardare tutte le caratteristiche dei lavori, delle forniture e dei servizi commissionati, fra cui ad esempio qualità, quantità, clausole commerciali e aspetti sociali, ambientali e innovativi, se e in quanto non costituiscano requisiti minimi”. Fermo restando, che “i requisiti minimi che l'amministrazione aggiudicatrice deve stabilire sono le condizioni e le caratteristiche (soprattutto fisiche, funzionali e giuridiche) che ogni offerta deve soddisfare o possedere per permettere all'amministrazione aggiudicatrice di aggiudicare l'appalto in base ai criteri prescelti”.

E' chiaro che, considerato il *modus operandi* ed il pericolo di abuso, il legislatore comunitario ha voluto puntualizzare che, al fine di garantire la trasparenza e la tracciabilità del processo, tutte le fasi dovrebbero essere debitamente documentate e tutte le offerte presentate nel corso della procedura dovrebbero essere presentate per iscritto (*considerando 58*).

Pertanto, sarebbe opportuno che il legislatore nazionale, in sede di recepimento, disciplinasse o desse indicazioni per definire le fasi e le modalità di negoziazione.

Emerge anche la necessità di tutelare le informazioni riservate di concorrenti che dovessero emergere nelle fasi di negoziazione. Sarebbe necessario, in fase di recepimento, definire quali siano le informazioni riservate meritevoli di tutela (ad es. brevetti?). Le limitazioni alla conoscibilità delle suddette informazioni si potrebbero ritenere analoghe a quelle già esistenti nel diritto interno per il diritto di accesso, disciplinati dall'attuale articolo 13, comma 5, lettera a, del D.lgs. 163/2006 e s.m.i (segreti tecnici o commerciali).

Si ritiene rilevante anche la esplicitazione del significato del termine “accordo” come forma di deroga alla riservatezza delle informazioni (paragrafo 5 secondo comma) o la individuazione della modalità di accordo (ad es. white list preventiva della stazione appaltante).

**MPMI:** Non si riscontrano specifiche opportunità o criticità per le MPMI nell'ambito di questa procedura, fatto salvo quanto già evidenziato in merito all'individuazione di un termine eccessivamente ridotto, che potrebbe comportare una riduzione della concorrenza a scapito delle MPMI meno attrezzate rispetto ad altre.

### **Articolo 30 - Dialogo competitivo**

- *Considerando 42, 43, 80 e 81 Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 29 Direttiva 2004/18/CE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

### **Analisi testo**

La prima novità introdotta dalla nuova Direttiva 24 alla disciplina del dialogo competitivo riguarda l'ampliamento dei presupposti di utilizzazione di questo tipo di procedura. Infatti, nella nuova Direttiva non si prevede più esplicitamente il ricorso al dialogo competitivo solo nel caso di appalti particolarmente complessi (questo riferimento è rimasto, in maniera sfumata, nel considerando 43 ma solo come considerazione di carattere generale: le attività di adattamento, proprie delle procedure che prevedono una fase di confronto attivo tra le parti, “sono particolarmente necessarie nel caso di appalti di una certa complessità”). La nuova formulazione di questo articolo apre la possibilità di fare ricorso al dialogo competitivo in maniera più generalizzata avendo riguardo alla finalità del dialogo ovvero l'individuazione e la definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le necessità delle amministrazioni aggiudicatrici. Quindi, a fronte di un'immutata finalità, già individuata nella Direttiva 18, così come recepita dall'art. 58 del Codice

dei contratti, in sede di recepimento dovrebbe essere rivisto il perimetro costituito (i) dalla previsione del ricorso al dialogo competitivo “qualora [l’amministrazione aggiudicatrice] ritenga che il ricorso alla procedura aperta o ristretta non permetta l’aggiudicazione dell’appalto” e (ii) dalla specificazione contenuta nel Codice dei contratti di che cosa si intende per “appalti particolarmente complessi”.

L’articolo 70, comma 3 del Codice dei contratti, recependo la Direttiva 18 (art. 38, paragrafo 3, lettera a) fissa in 37 giorni dalla data di trasmissione del bandi di gara il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione, mentre lo stesso termine nella Direttiva 24 viene fissato in 30 giorni.

L’articolo 30, paragrafo 1, terzo comma, introduce la possibilità di limitare il numero di candidati idonei (che soddisfano i criteri di selezione) da invitare a partecipare al dialogo. Per le amministrazioni che intendono avvalersi di tale facoltà, la disciplina di dettaglio è contenuta nell’articolo 65 della Direttiva 24, che fissa anche il numero minimo di candidati da invitare (3 per il dialogo competitivo, se esistono in tale numero candidati in possesso delle capacità richieste).

La Direttiva 24 conferma la possibilità di utilizzare esclusivamente il criterio di aggiudicazione e del miglior rapporto qualità/prezzo che corrisponde al criterio oggi denominato offerta economicamente più vantaggiosa.

Resta la possibilità di chiarire, precisare e perfezionare le offerte finali, sempre che l’amministrazione aggiudicatrice ne faccia richiesta. Tuttavia, in un’ottica di maggior tutela dei principi di concorrenza e non discriminazione, la Direttiva 24 si preoccupa di esplicitare con maggior dettaglio cosa con tali azioni non può essere modificato: gli “elementi fondamentali dell’offerta o dell’appalto” diventano “gli aspetti essenziali dell’offerta o dell’appalto, compresi i requisiti e le esigenze indicati nel bando di gara o nel documento descrittivo”.

L’amministrazione aggiudicatrice può intraprendere con l’offerente che risulta aver presentato l’offerta migliore una vera e propria fase di negoziazione al fine di confermare gli impegni finanziari (questa volta, si presume, presentando l’impegno concreto del finanziatore del progetto) o per il completamento dei termini contrattuali. L’elemento di novità risiede nell’introduzione di un confronto attivo tra le parti, che nella precedente Direttiva, e di conseguenza nel Codice dei contratti, non era previsto se non sotto forma di conferma (unilaterale) degli impegni, richiesta dalla stazione appaltante all’offerente migliore.

### **Opportunità/criticità**

La rideterminazione di alcuni aspetti sostanziali e procedurali del dialogo competitivo trova origine nel ravvisato interesse dell’Unione europea a rendere più flessibile ma sicuro (ovvero rispettoso dei principi generali che disciplinano l’aggiudicazione dei contratti) il ricorso a tale procedura selettiva.

L’esperienza passata, in vigenza della Direttiva 18, ha fatto emergere la significativa utilità del dialogo competitivo (considerando 42). Nella nuova formulazione, che vuole l’ampliamento dello spettro di utilizzabilità di questo tipo di procedura, pur se temperato da più stringenti criteri di aggiudicazione, il ricorso al dialogo competitivo offre la flessibilità necessaria per raggiungere risultati di aggiudicazione migliori rispetto al ricorso a procedure aperte o ristrette senza negoziazione, in tutti i casi in cui la amministrazioni aggiudicatrici non sono in grado di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche, finanziarie o giuridiche (considerando 42).

Tuttavia, non vanno sottovalutati in sede di recepimento quegli aspetti che permettono spazi di discrezionalità, che potrebbero essere causa di violazione dei principi comunitari. L’analisi e la risoluzione di

tali aspetti critici servirebbe a garantire a livello nazionale che sia dato effetto pratico ai principi e che gli appalti pubblici siano concretamente aperti alla concorrenza (considerando 1).

*In primis* servirebbe l'individuazione di una modalità precisa e chiara di come le amministrazioni aggiudicatrici giungono a definire quelle che sono le proprie esigenze e i requisiti, non oggetto di negoziazione, che prodotti e servizi devono garantire. Si tratta di codificare, per quanto possibile, il processo di valutazione interno, proprio della fase di progettazione della gara, affinché emerga in modo inequivocabile che le necessità dell'amministrazione non possono essere soddisfatte attraverso l'acquisto di soluzioni immediatamente disponibili.

Il recepimento della Direttiva dovrebbe essere l'occasione per eliminare l'ambiguità del disposto che permette il ricorso al dialogo competitivo quando “la stazione appaltante non dispone ... di studi in merito alla identificazione e quantificazione dei propri bisogni...”. Infatti, l'individuazione del bisogno da soddisfare è elemento essenziale per l'avvio di una procedura pubblica, e per questo imprescindibile. Quindi, indipendentemente dal vocabolo usato (bisogno, necessità o obiettivo, come dice il Codice dei contratti; esigenze o necessità, per usare la terminologia della nuova Direttiva), il legislatore nazionale, dando per scontata la conoscenza del bisogno, deve limitarsi ad esplicitare cosa si intende per individuazione e definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le necessità (preesistenti) delle stazioni appaltanti.

Oltre a ciò, sarebbe importante non lasciare spazi di libero arbitrio nella fase di dialogo vero e proprio. Appare particolarmente delicato il tema di come le amministrazioni aggiudicatrici possano capire, e quindi giudicare, quale tra le soluzioni da discutere sia quella che rappresenta “il mezzo più idoneo a soddisfare le proprie necessità”, posto che l'utilizzo di questa procedura presuppone una scarsa familiarità, dovuta ad un'intrinseca complessità tecnica, con i prodotti o servizi offerti in un determinato settore del mercato.

Anche la facoltà di prevedere premi o pagamenti per i partecipanti al dialogo andrebbe tradotta in termini più specifici, al fine di evitare una cattiva gestione o, peggio, lo spreco di denaro pubblico.

Ulteriori considerazioni in merito alle criticità riscontrabili, quali gli abusi che minano la garanzia di parità di trattamento di tutti i partecipanti o la diffusione di informazioni riservate, non si discostano da quelle già illustrate per le altre procedure con negoziazione.

### **Art. 31 Partenariato per l'innovazione**

- *Considerando 48, 49, 80 e 81 Direttiva 2014/24/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

### **Analisi testo**

La forma più innovativa, attraverso la quale la pubblica amministrazione è chiamata ad esprimere le sue potenzialità è “il partenariato per l'innovazione” che dà attuazione ad uno dei principi cardine della Strategia Europa 2020 “ricerca ed innovazione”.

Il partenariato per l'innovazione è una procedura introdotta “ex novo” che consente alle amministrazioni di sviluppare “in prima persona” prodotti innovativi non acquisibili sul mercato. Si distingue dagli appalti pre-commerciali (Comunicazione della Commissione europea del 14 dicembre 2007) contratti di ricerca e sviluppo (R&S), esclusi dalla Direttiva (considerando 35 e 47), la cui finalità essenziale è sviluppare servizi di ricerca e sviluppo con condivisione dei rischi (la ricerca può essere costosa e dall'esito incerto). Gli

appalti pre-commerciali comprendono attività che vanno dalla ricerca teorica ed applicata, alla predisposizione di soluzioni operative sino alla realizzazione di prototipi. Pertanto non comprendono attività di sviluppo commerciale e i risultati innovativi eventualmente raggiunti possono essere utilizzati dalla generalità dei soggetti; è esclusa una riserva in via esclusiva nei confronti dell'amministrazione. Anche la Direttiva 18/2006 all'art. 16 nonché il D.lgs. n. 163/2006 all'art. 19 avevano esonerato dalla Direttiva e dal codice dei contratti i servizi di R&S (il d.l. n. 179/2012 convertito in legge 17 dicembre 2012 n. 221 ha riconosciuto la figura contrattuale dell'appalto pre-commerciale nell'ambito dell'attività dell'Agenzia per l'Italia digitale). Il partenariato per l'innovazione invece, anche se similmente agli appalti pre-commerciali, si struttura in più fasi, è una specifica procedura d'appalto e risponde ad un'esigenza d'innovazione più circoscritta (negli appalti pre-commerciali l'Amministrazione stimola un'attività di ricerca e sviluppo che dovrebbe auspicabilmente portare ad esiti sostenibili sul mercato mentre nel partenariato per l'innovazione si prevede fin dall'inizio la concreta realizzazione del prodotto), che comprende sia lo sviluppo di prodotti, servizi o lavori innovativi che il loro successivo acquisto. L'amministrazione può decidere di instaurare un partenariato con un solo partner o con più operatori che condurranno separatamente le proprie attività di ricerca e sviluppo.

Dalla lettura dei considerando 47-49 della Direttiva emerge con chiarezza la cornice all'interno della quale il partenariato deve essere costruito:

- sviluppare soluzioni innovative creando la domanda di mercato;
- non ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza.

Il partenariato per l'innovazione che, come precisato nel considerando 49, si basa sulle norme procedurali applicabili alla procedura competitiva con negoziazione, si articola principalmente in due momenti:

1. identificazione delle proprie esigenze e definizione dei requisiti minimi necessari che gli offerenti devono soddisfare;
2. negoziazione in fasi successive dall'offerta.

Prima di approfondire l'argomento è necessario fare una premessa: l'amministrazione, prima di attivare la procedura, deve avere verificato che le proprie esigenze non possono essere soddisfatte con soluzioni già presenti sul mercato. La legge di recepimento potrebbe dare indicazioni in merito e prevedere, come già per la suddivisione in lotti, di esplicitare nella determina a contrarre attraverso quale "iter" si è giunti a tale conclusione.

La prima fase, è piuttosto delicata, poiché è all'interno di essa che l'amministrazione definisce quali sono le caratteristiche che l'operatore economico deve possedere per definirsi "innovativo" al fine di poter presentare domanda di partecipazione. E' qui che l'amministrazione deve valutare quali requisiti sono determinanti per la selezione qualitativa dell'impresa senza causare un eccessivo restringimento del numero delle domande di partecipazione che potrebbero produrre la violazione della concorrenza con l'annullamento della procedura o il rischio di una gara deserta. Solo gli operatori economici che soddisfano tali requisiti si presume abbiano capacità innovativa e potranno essere successivamente invitati.

Per quanto sopra, nel processo di recepimento sarebbe opportuno definire, a titolo meramente esemplificativo, requisiti minimi di selezione che dovrebbero comunque essere sufficientemente flessibili al fine di garantire un'ampia partecipazione.

Un'eccessiva discrezionalità delle singole amministrazioni pubbliche, sarebbe foriera di contenzioso e potrebbe disincentivare l'utilizzo della procedura soprattutto da parte di amministrazioni pubbliche non strutturate. La definizione dei requisiti minimi infatti, richiederebbe competenza e professionalità adeguate e



non usuali. In assenza di specifiche indicazioni normative le amministrazioni aggiudicatrici potranno comunque utilizzare, l'istituto delle "Consultazioni preliminari di mercato" (art. 40) o ricorrere alle attività di consulenza ausiliarie, ipotesi comunque residuali, considerato che tali strutture di sostegno produrrebbero oneri economici che graverebbero sui bilanci delle amministrazioni in dissonanza con il contesto economico attuale che ha colpito il nostro Paese.

Altro aspetto da considerare è disporre che i requisiti minimi indicati nel bando, siano sufficientemente definiti al fine di permettere agli operatori economici di valutare sin da subito se partecipare o meno alla procedura evitando così inutili perdite di tempo dannose sia per gli operatori che per le amministrazioni aggiudicatrici.

Si ricorda inoltre che le amministrazioni aggiudicatrici hanno la facoltà di limitare il numero dei candidati idonei da invitare ed anche in questo caso dovranno definire già nel bando i criteri o le regole che intendono applicare. Spetta al nostro legislatore se lo ritiene opportuno, pur nel rispetto dei limiti fissati dalla Direttiva, stabilire, a maggior garanzia della concorrenza, un numero minimo più ampio (la Direttiva prevede un numero minimo di tre candidati).

Per completezza si evidenzia che l'articolo 5 paragrafo 6 della Direttiva definisce specificatamente il metodo di calcolo che l'amministrazione aggiudicatrice dovrà utilizzare per determinare il valore dell'appalto.

Nella seconda fase le amministrazioni negoziano con gli offerenti le loro offerte sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, al fine di ottenere un prodotto finale innovativo che corrisponda meglio alle proprie esigenze.

Il prodotto così sviluppato sarà acquistato a condizione che corrisponda ai livelli prestazionali e ai costi massimi concordati, o sarà prodotto nell'ambito del partenariato. Il valore finale del prodotto comunque, non dovrà essere sproporzionato rispetto all'investimento richiesto. A tal proposito si evidenzia che la previsione di "un diritto di esclusiva sui risultati" comporterebbe costi più elevati per l'amministrazione pubblica.

Il considerando 48, evidenzia l'importanza che hanno le varianti per l'innovazione e pone l'attenzione sulla necessità di definire i requisiti minimi delle stesse. Pertanto, da un lato deve essere incentivata la possibilità di presentare varianti poiché stimola gli operatori economici alla ricerca incrementando lo sviluppo tecnologico, dall'altro è necessario definire a priori i requisiti minimi che le stesse devono soddisfare.

Si precisa che i criteri di aggiudicazione, come i requisiti minimi indicati nel bando, non sono negoziabili.

Dal punto di vista pratico risulta attualmente difficile capire come strutturare per *steps* successivi la procedura e come remunerarla. La Direttiva non dà indicazioni in merito, ma dispone che il partenariato fissa obiettivi intermedi che le parti devono raggiungere. L'amministrazione inoltre deve assicurare che la durata e il valore delle varie fasi riflettano il grado di innovazione proposta. Questo ci porta altresì a concludere che la negoziazione, al fine di consentire il raggiungimento degli obiettivi prefissati, richiede alte professionalità e tempi piuttosto lunghi.

Per quanto riguarda l'aspetto remunerativo la Direttiva fa riferimento a "congrue rate". Che cosa si intende per "congruo"? Ai partecipanti, indipendentemente dal buon esito della negoziazione si devono riconoscere i costi sostenuti oppure anche una sorta di utile legato all'attività prestata nelle varie fasi di ricerca?

Si ritiene che, considerata l'elevata professionalità e la natura intellettuale dell'offerta, il mero rimborso spese potrebbe non essere "congruo" ma per lo stesso motivo è difficile determinare l'importo della remunerazione che può subire variazioni sia in relazione all'apporto professionale che ciascun partner mette a disposizione (sia in termini di tempo che di capacità) che in relazione al mero apporto temporale legato

solo ad alcune fasi della negoziazione. Si ricorda infatti che, se il bando lo prevede, nel corso della negoziazione l'amministrazione aggiudicatrice può ridurre il numero delle offerte.

Questi aspetti, in sede di recepimento, vanno affrontati e definiti con chiarezza, anche perché in base al raggiungimento o meno degli obiettivi fissati, l'Amministrazione sarà legittimata a risolvere il partenariato.

Altro aspetto ugualmente importante è definire nei documenti di gara il regime applicabile ai diritti di proprietà intellettuale.

Ulteriori considerazioni andrebbero fatte in relazione alle "informazioni riservate" che l'amministrazione aggiudicatrice non potrebbe rivelare senza l'accordo del candidato od offerente che partecipa alla negoziazione, o nel caso di partenariato con più partner, senza l'accordo dello stesso. La riservatezza, infatti, interessa un'ampia gamma di informazioni (*know-how* ed informazioni commerciali) particolarmente importanti per la ricerca, lo sviluppo e l'innovazione, il cui ambito di tutela dovrebbe essere definito a livello nazionale.

### **Opportunità/criticità**

La procedura consente di promuovere l'innovazione che si traduce con l'immissione sul mercato di prodotti e servizi innovativi.

La norma nazionale di recepimento dovrebbe farsi carico di regolamentare la procedura, definendo quanto meno i requisiti minimi senza precludere l'accesso al mercato.

**MPMI:** il recepimento della direttiva, offre nuove opportunità alle MPMI; il partenariato infatti, riducendo l'assunzione di rischi, permette anche alla p.m.i di partecipare attivamente alla ricerca ed innovazione.

### **Articolo 32 – Procedura negoziata senza previa pubblicazione**

- *Considerando 50, 80 e 81 Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 31 Direttiva 2004/18/CE*
- *Disposizione a recepimento facoltativo*

La procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando rimane una procedura eccezionale a cui ricorrere solo in pochi e limitati casi. L'eccezionalità dovrebbe essere circoscritta ai casi specificati al considerando 50 della Direttiva "cause di estrema urgenza dovute ad eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione aggiudicatrice, o se sia chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non genererebbe maggior competitività ovvero migliori risultati dell'appalto, non da ultimo perché un solo operatore economico è oggettivamente in grado di eseguire l'appalto".

Mentre le altre procedure di affidamento sono a recepimento obbligatorio, la procedura negoziata senza pubblicazione di bando è a recepimento facoltativo (articolo 26, paragrafo 6), tuttavia gli stati membri non possono prevedere ulteriori fattispecie rispetto a quelle disciplinate dalla Direttiva; pertanto, in sede di recepimento, sarà possibile prevedere le sole casistiche individuate dall'articolo 32 od eventualmente una riduzione delle stesse.

### **Analisi testo**

La nuova Direttiva, pur mantenendo l'archetipo della Direttiva 18/2004, si propone di realizzare una maggior certezza del diritto, introducendo definizioni e disposizioni di dettaglio, volte a chiarire l'ambito di

applicazione della norma, trasfondendo talvolta concetti e definizioni traslate dalla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia.

Non mancano però novità di carattere strutturale. La norma della Direttiva 18/2004, recepita dall'art. 57 comma 5, lettera a) del D.lgs. 163/2006 che consente l'utilizzo della procedura per lavori o servizi complementari, viene espunta da tale ambito, estesa anche alle forniture ed inserita, nell'articolo 72, paragrafo 1, lettera b). L'aspetto più rilevante è che tale disposizione viene tolta dall'ambito delle procedure ed inserita nell'ambito relativo all'esecuzione. Cambia pertanto la prospettiva: in tali ipotesi (che vengono poi definite al considerando 108) sarà sufficiente modificare il contratto e non ricorrere alla procedura negoziata. In tal caso, per evidenti ragioni di trasparenza e legittimità, l'amministrazione dovrà pubblicare un avviso nella Gazzetta ufficiale dell'unione Europea.

Altri aspetti differenziali sono i seguenti:

- tra le ipotesi di utilizzo della procedura, la Direttiva 18/2004 prevedeva anche la seguente circostanza: "qualora non sia stata depositata alcuna candidatura". L'attuale Direttiva sostituisce il termine "candidatura" con la nuova dicitura "alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata" che sembra ampliare la fattispecie. Si consentirebbe così l'utilizzo della procedura anche in presenza di operatori che hanno comunque manifestato interesse;
- la Direttiva 24/2014 definisce alcuni concetti che ne specificano l'ambito di applicazione quali "offerta non ritenuta appropriata" (già presente nella Direttiva 18/2004 ma non esplicitato) e "domanda di partecipazione non ritenuta appropriata" (concetto nuovo);
- la Direttiva 24/2014 esplicita in modo puntuale le ipotesi in cui è possibile ricorrere ad un operatore unico;
- la Direttiva 24/2014 ripropone l'utilizzo della procedura per la ripetizione di lavori o servizi analoghi inserendo una specifica: il progetto di base deve indicare l'entità dei lavori o servizi complementari (la Direttiva 18/2004 si limitava a prevedere la necessità che l'importo totale dei lavori fosse stato preso in considerazione ai fini della determinazione dell'importo di gara in relazione alle soglie) e le condizioni alle quali verranno aggiudicati (nuova previsione art.32 paragrafo 5 ult.).

### **Comparazione del testo con la normativa nazionale**

Premesso che, l'articolo 57 della legge nazionale, ripropone in parte i contenuti della precedente direttiva 18/2004, fatta salva ogni valutazione del legislatore in merito al recepimento di tutte le fattispecie elencate dalla Direttiva 24/2014, sarebbe opportuno specificare, anche a livello nazionale, l'ambito di applicazione della norma definendo per es. il concetto di nessuna offerta o nessuna offerta appropriata al fine di ridurre il contenzioso. L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, per es., con determinazione n. 8/2011 aveva già precisato che presupposto di applicabilità dell'art. 57, comma 2, lett. a) (procedura negoziata senza bando), è che non sia stata presentata alcuna offerta o che tutte le offerte presentate siano state giudicate inappropriate, intendendosi per tali le offerte formalmente valide ma irrilevanti sul piano economico, assimilate dal legislatore alle offerte non presentate (Deliberazione n. 7 del 28/01/2009). La Direttiva, a tal proposito sembrerebbe dare una definizione più ampia definendo come inappropriata un'offerta che "non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è manifestamente inadeguata, salvo modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice e ai requisiti specificati nei documenti di gara". La Direttiva inoltre, come sopra evidenziato, contempla e definisce anche l'ipotesi di domanda di

partecipazione non ritenuta appropriata che è tale “nel caso in cui l’operatore deve o può essere escluso a norma dell’articolo 57 (art. 38 del D.lgs. n. 163/2006) o non soddisfa i criteri di selezione di cui all’art. 58”.

Sebbene il legislatore nazionale abbia previsto l’obbligo di motivare il ricorso alla procedura negoziata nella delibera o determina a contrarre, sarebbe opportuno, alla luce del considerando 50, precisare che la motivazione, da definirsi caso per caso, deve essere rigorosa e puntuale e non produrre una artificiosa limitazione della concorrenza, anche se ad esempio il concetto di “esclusività” non sempre è di facile individuazione e richiede una valutazione accurata.

E’ opportuno evidenziare che la Direttiva 24/2014, come la precedente, non disciplina le modalità di selezione degli operatori economici.

L’articolo 5 della Direttiva dispone che il calcolo del valore stimato dell’appalto deve essere determinato dall’amministrazione tenendo conto anche di eventuali opzioni e rinnovi dei contratti come esplicitamente stabilito nei documenti di gara non lasciando più spazio a dubbi interpretativi. A tal proposito anche l’art. 72 che disciplina varie forme di modifica del contratto prevede che il contratto possa contenere opzioni ma che le stesse debbano essere previste nei documenti di gara. Pertanto, in sede di recepimento della Direttiva, sarà opportuno esplicitare che opzioni e rinnovi, per essere legittimi, non solo devono essere contabilizzati nella base d’asta dell’appalto (come già previsto dall’art. 29 Codice) ma devono essere anche esplicitati nei documenti di gara.

### **Opportunità/criticità**

Il recepimento della direttiva offre l’opportunità di valutare se, alla luce dell’ulteriore specifica prevista dalla Direttiva per i lavori e servizi complementari, sia ancora attuale l’orientamento legislativo che aveva espunta dal nostro ordinamento la previsione per i soli lavori (nel nostro codice infatti la ripetizione del contratto è ammessa solo per i servizi) poiché ritenuta foriera di abusi.

Ulteriore riflessione andrebbe fatta in relazione alla procedura negoziata di cui all’art. 122 comma 7 del D.lgs. 163/2006 che, seppur si riferisca ai lavori pubblici sotto soglia, potrebbe riservare qualche dubbio in relazione al rispetto dei principi fondamentali della “concorrenza” e “trasparenza”.

### ***Articolo 33 – Accordi quadro***

- *Considerando 60-62, Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 32, Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

La definizione fornita dall’articolo in commento richiama fedelmente quella fornita dall’art.3 comma 13 del Codice vigente. Il contenuto dell’articolo è infatti sovrapponibile con la previsione dell’art. 59 del D.lgs. 163/2006 (articolo 32 della direttiva precedente), confermando le intenzioni del legislatore del 2004 in ordine alla flessibilità e alla semplificazione dei procedimenti.

Il paragrafo 1 conferma che la durata di un accordo quadro non può superare i quattro anni, salvo casi eccezionali debitamente motivati. Questi potrebbero ad esempio presentarsi quando gli operatori economici hanno bisogno di disporre di materiale con un periodo di ammortamento superiore a quattro anni che deve essere disponibile in qualsiasi momento per tutta la durata dell’accordo quadro (considerando 62).

Si segnala il considerando 60 che esplicita la validità dell’istituto in oggetto enunciando che “Lo strumento degli accordi quadro è stato ampiamente utilizzato ed è considerato una tecnica di aggiudicazione efficiente in tutta Europa. Pertanto, esso dovrebbe essere mantenuto sostanzialmente inalterato. Tuttavia, alcuni aspetti

dovrebbero essere chiariti, in particolare il fatto che gli accordi quadro non dovrebbero essere utilizzati dalle amministrazioni aggiudicatrici che non vi sono identificate. A tal fine, è opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici che sono parti di un accordo quadro specifico fin dall'inizio siano chiaramente indicate attraverso la denominazione o con altri mezzi, ad esempio un riferimento a una determinata categoria di amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito di un'area geografica chiaramente delimitata, in modo che le amministrazioni aggiudicatrici interessate possano essere facilmente e chiaramente individuate. Analogamente, un accordo quadro non dovrebbe essere aperto all'adesione di nuovi operatori economici dopo essere stato concluso”.

#### **Articolo 34 – Sistemi dinamici di acquisizione**

- *Considerando 63-66, Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 33, Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

#### **Analisi testo**

L'articolo in commento rappresenta un aggiornamento del “sistema dinamico di acquisizione” (o più brevemente SDA) che costituisce una procedura di scelta del contraente che deve essere gestita interamente attraverso strumenti telematici di negoziazione e rientra quindi fra le procedure di “e-procurement” anche se a tale concetto dobbiamo dare un significato più ampio. L'E-Procurement può essere definito infatti come l'utilizzo delle tecnologie internet nel processo di approvvigionamento di beni e servizi ed in tale contesto rientra anche la presentazione delle offerte attraverso strumenti elettronici prevista ora dall'art. 22.

Il legislatore comunitario è intervenuto sulla disciplina dello SDA da un lato al fine di prevedere l'obbligatorietà del suo recepimento, mentre nella direttiva 18 il recepimento era facoltativo, e dall'altro per introdurre delle misure di semplificazione derivanti dagli esiti dalle esperienze svolte dalle amministrazioni.

Si ritiene utile confrontare sin da ora le previsioni del testo previgente e di quello in commento.

<b><u>Art. 33 direttiva 2004/18</u></b>	<b><u>Art. 34 direttiva 2014/24</u></b>
<p>1. Gli Stati membri possono prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere a sistemi dinamici di acquisizione.</p> <p>2. Per istituire un sistema dinamico di acquisizione le amministrazioni aggiudicatrici <b>seguono le norme della procedura aperta</b> in tutte le sue fasi fino all'attribuzione degli appalti da aggiudicare nell'ambito di detto sistema. Tutti gli offerenti che soddisfano i criteri di selezione e <del>che hanno presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'oneri e agli eventuali documenti complementari</del> sono ammessi nel sistema; le offerte indicative possono essere migliorate in qualsiasi momento, a condizione che esse restino conformi al capitolato d'oneri. Per l'istituzione del sistema e per l'aggiudicazione degli appalti nell'ambito del medesimo le amministrazioni aggiudicatrici utilizzano esclusivamente mezzi elettronici conformemente all'Articolo 42, paragrafi da 2 a 5.</p>	<p>1. Per acquisti di uso corrente, le cui caratteristiche, così come generalmente disponibili sul mercato, soddisfano le esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici, è possibile avvalersi di un sistema dinamico di acquisizione. Un sistema dinamico di acquisizione funziona come un processo di acquisizione interamente elettronico ed è aperto per tutto il periodo di validità del sistema di acquisizione a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i criteri di selezione. Può essere diviso in categorie oggettivamente definite di prodotti, lavori o servizi sulla base delle caratteristiche dell'appalto da eseguire nella categoria in questione. Tali caratteristiche possono comprendere un riferimento al quantitativo massimo ammissibile degli appalti specifici successivo a un'area geografica specifica in cui gli appalti specifici successivi saranno eseguiti.</p> <p>2. Per l'aggiudicazione nell'ambito di un sistema dinamico di acquisizione, le amministrazioni aggiudicatrici <b>seguono le norme della procedura ristretta</b>. Tutti i candidati che</p>

<p>3. Ai fini dell'istituzione di un sistema dinamico di acquisizione le amministrazioni aggiudicatrici:</p> <p>a) pubblicano <b><u>un bando di gara</u></b> precisando che si tratta di un sistema dinamico di acquisizione;</p> <p>b) precisano nel capitolato d'oneri, tra l'altro, la natura degli acquisti previsti che sono oggetto di detto sistema, nonché tutte le informazioni necessarie riguardanti il sistema di acquisizione, l'attrezzatura elettronica utilizzata nonché i dettagli pratici e le specifiche tecniche di connessione;</p> <p>c) offrono per via elettronica, dalla pubblicazione del bando e fino a conclusione del sistema, <b><u>l'accesso libero, diretto e completo al capitolato d'oneri e a qualsiasi documento complementare</u></b> e indicano nel bando di gara l'indirizzo Internet presso il quale è possibile consultare tali documenti.</p> <p>4. Le amministrazioni aggiudicatrici accordano a qualsivoglia operatore economico, per tutta la durata del sistema dinamico di acquisizione, la possibilità di presentare un'offerta indicativa allo scopo di essere ammesso nel sistema alle condizioni di cui al paragrafo 2. Esse portano a termine la valutazione <b><u>entro 15 giorni a decorrere dalla presentazione dell'offerta indicativa. Possono tuttavia prolungare il periodo di valutazione a condizione che nessun appalto sia messo in concorrenza nel frattempo.</u></b></p> <p>L'amministrazione aggiudicatrice informa al più presto l'offerente di cui al primo comma in merito alla sua ammissione nel sistema dinamico di acquisizione o al rigetto della sua offerta indicativa.</p> <p>5. <del>Ogni appalto specifico deve essere oggetto di un confronto concorrenziale.</del> Prima di procedere a detto confronto concorrenziale, le amministrazioni aggiudicatrici pubblicano <b><u>un bando di gara semplificato</u></b> e invitano tutti gli operatori economici interessati a <b><u>presentare un'offerta indicativa</u></b>, conformemente al paragrafo 4, entro un termine che non può essere inferiore a 15 giorni a decorrere dalla data di invio del bando di gara semplificato. Le amministrazioni aggiudicatrici procedono al confronto concorrenziale soltanto dopo aver terminato la valutazione di tutte le offerte indicative introdotte entro questo termine.</p> <p>6. Le amministrazioni aggiudicatrici invitano tutti gli offerenti ammessi nel sistema a presentare un'offerta per ogni appalto specifico da aggiudicare nel quadro del sistema. A tal fine essi fissano un termine sufficiente per la presentazione delle offerte.</p> <p>Esse aggiudicano l'appalto all'offerente che ha presentato la migliore offerta in base ai criteri di aggiudicazione enunciati nel bando di gara per l'istituzione del sistema dinamico di acquisizione. Detti criteri possono, all'occorrenza, essere precisati nell'invito menzionato nel</p>	<p>soddisfano i criteri di selezione sono ammessi al sistema; <b><u>il numero dei candidati ammessi al sistema non è limitato</u></b> ai sensi dell'articolo 65. Se hanno diviso il sistema in categorie di prodotti, lavori o servizi conformemente al paragrafo 1 del presente articolo, <b><u>le amministrazioni aggiudicatrici precisano i criteri di selezioni applicabili per ciascuna categoria.</u></b></p> <p>Fermo restando l'articolo 28, <b><u>si applicano i seguenti termini:</u></b></p> <p>a) il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o, se un avviso di preinformazione è utilizzato come mezzo di indizione di una gara, dalla data d'invio dell'invito a confermare interesse. Non sono applicabili ulteriori termini per la ricezione delle domande di partecipazione una volta che l'invito a presentare offerte per il primo appalto specifico nel sistema dinamico di acquisizione è stato inviato;</p> <p>b) il termine minimo per la ricezione delle offerte è di almeno dieci giorni dalla data di trasmissione dell'invito a presentare offerte. Se del caso, si applica l'articolo 28, paragrafo 4. Non si applica l'articolo 28, paragrafi 3 e 5.</p> <p>3. Tutte le comunicazioni nel quadro di un sistema dinamico di acquisizione sono effettuate esclusivamente con mezzi elettronici conformemente all'articolo 22, paragrafi 1, 3, 5 e 6.</p> <p>4. Per aggiudicare appalti nel quadro di un sistema dinamico di acquisizione, le amministrazioni aggiudicatrici:</p> <p>a) pubblicano <b><u>un avviso di indizione di gara</u></b> precisando che si tratta di un sistema dinamico di acquisizione;</p> <p>b) precisano nei documenti di gara almeno la natura e la quantità stimata degli acquisti previsti, nonché tutte le informazioni necessarie riguardanti il sistema dinamico d'acquisizione, comprese le modalità di funzionamento del sistema dinamico d'acquisizione, il dispositivo elettronico utilizzato nonché le modalità e le specifiche tecniche di collegamento;</p> <p>c) indicano un'eventuale <b><u>divisione in categorie di prodotti, lavori o servizi</u></b> e le caratteristiche che definiscono le categorie;</p> <p>d) offrono <b><u>accesso libero, diretto e completo, finché il sistema è valido, ai documenti di gara a norma dell'articolo 53.</u></b></p> <p>5. Le amministrazioni aggiudicatrici accordano a qualsivoglia operatore economico, per tutto il periodo di validità del sistema dinamico di acquisizione, la possibilità di chiedere di essere ammesso al sistema alle condizioni di cui al paragrafo 2. Le amministrazioni aggiudicatrici completano la valutazione di tali domande in base ai criteri di selezione <b><u>entro dieci giorni lavorativi dal loro ricevimento. Il termine può essere prorogato fino a quindici giorni</u></b></p>
--	--

<p>primo comma.</p> <p><b>7. <u>La durata di un sistema dinamico di acquisizione non può superare quattro anni</u></b>, tranne in casi eccezionali debitamente giustificati.</p> <p><del>Le amministrazioni aggiudicatrici non possono ricorrere a detto sistema in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza.</del></p> <p>Non possono essere posti a carico degli operatori economici interessati o dei partecipanti al sistema contributi di carattere amministrativo.</p>	<p><b><u>lavorativi in singoli casi giustificati</u>, in particolare per la necessità di esaminare documentazione aggiuntiva o di verificare in altro modo se i criteri di selezione siano stati soddisfatti.</b></p> <p>In deroga al primo comma, a condizione che l'invito a presentare offerte per il primo appalto specifico nel sistema dinamico di acquisizione non sia stato inviato, <b><u>le amministrazioni aggiudicatrici possono prorogare il periodo di valutazione</u></b> posto che durante il periodo di valutazione prorogato non sia emesso alcun invito a presentare offerte. Le amministrazioni aggiudicatrici indicano nei documenti di gara la durata del periodo prorogato che intendono applicare.</p> <p>Le amministrazioni aggiudicatrici comunicano al più presto all'operatore economico interessato se è stato ammesso o meno al sistema dinamico di acquisizione.</p> <p>6. Le amministrazioni aggiudicatrici invitano tutti i partecipanti ammessi a presentare un'offerta per ogni specifico appalto nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione, conformemente all'articolo 54. <b>Se il sistema dinamico di acquisizione è stato suddiviso in categorie di prodotti, lavori o servizi, le amministrazioni aggiudicatrici invitano tutti i partecipanti ammessi alla categoria che corrisponde allo specifico appalto a presentare un'offerta.</b></p> <p>Esse aggiudicano l'appalto all'offerente che ha presentato la migliore offerta in base ai criteri di aggiudicazione enunciati nel bando di gara per il sistema dinamico di acquisizione o, se un avviso di preinformazione è utilizzato come mezzo di indizione di una gara, nell'invito a confermare interesse. Detti criteri possono, all'occorrenza, essere precisati nell'invito a presentare offerte.</p> <p>7. <b>Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere</b>, in qualsiasi momento nel corso del periodo di validità del sistema dinamico di acquisizione, <b>che i partecipanti ammessi presentino un'autocertificazione rinnovata e aggiornata</b> prevista nell'articolo 59, paragrafo 1, entro cinque giorni lavorativi dalla data in cui è trasmessa tale richiesta.</p> <p>L'articolo 59, paragrafi da 4 a 6, si applica per tutto il periodo di validità del sistema dinamico di acquisizione.</p> <p>8. <b><u>Le amministrazioni aggiudicatrici indicano nell'avviso di indizione di gara il periodo di validità</u></b> del sistema dinamico di acquisizione. Esse informano la Commissione di qualsiasi cambiamento di tale periodo di validità utilizzando i seguenti modelli di formulari:</p> <p>a) se il periodo di validità è modificato senza porre fine al sistema, il modello utilizzato inizialmente per l'avviso di indizione di gara per il sistema dinamico di acquisizione;</p> <p>b) se è posto termine al sistema, un avviso di aggiudicazione di cui all'articolo 50.</p> <p>9. Non possono essere posti a carico degli operatori</p>
--	--

	economici interessati o partecipanti al sistema dinamico di acquisizione contributi di carattere amministrativo prima o nel corso del periodo di validità del sistema dinamico di acquisizione.
--	---

Si constata come la novità più rilevante risieda nella scelta di seguire le norme della procedura ristretta. La motivazione che ha spinto a questo mutamento rispetto al passato è chiaramente espressa nel considerando 63, che statuisce: *“Alla luce dell’esperienza acquisita, è necessario adattare le norme che disciplinano i sistemi dinamici di acquisizione per consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di trarre pienamente profitto dalle possibilità offerte da tale strumento. I sistemi devono essere semplificati, in particolare dovrebbero essere gestiti in forma di procedura ristretta e che elimini, di conseguenza, la necessità di presentare offerte indicative, individuate come uno degli oneri più gravosi associati ai sistemi dinamici di acquisizione. Ne consegue che la partecipazione a procedure di appalto gestite tramite il sistema dinamico di acquisizione dovrebbe essere consentita a un operatore economico che presenti una domanda di partecipazione e che soddisfi i criteri di selezione durante il suo periodo di validità. Questa tecnica di acquisizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici di disporre di un ventaglio particolarmente ampio di offerte e, quindi, di assicurare un’utilizzazione ottimale dei mezzi finanziari pubblici mediante un’ampia concorrenza per quanto riguarda prodotti, lavori o servizi di uso comune o pronti per l’uso che sono generalmente disponibili sul mercato.”*

Questa modifica semplifica il precedente iter che vedeva la necessità di pubblicare un primo bando per l’istituzione dello SDA, un secondo bando per ogni appalto specifico in risposta al quale nuovi operatori potevano chiedere di abilitarsi per quella specifica procedura e poi la spedizione della lettera di richiesta dell’offerta. La procedura quindi richiedeva tre passaggi con un iter complesso e lungo. La modifica, attraverso il rinvio alla procedura ristretta, vede ora la necessità solo della pubblicazione del bando per l’istituzione dello SDA e la spedizione della lettera d’invito a i fornitori abilitati, è stato quindi eliminato il bando intermedio. Ulteriore misura di semplificazione attiene all’eliminazione della necessità di presentare una prima offerta indicativa sui contenuti della quale vi erano molti interrogativi.

Il paragrafo 4 detta indicazioni per aggiudicare appalti nel quadro di un sistema dinamico di acquisizione prevedendo che le amministrazioni aggiudicatrici:

- a) pubblicano un avviso di indizione di gara precisando che si tratta di un sistema dinamico di acquisizione;
- b) precisano nei documenti di gara almeno la natura e la quantità stimata degli acquisti previsti, nonché tutte le informazioni necessarie riguardanti il sistema dinamico d’acquisizione, comprese le modalità di funzionamento del sistema dinamico d’acquisizione, il dispositivo elettronico utilizzato nonché le modalità e le specifiche tecniche di collegamento;
- c) indicano un’eventuale divisione in categorie di prodotti, lavori o servizi e le caratteristiche che definiscono le categorie;
- d) offrono accesso libero, diretto e completo, finché il sistema è valido, ai documenti di gara a norma dell’articolo 53.

Inoltre, le amministrazioni aggiudicatrici accordano a qualsivoglia operatore economico, per tutto il periodo di validità del sistema dinamico di acquisizione, la possibilità di chiedere di essere ammesso al sistema se soddisfa i requisiti richiesti. L’esame di queste richieste di partecipazione dovrebbe di norma essere effettuato entro un periodo massimo di dieci giorni lavorativi (e non più entro quindici giorni), in quanto la valutazione dei criteri di selezione si svolgerà in base ai requisiti semplificati per la documentazione di cui alla presente direttiva. Tuttavia, quando viene istituito per la prima volta un sistema dinamico di acquisizione, le amministrazioni aggiudicatrici potrebbero, in risposta alla prima pubblicazione del bando di



gara o dell'invito a manifestare interesse, trovarsi di fronte a un numero di domande di partecipazione così elevato da rendere necessario un lasso di tempo più lungo per esaminarle. (Considerando 64).

In linea con i principi ispiratori della nuova Direttiva, l'articolo in commento *“per offrire alle MPMI ulteriori possibilità di partecipare a un sistema dinamico di acquisizione su larga scala, gestito per esempio da una centrale di committenza, l'amministrazione aggiudicatrice interessata dovrebbe avere la facoltà di articolare il sistema in categorie oggettivamente definite di prodotti, lavori o servizi. Tali categorie dovrebbero essere definite in riferimento a fattori oggettivi che potrebbero includere, per esempio, l'importo o quantitativo massimo degli appalti specifici da aggiudicare nell'ambito della categoria in questione o un'area geografica specifica in cui gli appalti specifici devono essere eseguiti. Se un sistema dinamico di acquisizione è diviso in categorie, l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe applicare criteri di selezione appropriati alle caratteristiche della categoria in questione”*(considerando 65).

### **Articolo 35 – Aste elettroniche**

- Considerando 67, Direttiva 2014/24/UE
- Articolo 54, Direttiva 2004/18/CEE
- Disposizione a recepimento obbligatorio

### **Analisi testo**

Il primo paragrafo dell'articolo in commento riprende fondamentalmente la definizione conosciuta con la Direttiva del 2004 e che il Codice ha trasposto nell'art. 85. La nuova collocazione di questo strumento di e-procurement nella nuova Direttiva appare senz'altro più coerente che in quella precedente.

È opportuno precisare che le aste elettroniche non sono normalmente adatte per determinati appalti pubblici di lavori e determinati appalti pubblici di servizi che hanno per oggetto prestazioni intellettuali come la progettazione di lavori (considerando 67), in quanto possono essere oggetto di aste elettroniche solo gli elementi adatti alla valutazione automatizzata con strumenti elettronici, senza intervento o valutazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, in particolare gli elementi quantificabili che possono essere espressi in cifre o percentuali.

Venendo ad una disamina specifica dell'articolo in commento, il secondo paragrafo prevede che “le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere che l'aggiudicazione di un appalto pubblico è preceduta da un'asta elettronica quando il contenuto dei documenti di gara, in particolare le specifiche tecniche, possono essere fissati in maniera precisa”. Le amministrazioni devono compiere quindi una analisi. Altresì, “esse possono ricorrere all'asta elettronica in occasione della riapertura del confronto competitivo fra le parti di un accordo quadro, di cui all'articolo 33, paragrafo 4, lettere b) o c), e dell'indizione di gare per appalti da aggiudicare nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione”

Il paragrafo 3 specifica che l'asta elettronica riguarda:

a) unicamente i prezzi quando l'appalto viene aggiudicato sulla sola base del prezzo; b) i prezzi e/o i nuovi valori degli elementi dell'offerta indicati nei documenti di gara quando l'appalto è aggiudicato sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o all'offerta con il costo più basso sulla base di un approccio costo/efficacia.

Quanto all'istituzione dell'asta elettronica, il paragrafo 4 prevede che le amministrazioni aggiudicatrici che decidono di ricorrervi lo indicano nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse. I documenti di gara comprendono almeno le informazioni di cui all'allegato VI della Direttiva in commento.

L'asta elettronica come è noto, prevede una procedura plurifase, che parte da una valutazione preliminare e complessiva, ed arriva all'aggiudicazione.

La fase introduttiva alla gara prevede che prima di procedere all'asta elettronica le amministrazioni aggiudicatrici compiono una prima valutazione completa delle offerte conformemente al criterio o ai criteri di aggiudicazione stabiliti e alla relativa ponderazione. L'amministrazione dovrà quindi compiere una prima ricognizione delle offerte medesime.

Un'offerta è considerata ammissibile se è stata presentata da un offerente che non è stato escluso per i motivi previsti dall'art. 57 della direttiva in commento e che soddisfa i criteri di selezione, la cui offerta è conforme alle specifiche tecniche senza essere irregolare o inaccettabile ovvero inadeguata.

Tutti gli offerenti che hanno presentato offerte ammissibili sono invitati simultaneamente, per via elettronica, a partecipare all'asta elettronica utilizzando, a decorrere dalla data e dall'ora previste, le modalità di connessione conformi alle istruzioni contenute nell'invito. L'asta elettronica può svolgersi in più fasi successive (non più quindi in una sola fase come previsto dal Codice vigente) e non ha inizio prima di due giorni lavorativi a decorrere dalla data di invio degli inviti.

Il paragrafo 7 dispone invece che “Nel corso di ogni fase dell'asta elettronica, le amministrazioni aggiudicatrici comunicano in tempo reale a tutti gli offerenti almeno le informazioni che consentono loro di conoscere in ogni momento la rispettiva classificazione. Esse possono, se questo era precedentemente indicato, comunicare altre informazioni riguardanti altri prezzi o valori presentati. Esse possono inoltre annunciare in qualsiasi momento il numero di partecipanti alla fase specifica dell'asta. In nessun caso, tuttavia, esse possono rendere nota l'identità degli offerenti durante lo svolgimento delle fasi dell'asta elettronica”.

Altro aspetto innovativo è rinvenibile nel paragrafo 8. Si ritiene utile evidenziare che nel Codice vigente era previsto l'obbligo di dichiarare conclusa l'asta elettronica solamente alla data e ora di chiusura preventivamente fissate, la Direttiva in commento dispone che:

“Le amministrazioni aggiudicatrici dichiarano conclusa l'asta elettronica secondo una o più delle seguenti modalità:

a) alla data e all'ora preventivamente indicate;

b) quando non ricevono più nuovi prezzi o nuovi valori che rispondono alle esigenze degli scarti minimi, a condizione che abbiano preventivamente indicato il termine che rispetteranno a partire dalla ricezione dell'ultima presentazione prima di dichiarare conclusa l'asta elettronica;

c) quando il numero di fasi dell'asta preventivamente indicato è stato raggiunto. Se le amministrazioni aggiudicatrici intendono dichiarare conclusa l'asta elettronica ai sensi del primo comma, lettera c), eventualmente in combinazione con le modalità di cui alla lettera b), l'invito a partecipare all'asta indica il calendario di ogni fase dell'asta”.

### **Articolo 36 – Cataloghi elettronici**

- *Considerando 68, Direttiva 2014/24/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio (salvo il paragrafo 2, secondo comma)*

## **Analisi testo**

L'articolo in commento rappresenta una delle novità introdotte dalla nuova disciplina europea, costituendo un risoluto ampliamento dell'utilizzo dei cataloghi elettronici.

Da un punto di vista generale, si può affermare che i cataloghi elettronici vanno a completare la gamma degli strumenti dedicati all'*e-procurement* introdotti dalla Direttiva del 2004 per dare risposta al costante sviluppo di nuove tecniche di acquisto elettronico. In fase di recepimento sarà possibile rendere obbligatorio l'uso di cataloghi elettronici per alcuni tipi di appalto.

I cataloghi elettronici sono un formato per la presentazione e organizzazione delle informazioni in un modo comune per tutti gli offerenti e che si presta al trattamento elettronico. Le offerte presentate in forma di foglio elettronico potrebbero essere un esempio (considerando 68). Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero poter esigere cataloghi elettronici in tutte le procedure disponibili ove sia richiesto l'uso di mezzi di comunicazione elettronici. Si ritiene che i cataloghi elettronici possano consentire un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica, in particolare in termini di risparmi di tempo e denaro.

Per quanto concerne la partecipazione degli operatori economici, il paragrafo 2 prevede che "I cataloghi elettronici sono stabiliti dai candidati o dagli offerenti in vista della partecipazione ad una determinata procedura di appalto in conformità alle specifiche tecniche e al formato stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice. Questi devono soddisfare i requisiti previsti per gli strumenti di comunicazione elettronica nonché gli eventuali requisiti supplementari stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice".

Quanto alla presentazione dell'offerta, il paragrafo 3 prescrive che quando questa è accettata o richiesta, le amministrazioni aggiudicatrici:

- a) lo indicano nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, quando il mezzo di indizione di gara è un avviso di preinformazione;
- b) indicano nei documenti di gara tutte le informazioni necessarie ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 6, relative al formato, al dispositivo elettronico utilizzato nonché alle modalità e alle specifiche tecniche per il catalogo".

Quando, invece, un accordo quadro è concluso con più operatori economici dopo la presentazione delle offerte sotto forma di cataloghi elettronici, le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere che la riapertura del confronto competitivo per i contratti specifici avvenga sulla base di cataloghi aggiornati, invitando gli offerenti a ripresentare i loro cataloghi elettronici, adattati alle esigenze del contratto in questione, o comunicando agli offerenti che intendono avvalersi delle informazioni raccolte dai cataloghi elettronici già presentati per costituire offerte adeguate ai requisiti del contratto in questione; a condizione che il ricorso a questa possibilità sia stato previsto nei documenti di gara relativi all'accordo quadro.

## **Articolo 37 - Centrali di Committenza**

- *Considerando 59, 69 e 70 Direttiva 2014/24/UE*
- *Art. 2 definizione 14 e 16 Direttiva 2014/24/UE*
- *Art. 1 par. 10 e art. 11 Direttiva 204/18/UE*
- *Considerando 15 e 16 Direttiva 204/18/UE*
- *Disposizione a recepimento facoltativo*

## Analisi testo

Si tratta di una disposizione a recepimento facoltativa, già presente nella vecchia direttiva, che viene riproposta con delle innovazioni.

Dalla lettura combinata dell'articolo 37 e del considerando 69 e dalla definizione di cui all'art. 2 punto 14 emerge che la centrale di committenza, dovrebbe poter svolgere due tipologie di attività:

- l'acquisizione di forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici, come fanno i **grossisti**, comprando, immagazzinando e rivendendo. In questo caso siamo di fronte ad un soggetto altamente specializzato che gestisce tutto il processo e se ne assume in pieno la responsabilità
- l'aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici, come fanno gli **intermediari**, aggiudicando appalti, gestendo sistemi dinamici di acquisizione o concludendo accordi quadro ad uso delle amministrazioni aggiudicatrici. Il ruolo di intermediazione può essere svolto in autonomia o in nome e per conto delle amministrazioni aggiudicatrici.

In riferimento all'autonomia della centrale di committenza, il considerando 69, suggerisce l'individuazione di regole appropriate per disciplinare i livelli di responsabilità tra amministrazioni aggiudicatrici e centrali di committenza. Quando la centrale di committenza ha la competenza esclusiva di una procedura d'appalto, come nel caso delle convenzioni o di appalti diretti gestiti dalla centrale stessa, allora la responsabilità comprende anche la legittimità delle procedure. Diversamente nel caso in cui la centrale di committenza gestisce solo alcune fasi procedurali, come per gli accordi quadro o mercato elettronico, la responsabilità sui singoli appalti deve rimanere in capo alle amministrazioni appaltanti. Questo è un aspetto sostanziale che apre ad una nuova modalità di inquadramento della centrale di committenza

Inoltre, all'art. 2, punto 15, si introduce una nuova definizione di **Attività di committenza ausiliarie** che consistono nella prestazione di:

- a) infrastrutture tecniche che consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi;
- b) consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di gara;
- c) preparazione e gestione delle procedure di appalto in nome e per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata.

Queste attività, sulla base della definizione contenuta all'art. 2 punto 17, possono essere erogate, da "Prestatori di servizi in materia di appalti" i quali sono un organismo pubblico o privato che offre attività di committenza ausiliare sul mercato, e quindi, oltre che dalle centrali di committenza, anche da organismi privati prestatori di servizi in materia di appalti.

Da un esame delle tre ipotesi si può riscontrare che:

- quella prevista dalla lett. a) può ricomprendere le attività svolte dai gestori di piattaforme telematiche; che anche ai sensi della normativa nazionale possono essere affidate tramite procedure concorrenziali a soggetti terzi;
- quella prevista dalla lett. b) può ricomprendere le attività di servizi di supporto al rup, gli affidamenti di servizi di progettazione che anch'esse, ai sensi della normativa nazionale, possono essere affidate tramite procedure concorrenziali a soggetti terzi;

- quella prevista dalla lett. c) invece non è attualmente prevista dalla normativa e trova anzi un divieto nella normativa nazionale all'art. 33 del D.Lgs 163/2006.

Il paragrafo 3 prevede poi l'obbligo per le centrali di committenza di svolgere tutte le procedure di aggiudicazione utilizzando mezzi di comunicazione elettronica di cui all'art. 22 e quindi di svolgere procedure di gara dematerializzate. Tale obbligo può essere spostato dal legislatore al 18 aprile 2017 se viene utilizzata la facoltà prevista all'art. 90.

### **Criticità**

Particolarmente delicata appare quindi l'inclusione nelle attività di committenza ausiliarie dell'attività consistente nella **“preparazione e gestione delle procedure di appalto in nome e per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata”** in relazione alla quale si potrebbe infatti pensare che la Direttiva abbia inteso prospettare un'ipotesi di gara “su delega” espletabile anche da operatori privati prestatori di servizi in materia di appalti, configurando una fattispecie di esercizio privato di pubbliche funzioni.

Come sopra accennato, infatti, il suddetto art. 2, al punto 17), riconduce alla nozione di “operatori di servizi in materia di appalti” gli organismi **pubblici o privati** che offrono attività di committenza ausiliarie sul mercato.

Dal considerando 70 si evince poi che l'affidamento di attività di committenza ausiliarie dovrebbe essere disposto secondo le procedure di aggiudicazione di cui alla Direttiva in esame, esclusivamente se queste attività non sono collegate all'esercizio delle funzioni di centralizzazione delle committenze da parte di amministrazioni aggiudicatrici e se sono effettuate con contratto a titolo oneroso.

Pertanto, va rilevata un'incongruenza interna alla Direttiva, in quanto l'erogazione di siffatte prestazioni da parte di soggetti privati non risulta regolata e sviluppata in alcun modo nell'articolato: l'art. 37, par. 4, nell'escludere espressamente dal campo di applicazione della Direttiva stessa la fornitura di “attività di centralizzazione delle committenze” da parte di amministrazioni aggiudicatrici, si limita a prevedere che detti servizi possono altresì includere la fornitura di attività di committenze ausiliarie, fornendo quindi precisazioni in merito alle modalità di affidamento delle funzioni in argomento senza dettagliarne i contenuti oltre a quanto già indicato nelle definizioni.

Ne segue che in sede di recepimento dovranno essere attentamente verificati e valutati l'esatto significato e i possibili contenuti della prestazione ausiliaria consistente nella “preparazione e gestione delle procedure di appalto in nome e per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata”.

A tale riguardo si sottolinea come altamente problematico un'eventuale riconoscimento agli operatori privati, da individuare con gara d'appalto, del compito di gestire procedure di aggiudicazione in nome e per conto di amministrazioni aggiudicatrici, atteso l'elevato grado di imparzialità che si richiede nell'espletamento di siffatte funzioni, e avuto riguardo altresì all'esigenza di garantire, nelle attività di gestione delle gare d'appalto, il rispetto dei principi di trasparenza e la tutela della legalità anche in adempimento dei recenti obblighi introdotti dalla legislazione in materia di anticorruzione e pubblicità che solo le pubbliche amministrazioni sono tenute ad osservare.

**Pertanto, nel recepire la rinnovata disciplina comunitaria sulle funzioni di committenza, il legislatore nazionale deve esaminare le problematiche connesse all'esercizio dei compiti connessi alle attività di committenza ausiliarie.**

### **Opportunità**

La direttiva nell'individuare funzioni, compiti e livelli di operatività diversi può rappresentare un'occasione importante per una migliore organizzazione della domanda pubblica. L'articolo detta le basi per fare chiarezza e sistematizzare con modalità, ruoli e funzioni di centralizzazione delle committenze. Tra i diversi livelli emerge con chiarezza la possibilità di definire strutture con elevata specializzazione e competenza nella gestione e organizzazione degli acquisti e per la raccolta dei fabbisogni e la consulenza in materia di acquisti. Sarebbe opportuno cogliere questa innovazione come un'opportunità. Una struttura specializzata solleverebbe le amministrazioni aggiudicatrici da un carico di lavoro spesso di difficile gestione. Con benefici anche sulla questione alla suddivisione degli appalti in lotti, spesso non praticato dalle amministrazioni aggiudicatrici proprio per evitare complicazioni nella gestione delle procedure. A livello nazionale, esistono disposizioni normative, anche recenti, che spingono per un riordino e una riduzione delle stazioni appaltanti, una maggiore qualificazione delle stesse, l'istituzione delle SUA e una riorganizzazione della spesa per forniture e servizi attraverso le centrali di committenza o soggetti aggregatori. Alla luce di quanto normato fino ad oggi, il recepimento della nuova direttiva potrebbe essere un'opportunità per un riordino organico e sistematico della normativa esistente, in coerenza con le nuove disposizioni, tenendo conto delle risorse di personale ed economiche necessarie per garantire una gestione efficiente dei contratti pubblici e del diverso ruolo delle centrali di committenza che possono operare per l'aggregazione della domanda o per svolgere procedure su delega. Inoltre, un riordino deve tener conto delle differenze esistenti tra i lavori da un lato e i servizi e le forniture dall'altro. Infatti l'aggregazione della domanda ha un senso per l'acquisto di servizi e forniture standardizzabili, per i lavori l'accentramento delle funzioni di committenza richiede una valutazione più ampia, estesa all'intero ciclo del contratto. In ogni caso, pur condividendo l'obiettivo di qualificazione e razionalizzazione della spesa, non va trascurato il ruolo e il valore che le centrali di committenza regionali possono avere per l'economia del territorio, anche in funzione di una maggiore partecipazione delle micro e piccole imprese al mercato pubblico.

### **Criticità per le MPMI**

I dati dell'Autorità di Vigilanza, degli ultimi tre anni, mettono in evidenza l'evoluzione e i cambiamenti in atto nel mercato pubblico e fanno emergere sostanzialmente due elementi: una riduzione complessiva delle risorse (dovuta alla crisi e ai tagli della spesa pubblica) e un crescente fenomeno di aggregazione della domanda. Negli ultimi anni, infatti si allarga la distanza che c'è tra le numerose gare di piccolissimo importo e un numero più contenuto di gare di importo sempre più elevato, che in definitiva aggrega quasi il 90% del valore complessivo del mercato pubblico. Questo processo è stato ulteriormente accentuato dai recenti provvedimenti di *spending review* che hanno reso obbligatorio il ricorso alle centrali di committenza (vedi Consip e normativa sui soggetti aggregatori). In fase di recepimento quindi occorre porsi il problema di coordinare l'interesse e la necessità di una maggiore razionalizzazione della spesa e trasparenza, assolutamente condivisibile, con le ripercussioni che ciò può provocare sul mercato e sulle condizioni di accesso ad esso da parte delle micro e piccole imprese, nonché con la spinta alla suddivisione in lotti presente nella direttiva comunitaria.

### **Articolo 38 - Appalti congiunti occasionali**

- *Considerando 71 Direttiva 2014/24/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

#### **Analisi testo**

Si tratta di una novità normativa, che nella precedente direttiva era contenuta nei principi generali e che, invece nella Direttiva 24 trova spazio in un articolo dedicato.

Gli appalti congiunti occasionali, pur essendo configurabili come sistemi di acquisizione meno sistematici se confrontati con il sistema delle centrali di committenza e, quindi, meno istituzionalizzati, sono ugualmente valorizzati dal legislatore comunitario in considerazione dell'importante ruolo che essi possono svolgere, non da ultimo con riferimento ai vantaggi che un loro utilizzo porterebbe nello sviluppo di progetti innovativi.

Il considerando 71, a tal proposito, precisa che il rafforzamento delle disposizioni riguardanti le centrali di committenza non dovrebbe in alcun modo escludere altre forme di accentramento delle procedure di appalto. Anzi, è proprio la direttiva a promuovere l'utilizzazione degli appalti congiunti occasionali, in ragione della loro versatilità di impiego nei casi in cui vi sia un puntuale interesse trasversale di due o più amministrazioni (a differenza dell'attività di centralizzazione dove, di norma, alla base vi è un interesse di carattere più generale).

Andando oltre la *ratio* di questo sistema di acquisizione, esistono delle questioni che vanno affrontate per i risvolti problematici che comportano. Innanzitutto esiste la necessità di precisarne gli elementi cardine per definire chiaramente l'istituto, pur lasciando alle amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di definirne modalità e forme. Poi esiste un problema di individuazione dei ruoli e delle responsabilità. La direttiva si sofferma sul livello di responsabilità prevedendo al paragrafo 2 dell'art. 38 che se una procedura è effettuata a nome e per conto di tutte le amministrazioni interessate, tutte le amministrazioni sono congiuntamente responsabili degli obblighi di rispetto della direttiva. La responsabilità è congiunta anche se una amministrazione gestisce la procedura per proprio conto e per conto delle altre.

Se invece la procedura non è effettuata congiuntamente in tutti i suoi elementi, a nome e per conto di tutte le amministrazioni, le stesse sono responsabili congiuntamente solo per le parti comuni, mentre ciascuna rimane responsabile in proprio per le parti svolte a proprio nome e per proprio conto.

#### **Criticità/Opportunità**

In fase di recepimento è necessario individuare regole più precise che definiscano in maniera dettagliata l'attribuzione delle responsabilità in capo ai soggetti coinvolti e le diverse modalità organizzative e di coordinamento che un appalto congiunto può assumere.

Una regolamentazione puntuale delle modalità è fondamentale per evitare criticità che possano presentarsi dal punto di vista dell'applicazione e nella gestione delle procedure.

In merito al riferimento della Direttiva alla necessità di precisare specificamente alcuni elementi dell'appalto congiunto, non appare un'indicazione di facile applicazione, non essendo agevole individuare una casistica e procedere ad una classificazione delle diverse soluzioni prospettabili. Le ipotesi in concreto riconducibili alla fattispecie sono ravvisabili genericamente nella realizzazione di interventi di competenza di più amministrazioni aggiudicatrici (es. realizzazione di opere a rete), sovente oggetto di accordi di programma, o di interventi complessi assistiti da contributo comunitario, statale e/o regionale, tutti connotati da un comune interesse.

Quanto alla vigente normativa, un esempio di formula organizzativa per la gestione congiunta degli appalti caratterizzata da un minore grado di sistematicità rispetto alle centrali di committenza, è rinvenibile nella legge regionale della Toscana 13 luglio 2007, n. 38 “Norme in materia di contratti pubblici e relative disposizioni sulla sicurezza e regolarità del lavoro”, il cui art 45 attribuisce alle amministrazioni aggiudicatrici del territorio la facoltà di stipulare apposite convenzioni per l’effettuazione di un’unica procedura di gara, individuando a tale fine l’ente titolare della procedura stessa.

## **MPMI**

Nella definizione delle regole è necessario porre attenzione accurata alla valutazione delle condizioni di accesso per le MPMI, in particolare per le modalità di suddivisione delle gare in lotti.

### ***Articolo 39 – Appalti che coinvolgono amministrazioni aggiudicatrici di Stati membri diversi***

- *Manca un articolo equivalente nella direttiva 18, anche se nel considerando 73 della direttiva 2014/24/UE si fa riferimento alla possibilità implicita prevista dalla direttiva 18 di ricorrere ad appalti pubblici congiunti transfrontalieri.*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio (ad eccezione del paragrafo 2, secondo comma)*

## **Analisi testo**

Nel primo paragrafo si sancisce la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di agire congiuntamente nell’aggiudicazione di appalti, individuando 3 fattispecie:

- Paragrafo 2. Dispone la possibilità, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, di avvalersi di centrali di committenza ubicate in un altro Stato membro, lasciando la possibilità di scelta allo Stato membro di limitarla ad una delle due opzioni previste dall’art. 2, par. 1 punto 14, lettera a) o b).
- Si applicano le disposizioni dello Stato ove è ubicata la centrale di committenza, anche nel caso di sistemi dinamici di acquisizione di fornitura, nel caso di riapertura del confronto competitivo di un accordo quadro.
- Paragrafo 4. Si prevede, inoltre, la possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici di diversi Stati membri, di aggiudicare congiuntamente un appalto, concludere un accordo quadro o gestire un sistema dinamico di acquisizione, attraverso la definizione di un accordo che disciplina le modalità organizzative e la responsabilità delle parti.
- Paragrafo 5. Si disciplina la possibilità di dare vita ad un soggetto congiunto, fornendo alcune indicazioni di massima su quali procedure utilizzare sulla base di un accordo condiviso. L’accordo può durare per un tempo indeterminato, se indicato nell’atto costitutivo, o limitato ad un periodo determinato.

## **Criticità**

Le tre diverse forme di appalti transfrontalieri prospettate dalla nuova Direttiva comportano l’attivazione di procedimenti ad elevata complessità, l’applicazione di normative di altri Stati e pertanto presuppongono un livello adeguato di preparazione e qualificazione della committenza.

Ciò induce a ritenere che il ricorso agli appalti transfrontalieri, sebbene concepito come una facoltà riconosciuta in termini generali alle amministrazioni aggiudicatrici, rappresenti una soluzione di carattere



straordinario utilizzabile in presenza di circostanze particolari che richiedono il coinvolgimento di amministrazioni aggiudicatrici di diversi Stati membri, avuto riguardo ad es. alla realizzazione di opere transfrontaliere, alla gestione di appalti con una forte componente di innovazione e ricerca, alla peculiare natura dei beni e servizi da acquisire, ecc.

Il legislatore nazionale, in sede di recepimento, dovrebbe tenere conto di questi aspetti, fornendo indicazioni sufficientemente precise sulle procedure interne da seguire per l'attivazione delle diverse forme di collaborazione previste per la realizzazione di appalti transfrontalieri e indicando, anche in modo non esaustivo, le ipotesi nelle quali è necessario/possibile farvi ricorso, anche nell'ottica di evitare possibili restrizioni alla concorrenza e di assicurare l'efficienza ed economicità delle procedure di aggiudicazione.

Nel considerando 73 vengono ricordate le difficoltà di ordine giuridico e pratico che gli acquisti transfrontalieri o congiunti comportano. Si ribadisce, in funzione di un migliore sfruttamento delle potenzialità del mercato interno, la necessità di stabilire norme in grado di agevolare la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici.

Sono necessarie dunque regole specifiche sulle condizioni di utilizzo transfrontaliero delle centrali di committenza, sulla legislazione da applicare in materia di appalti e in caso di contenzioso.

Infine, si sollecitano gli Stati membri a stabilire regole chiare e puntuali per l'istituzione di soggetti giuridici congiunti.

## **MPMI**

Nella definizione delle regole c'è una complessità legata al nostro tessuto produttivo fatto prevalentemente di micro e piccole imprese che potrebbe non avere una corrispondenza nei paesi transfrontalieri. Sarebbe, pertanto opportuno una valutazione in termini di condizioni di accesso delle nostre imprese.

### ***Articolo 40 - Consultazioni preliminari di mercato***

- *Considerando: 43 e 49 direttiva 2014/24/UE*
- *Considerando n. 8, Direttiva 18/2004/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

## **Analisi testo**

La disposizione dell'articolo 40 costituisce un elemento di modernizzazione delle procedure poiché la norma è volta a garantire alle stazioni appaltanti la possibilità di accrescere le proprie conoscenze per superare asimmetrie informative, sia in ordine ad un'adeguata pianificazione sia ai fini della gestione della gara d'appalto. La disposizione è di particolare rilevanza se viene considerata alla luce dei principi di trasparenza ed imparzialità.

La precedente direttiva prevedeva, al considerando 8, che prima dell'avvio di una procedura di aggiudicazione di un appalto, le amministrazioni aggiudicatrici avrebbero potuto, avvalendosi di un «dialogo tecnico», sollecitare o accettare consulenze che potevano essere utilizzate nella preparazione del capitolato d'onori a condizione che tali consulenze non avessero avuto l'effetto di ostacolare la concorrenza. Il considerando 8, dedicato al cosiddetto dialogo tecnico, non è ***mai divenuto norma nel nostro ordinamento giuridico***, probabilmente per timore di abusi e/o di utilizzazione arbitraria ed eccessiva. In ogni caso, costituiva e costituisce una importante prerogativa che avrebbe (e può) essere utilizzata dal RUP.

Nel merito dunque, la Direttiva 18/2004 ammetteva che la stazione appaltante potesse, prima dell'aggiudicazione di un appalto avvalersi di ***uno specifico dialogo tecnico*** ovvero, nella sostanza, il responsabile del procedimento, secondo il legislatore comunitario poteva sollecitare o accettare consulenze che potevano essere utilizzate nella preparazione del capitolato d'oneri a condizione che tali consulenze non avessero l'effetto di ostacolare la concorrenza.

L'utilità, rispetto alla normativa precedente, è evidente soprattutto in relazione a particolari appalti di servizi e/o di forniture a forte componente tecnologica e/o sperimentale. Nulla impedisce che il responsabile della procedura possa avvalersi di esperienze già esistenti ma ciò deve avvenire con cura e con accorgimenti tali da impedire la violazione dell'imparzialità o la costituzione di autentiche posizioni di vantaggio nei confronti dell'operatore a cui si è chiesto il contributo tecnico.

Una delle ragioni per cui il considerando 8 non è diventato norma è probabilmente rinvenibile nel fatto che la stessa disposizione in realtà risultava priva di garanzia di imparzialità se non per l'inciso finale secondo cui le "consulenze" acquisite non dovevano avere l'effetto di ostacolare la libera concorrenza.

Uno degli aspetti di maggiore novità, è che il dialogo tecnico viene più propriamente chiamato per quello che è ovvero ***una (potenziale) consultazione preliminare di tipo tecnico che precede l'avvio della procedura (e non l'aggiudicazione della gara).***

Non a caso nell'articolo 40 della direttiva 2014, la norma introduce proprio il Capo III (*Svolgimento della procedura*) del Titolo II (*Disposizioni applicabili agli appalti pubblici*), Sezione I rubricata *Preparazione* (appunto del procedimento di acquisizione).

È proprio il riferimento contenuto alla sezione I che consente di comprendere una precisa consapevolezza del legislatore comunitario che in fase di programmazione, sia della gara sia della stessa acquisizione, è già possibile consultare il mercato in forma preliminare.

Il mercato, pertanto, non necessariamente deve essere consultato con ossessiva attenzione per individuare i potenziali contraenti o gli interlocutori da invitare al procedimento di gara, ma è altresì ammissibile una fase propedeutica in ausilio al Responsabile del procedimento che, in luogo di costose (e per altro fortemente contingentate) consulenze può sollecitare un contributo spontaneo (naturalmente presidiato) con le cautele di cui si è detto sopra e su cui si tornerà poc'anzi.

### **Opportunità**

Il considerando 8 della direttiva del 18/2004 risulta riportato solo in parte nei due nuovi commi contenuti nell'articolo 40 della direttiva 24.

Viene meno il riferimento al dialogo tecnico che effettivamente, come annotato, poteva creare qualche problema sul rapporto che concretamente veniva poi ad innestarsi tra stazione appaltante ed operatori coinvolti.

Nella nuova disposizione, il dialogo diventa "in modo più appropriato" una consultazione ovviamente tecnica, un modo di operare presidiato da regole che devono rispettare i principi cardine della consultazione del mercato.

Nella direttiva n. 18 il dialogo aveva una limitata (e pericolosa) finalità di sollecitare o accettare consulenze che possono essere utilizzate nella preparazione del capitolato d'oneri a condizione che tali consulenze non abbiano l'effetto di ostacolare la concorrenza. Una delle precisazioni probabilmente discutibili era che il contributo tecnico potesse essere autorizzato per la preparazione del capitolato, quasi una istigazione ad

inserire nell'atto tecnico per eccellenza il contributo estraneo favorendo sicuramente partecipazione e pericolosamente ipotecando la stessa gara.

Nell'attuale formulazione, oltre alla riflessione sulle consultazioni che, devono essere organizzate e strutturate **in modo da garantire un contributo trasparente e visibile (accessibile agli interessati), il legislatore comunitario funzionalizza il contributo tecnico ai fini della preparazione dell'appalto e per informare gli operatori economici degli appalti da essi programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi.**

La nuova norma amplia la platea dei soggetti interessati coinvolgendo esperti ed autorità indipendenti e non solo gli operatori del mercato.

### **Criticità**

La questione che immediatamente si pone riguarda l'eventuale corrispettivo da corrispondere a questi soggetti se il contributo reso viene considerato in termini di consulenza. In ogni caso dall'avviso deve emergere che il contributo è meramente tecnico ed è finalizzato non a realizzare la progettazione ma a verificare, come rilevato, esperienze e/o acquisire conoscenze tecniche. Infine, verificare la stessa fattibilità dell'appalto.

L'avviso pubblico dovrà immediatamente rendere noto che si tratta semplicemente di una prefase che in ogni caso i contributi potranno essere utilizzati "semplicemente" nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, *"a condizione che non abbiano l'effetto di falsare la concorrenza e non comportino una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza"*. Infatti la direttiva prevede che i partecipanti alla gare siano informati di quanto emerso nel corso della consultazione preliminare.

La norma, in ultima analisi sembra doversi interpretare come disposizione che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di conoscere preventivamente le soluzioni/opzioni esistenti e avere così una maggiore cognizione del mercato, con l'obiettivo di rendere più dettagliato il capitolato tecnico. E' opportuno chiarire se il contributo prestato dovrà intendersi a titolo gratuito (con spese a carico della stazione appaltante es. fotocopie e similari) e finalizzato esclusivamente a consentire e ad elevare la qualità della gara da avviarsi.

### ***Articolo 41 Partecipazione precedente di candidati o offerenti***

- *Non si rilevano riferimenti nei considerando.*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio collegata al precedente articolo 40.*

### **Analisi testo**

L'articolo 41 non solo completa il quadro di riferimento dell'art.40 ma introduce anche un concetto più ampio, estendendo l'applicazione della disposizione anche all'ipotesi in cui il candidato/offerente abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione. L'articolo, nuovo nell'ordinamento comunitario, codifica in legge un principio affermato dalla Corte di Giustizia Europea (Corte di Giustizia europea, Sez. II 3 marzo 2005-C-21703 e C-34/03) in base al quale, l'aver partecipato ad una consultazione preliminare o alla preparazione della procedura non pregiudica la partecipazione alla gara se l'operatore economico non ha tratto un vantaggio concorrenziale rispetto agli altri offerenti. A tali fine, devono ricorrere alternativamente i seguenti presupposti :

-L'amministrazione è stata in grado di garantire, attraverso misure adeguate che la concorrenza non è stata falsata. L'articolo e non il considerando precisa che tra le misure adeguate sono ricomprese lo scambio di informazioni pertinenti atte a garantire a tutti i partecipanti il medesimo flusso documentale compreso quello relativo alla fase antecedente alla gara ma utile per partecipare alla stessa, nonché la definizione di termini congrui per la presentazione dell'offerta, ritenuti tali solo nel caso in cui garantiscano un arco temporale utile per presentare un'offerta adeguata in condizioni di parità.

-I candidati, possono provare che la loro partecipazione non è elemento in grado di falsare la concorrenza.

La disposizione va letta in armonia con l'art. 57 par 4 lettera f) che consente all'Amministrazione (od obbliga l'Amministrazione ad escludere se lo Stato membro lo preveda) di escludere l'operatore dalla procedura d'appalto se vi è stata una distorsione della concorrenza derivante dal coinvolgimento nelle procedure di cui all'art. 41 che non può essere risolta con altre misure meno intrusive e con l'art.57 comma 6 che consente agli operatori di dimostrare la propria affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo d'esclusione (*self-cleaning*).

### **Opportunità**

L'articolo costituisce una nuova forma di flessibilità procedurale e sostanziale, che consentirebbe alle amministrazioni aggiudicatrici, adottando le opportune modalità di attuazione, di qualificare meglio la propria domanda sfruttando attraverso il loro coinvolgimento la competenza di soggetti esperti e qualificati. L'essenza di quest'articolo che dovrebbe permeare anche il nostro ordinamento è favorire la concorrenza garantendo una maggior competitività qualificata che incontra un solo limite : garantire che la concorrenza non sia falsata.

In quest'ottica l'art. 25 della legge 30 ottobre 2014, n. 161 recante "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013-bis" ha modificato l'art.90 del D.lgs. 163/2006. In pratica viene modificato il comma 8 in maniera tale da consentire ai progettisti di un'opera pubblica la partecipazione agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi; l'originario divieto viene traslato dalla partecipazione all'affidamento ma con l'inserimento del comma 8-bis viene precisato che il divieto relativo all'affidamento non si applica laddove i soggetti dimostrino che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non sia tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori.

### **Criticità**

In sede di recepimento, preso atto della genericità della norma, sarebbe opportuno, considerata la delicatezza della materia, definire regole chiare e disposizioni d'indirizzo utili ad orientare le Amministrazioni nel definire quali misure siano adeguate a garantire la concorrenza.

Lasciare alle Amministrazioni un'eccessiva discrezionalità nella scelta potrebbe eludere il principio di parità di trattamento ed incentivare il contenzioso.

### **MPMI**

La norma, se non viene dettagliata a livello nazionale, potrebbe penalizzare le imprese più piccole meno coinvolte nei lavori preparatori e più sottoposte al rischio di trovarsi in una posizione di svantaggio concorrenziale.

### **Articolo 42 - Specifiche tecniche**

- *Considerando 74, 76 e 77 direttiva 2014/24/UE*
- *Allegato VII, punto 1, punto 2-5 Direttiva 2014/24/UE*
- *Direttiva 18/2004: considerando 29, articolo 23 e allegato VI*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

### **Analisi testo**

Le nuove direttive confermano la linea volta ad assicurare che le specifiche tecniche vengano fissate in termini di **requisiti funzionali** e non siano redatte in modo da risultare discriminatorie. È mantenuta la possibilità di fare riferimento a standard a condizione che sia sempre consentito il ricorso a soluzioni alternative equivalenti.

Rispetto alla Direttiva 18, la 24 sottolinea che le specifiche tecniche DEVONO (e non più dovrebbero) permettere l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza ed aggiunge la necessità di perseguire il conseguimento degli obiettivi di sostenibilità.

Le specifiche tecniche devono consentire la presentazione di offerte definite sulla base dei criteri in materia di prestazione legati al ciclo di vita e alla sostenibilità del processo di produzione di lavori, forniture e servizi.

### **Opportunità**

Il considerando 76 conferma la specificazione che per gli appalti destinati all'uso da parte di persone fisiche è necessario tener conto dei criteri di accessibilità per le persone con disabilità. Ai fini di una maggiore inclusione sociale dei soggetti disabili questa dovrebbe essere una disposizione di carattere generale verso la quale porre la massima attenzione in fase di recepimento.

### **Articolo 43 - Etichettature**

- *Considerando 75 Direttiva 2014/24/UE*
- *Art. 23, paragrafo 6 Direttiva 2004/18/UE (ecoetichettature)*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

### **Analisi testo**

È una disposizione che le amministrazioni aggiudicatrici possono utilizzare per quegli acquisti che hanno specifiche caratteristiche ambientali o sociali o di altro tipo. Nell'articolo si precisa che le etichettature devono essere riferite all'oggetto del contratto, non discriminatorie, accessibili a tutti, e rilasciate da soggetti terzi rispetto agli operatori economici. In sostanza l'indicazione di particolari etichettature non deve essere discriminante nei confronti degli operatori economici.

### **Criticità**

Nel sottolineare che i requisiti per le etichettature, la descrizione del prodotto e gli obblighi relativi all'imballaggio devono essere collegati all'oggetto del contratto, il considerando 75 specifica che è essenziale che i requisiti siano elaborati e adottati sulla base di criteri oggettivamente verificabili, nonché la

procedura utilizzata sia accessibile alle parti interessate e che le etichettature siano accessibili e disponibili a tutte le parti interessate.

Nel considerando si individuano come parti interessate: organismi pubblici o privati, imprese o qualsiasi tipo di organizzazioni non governative. Inoltre, gli organismi o organizzazioni nazionali o governativi possono essere coinvolti nella definizione dei requisiti delle etichettature senza per questo perdere lo status di parte terza. Mentre la direttiva nulla dice in merito ai criteri per l'individuazione per le parti interessate. Pertanto il legislatore, in sede di recepimento potrebbe fornire indicazioni in merito.

## **MPMI**

In aggiunta non va trascurato il fatto che l'acquisizione da parte delle imprese di alcune etichettature rappresenta un costo e può richiedere tempi più lunghi per la presentazione delle offerte. Un utilizzo spropositato di etichettature, senza una oggettiva motivazione, si può tradurre in una preclusione al mercato delle imprese più piccole. Per tale motivo, l'utilizzo delle stesse deve essere strettamente valutato in relazione alle caratteristiche dei singoli appalti al fine di evitare possibili restrizioni al mercato.

### ***Articolo 44 - Relazioni di prova, certificazione e altri mezzi di prova***

- *Vi è una parziale corrispondenza con la Direttiva 2004/18/UE (articolo 23, paragrafi 4 e 5)*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

## **Analisi testo**

Si tratta di una disposizione che dà la facoltà alle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere agli operatori economici, a comprova delle specifiche tecniche richieste, dei criteri di aggiudicazione o delle condizioni relative all'esecuzione dell'appalto, una relazione di prova di un organismo di valutazione della conformità o un certificato rilasciato da un organismo di valutazione della conformità.

Le amministrazioni devono comunque accettare mezzi di prova alternativi appropriati se l'operatore economico non ha la possibilità di accesso ai certificati o alle relazioni di prova, o la possibilità di ottenerli nei tempi richiesti, per cause a lui non imputabili. Infine, gli Stati membri mettono a disposizione di altri Stati le informazioni su prove e documenti che definiscono specifiche tecniche su prestazioni e requisiti funzionali o relative alle etichettature.

## **Criticità**

La richiesta delle certificazioni o delle relazioni di prova a tutti gli operatori economici potrebbe tradursi in un appesantimento del procedimento. In sede di recepimento ai fini di una maggiore semplificazione e alleggerimento del carico burocratico per le imprese, si potrebbe optare per una soluzione che garantisca le stazioni appaltanti e avvantaggi le imprese, oppure chiedere le certificazioni di prova solo all'impresa che risulta aggiudicataria.

### ***Articolo 45 - Varianti***

- *Articolo 24 Direttiva 2004/18/UE*
- *Considerando 48 Direttiva 2014/24/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

## Analisi testo

Preliminarmente va segnalato che l'articolo in commento non è apparso sempre aderente al testo in lingua originale, per questo si è scelto di far riferimento alla sua versione in lingua originale.

La direttiva 2004/18/CE, all'articolo 24 (Varianti), prevedeva, limitatamente agli appalti aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di autorizzare gli offerenti a presentare varianti, a condizione che si introduca un'indicazione in tal senso nel bando di gara. Allo stesso modo, nel documento di gara vanno indicati i requisiti minimi che le varianti devono rispettare e le modalità per la loro presentazione. Qualora tali indicazioni non siano espressamente citate, le varianti non sono autorizzate.

Nella direttiva 2014/24/UE, già dalla lettura del considerando 48, si evince la volontà di accrescere l'uso delle varianti in quanto ritenute uno strumento privilegiato per favorire l'innovazione. Per questo motivo l'indirizzo che viene dato va nel senso di incoraggiare le amministrazioni aggiudicatrici a consentire varianti "quanto più spesso possibile".

Per rendere concreto questo indirizzo, l'articolo 45 non lega più le varianti al criterio di aggiudicazione che la precedente direttiva 18 definiva "dell'offerta economicamente più vantaggiosa" (e che in questa non costituisce più criterio di aggiudicazione, come vedremo nel proseguo), anzi ne rafforza e allarga ulteriormente l'ambito di applicazione. Infatti, non solo conferma la possibilità di presentarle, ma aggiunge la previsione in base alla quale le amministrazioni aggiudicatrici possono esigerle.

Il legislatore comunitario, considerata la delicatezza dell'istituto per le possibili violazioni ai principi fondanti la materia in caso di una sua cattiva applicazione, comunque, si è preoccupato di delimitarne l'applicabilità.

Il paragrafo 1, nel caso in cui le amministrazioni aggiudicatrici autorizzassero o richiedessero la presentazione (obbligatoria) di varianti, prevede l'obbligo di esplicitarlo nel bando o nell'invito a confermare interesse. In mancanza di tale indicazione le varianti non sono autorizzate. La norma precisa altresì che le varianti devono essere sempre collegate all'oggetto dell'appalto.

I documenti di gara, dispone il paragrafo 2, devono contenere anche i requisiti minimi che le varianti devono rispettare nonché ogni requisito specifico per la loro presentazione. In particolare i requisiti di presentazione devono espressamente dire se le varianti possano essere presentate se (e solo se) è stata presentata contestualmente anche un'offerta non comprensiva di varianti o, viceversa, se possono essere presentate anche indipendentemente dal verificarsi di tale condizione. Dalla stesura di questo paragrafo si legge l'attenzione del legislatore comunitario per il problema (non voluto) dell'esercizio di un'eccessiva discrezionalità che potrebbe derivare da una presentazione incondizionata di varianti, che potenzialmente potrebbe portare ad una modifica radicale dell'oggetto dell'appalto. Infatti, la preoccupazione che emerge è quella di mettere al riparo le amministrazioni dalla possibilità, comunque ammessa se scelta consapevolmente, di ricevere solo "soluzioni" (per soddisfare l'esigenza connessa all'oggetto dell'appalto) che costituiscono varianti, slegate quindi dalle soluzioni tecniche "come da capitolato" dell'offerta principale. Appare chiaro che l'adozione di questa scelta aumenterebbe considerevolmente il rischio, citato in precedenza, di dover valutare "soluzioni" che potrebbero snaturare l'oggetto dell'appalto.

Le amministrazioni aggiudicatrici devono poi garantire che i criteri di aggiudicazione dell'appalto siano applicabili ugualmente per ogni tipologia di offerta (nel senso ampio del termine), quindi: sia nel caso in cui debbano essere applicati alle varianti che superano il vaglio dettato dai requisiti minimi previsti, che nel caso

in cui debbano essere applicati alle offerte (in senso stretto ovvero non comprensive di varianti) che superano il vaglio di regolarità.

### **Criticità**

Un primo problema da risolvere in sede di recepimento riguarda l'affermazione contenuta nel considerando 48 in merito al quale le varianti andrebbero usate "quanto più spesso possibile". E' chiaro che la vaghezza di questo indirizzo va concretizzata all'interno della disciplina delle varianti con una scelta che non lo destini ad essere di fatto inapplicato.

Degno di attenzione è poi il tema legato alla problematicità di valutare la conformità delle varianti quando il criterio di aggiudicazione adottato sia quello basato esclusivamente sul prezzo o costo (l'articolo 67, paragrafo 2 effettivamente contempla questa ipotesi). In questo caso, che sembrerebbe consentito dal tenore letterale della disposizione, infatti, non ci sarebbe un'offerta tecnica nella quale inserire i contenuti della variante. Allo stesso modo, la comparazione degli elementi economici incontrerebbe delle difficoltà per carenza di omogeneità dei termini di confronto, in quanto riferiti a delle prestazioni diverse tra loro.

### **Opportunità**

Dalla lettura del considerando, il legislatore sollecita l'uso delle varianti come chiave di accesso per l'individuazione di possibili soluzioni innovative di cui l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe non avere contezza. L'innovazione in questo caso costituisce chiaramente una spinta verso un costante miglioramento delle commesse pubbliche.

### **MPMI**

La norma nella sua interpretazione di fatto rappresenta un'apertura verso una gamma più ampia di soluzioni e non è escluso che ciò possa rappresentare un vantaggio per le imprese più piccole ma non per questo meno innovative.

#### ***Articolo 46 - Suddivisione degli appalti in lotti***

- *Articolo 2 comma 1-bis codice appalti*
- *Considerando 59, 78 e 79*
- *Codice Europeo di Buone Pratiche*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio. Recepimento facoltativo per i paragrafi 3 e 4*

### **Analisi testo**

L'articolo 46 introduce una dettagliata disciplina sulla suddivisione degli appalti in lotti indirizzando le amministrazioni verso tale modalità. A tal fine l'articolo 46 prevede la possibilità per le amministrazioni di aggiudicare un appalto per lotti, lasciando alle stesse di determinare le dimensioni e l'oggetto dei lotti, ma richiede di indicare, in caso di non suddivisione dell'appalto in lotti, le motivazioni della mancata suddivisione.

La disciplina prevede poi che le amministrazioni aggiudicatrici indichino 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 i lotti.



Viene, inoltre, riconosciuta alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di 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. In tal caso, sempre nei documenti di gara, devono essere indicati i criteri oggettivi e non discriminatori che saranno applicati per l'aggiudicazione dei singoli lotti. Tali criteri serviranno per individuare l'aggiudicatario quando un offerente risulti aggiudicatario di più lotti.

Il paragrafo 3 contiene una disposizione facoltativa in forza della quale gli stati membri possono consentire alle amministrazioni, nel caso in cui ad un offerente possano essere aggiudicati più lotti, di poter associare alcuni o tutti i lotti. Per esercitare tale facoltà le amministrazioni devono indicare nel bando o nell'invito a confermare l'interesse che si riservano questa possibilità ed indicare i lotti o gruppi di lotti che possono essere associati. Tale disposizione sembra aprire la possibilità alle amministrazioni di poter incidere dopo la valutazione delle offerte e l'individuazione della classifica sull'aggiudicazione aggiudicando ad un soggetto più lotti anche laddove lo stesso non sarebbe l'aggiudicatario di tutti.

La disposizione non risulta però di facile applicazione.

L'art. 46 al paragrafo 4 prevede poi la possibilità per gli Stati membri di rendere obbligatorio la suddivisione in lotti di un appalto. Tale previsione introduce una disposizione a recepimento facoltativo sulla quale il legislatore dovrà operare una scelta.

Nella disciplina nazionale già troviamo nel D.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), art. 2, comma 1-bis una indicazione per le amministrazioni sulla necessità di suddividere in lotti gli appalti. L'art. 2, comma 1-bis prevede “Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali. Nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti”.

Le amministrazioni devono quindi motivare la mancata suddivisione in lotti tenendo conto della natura della prestazione e della sua possibile divisione “ove possibile” e della convenienza economica della stessa. L'art. 29 discende anche dalla disciplina contenuta nella legge 180/2001 che all'art. 13 prevede : “ Nel rispetto della normativa dell'Unione europea in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese, la pubblica amministrazione e le autorità competenti, purché ciò non comporti nuovi o maggiori oneri finanziari, provvedono a:

a) suddividere, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 29 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, gli appalti in lotti o lavorazioni ed evidenziare le possibilità di subappalto,

Nell'art. 13 però, richiamando l'art. 29 ed il divieto di frazionamento artificioso, si prevede la suddivisione in lotti o lavorazioni senza precisare se i lotti devono essere funzionali, ed introducendo invece il termine “lavorazione”. Tra le due discipline vi è quindi una diversità che in occasione del recepimento andrebbe rivista al fine di avere una disciplina unitaria. Nella disciplina vigente quindi la scelta di frazionare gli appalti, mediante una suddivisione in lotti di gara, è rimessa alla discrezionalità delle stazioni appaltanti, che devono operare una corretta pianificazione degli interventi e valutare se le “parti” di un intervento, singolarmente considerate, possiedono un'autonoma funzionalità ed utilità correlata all'interesse pubblico, indipendentemente dalla realizzazione dell'opera complessiva.

Nel rispetto dei principi di trasparenza e di massima partecipazione alle gare, le stazioni appaltanti hanno dunque un obbligo di motivare la scelta di non suddividere l'oggetto della procedura di gara in più lotti.

In ogni caso, la suddivisione in lotti, anche quella diretta a favorire l'accesso al mercato da parte delle piccole e medie imprese, non deve violare il divieto di frazionamento artificioso dei contratti posto dall'art. 29, comma 4, del Codice appalti.

La ratio della norma è quella di evitare elusioni della disciplina comunitaria da parte delle stazioni appaltanti, che potrebbero frazionare un unico contratto di valore pari o superiore alla soglia comunitaria, in più appalti singoli, i quali, astrattamente, potrebbero essere aggiudicati con procedure meno competitive di quelle previste per i contratti "sopra soglia".

Analoga finalità pro-concorrenziale trova conferma anche nell'art. 125, comma 13, del Codice, che vieta l'artificioso frazionamento dell'appalto al fine di sottoporre l'affidamento alle procedure negoziate in economia.

Le nuove direttive europee sono molto attente, così come da tempo lo sono sia il legislatore europeo che quello Nazionale, a garantire l'accesso al mercato dei contratti pubblici alle Piccole e Medie Imprese, tanto che si legge nei considerando introduttivo delle nuove Direttive è opportuno che gli appalti pubblici **siano adeguati alle necessità delle MPMI**.

Partendo da questa enunciazione di principio, la Direttiva declina diversi corollari ad esso collegati, primo fra tutti l'importanza della suddivisione degli appalti in lotti funzionali, in modo tale da ottenere la massima apertura del mercato e consentire a qualsiasi operatore interessato, indipendentemente dalla sua dimensione, di poter accedere alla procedura di gara.

### **Criticità**

Il tema della suddivisione in lotti riveste particolare importanza anche per il legislatore comunitario ai fini della partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, il recepimento è l'occasione per riflettere su alcuni aspetti:

- si parla di appalto diviso in lotti quando si vuole far riferimento ad una procedura di gara la quale ha al suo interno una tipologia di prestazione suddivisa in più lotti sulla base di un criterio territoriale/funzionale o di un diverso criterio. Diversamente in caso di un'opera realizzata per stralci non si è in presenza di un appalto suddiviso in lotti ma di un solo appalto che riguarda una parte dell'opera;
- il concetto di lotto deve essere inteso quale lotto funzionale e quindi la prestazione oggetto del lotto deve soddisfare le esigenze dell'amministrazione ed essere funzionale. Occorre rivedere quanto previsto nella L.180/2001 dove si fa riferimento semplicemente a lotti o lavorazioni ;
- sull'applicazione di tale previsione da parte delle centrali di committenza le quali saranno chiamate, avendo fra le proprie finalità l'aggregazione della spesa, a dare concreta attuazione alla suddivisione in lotti delle prestazioni oggetto delle loro procedure.

In relazione a tale ultimo aspetto come già evidenziato i dati dell'Autorità di Vigilanza, degli ultimi tre anni, mettono in evidenza l'evoluzione e i cambiamenti in atto nel mercato pubblico e fanno emergere sostanzialmente due elementi: una riduzione complessiva delle risorse (dovuta alla crisi e ai tagli della spesa pubblica) e un crescente fenomeno di aggregazione della domanda. Negli ultimi anni, infatti si allarga la distanza che c'è tra le numerose gare di piccolissimo importo e un numero più contenuto di gare di importo sempre più elevato, che in definitiva aggrega quasi il 90% del valore complessivo del mercato pubblico. La suddivisione in lotti negli appalti svolti dalle centrali di committenza è quindi un aspetto da esaminare.

## **Criticità/ Opportunità per le MPMI**

In tema di suddivisione degli appalti in lotti, la disposizione comunitaria risulta fondamentale per favorire la partecipazione delle MPMI alle gare di appalto. Per tali ragioni, in sede di attuazione è necessario che lo Stato italiano valuti la vigente disciplina al fine di modificare l'attuale previsione della suddivisione in lotti "ove possibile ed economicamente conveniente".

Nel 2008 la Commissione ha fatto una ricognizione di tutte le pratiche che gli Stati membri avevano adottato, a legislazione vigente e nel rispetto della normativa comunitaria, per migliorare la partecipazione delle MPMI agli appalti pubblici. Dalla ricognizione la Commissione ha fatto una Comunicazione "Codice europeo delle buone pratiche". Dalla ricognizione è emerso che, per migliorare l'accesso alle piccole imprese, molti Stati : Francia, Germania, Regno Unito ma anche Lettonia o Lituania, hanno individuato, con legge nazionale, modalità operative più vicine alle esigenze delle piccole imprese. Alcuni esempi: obbligo di suddivisione in lotti, requisiti finanziari parametrati ai singoli lotti, eliminazione delle garanzie per appalti fino a 250.000 euro, formazione e informazione diffusa alle imprese, norme di tutela del subappalto e obbligo di subappaltare alle stesse condizioni economiche accordate all'impresa appaltante, e via dicendo. Provvedimenti che potrebbero costituire delle best practice da esaminare nella loro applicazione ai fini del recepimento.

### ***Articolo 47 - Fissazione di termini***

- *Considerando 80-81-82 Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 38 Direttiva 2004 /18*
- *Collegamento con articoli da 27 a 31 Direttiva 2014/24/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

### **Analisi testo**

Si tratta di una disposizione a recepimento obbligatorio che sancisce il principio secondo il quale, fatti salvi i termini minimi stabiliti dalla presente direttiva (artt. da 27 a 31) le amministrazioni aggiudicatrici nel fissare i termini di presentazione delle offerte devono tener conto della complessità dell'appalto. Inoltre, si dispone che i tempi devono essere superiori a quelli minimi se per la presentazione delle offerte è necessario un sopralluogo o una consultazione in loco della documentazione, per consentire agli operatori economici di acquisire tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte.

Il paragrafo 3 dell'articolo individua i casi in cui le amministrazioni devono concedere delle proroghe ai termini di presentazione delle offerte. La proroga deve essere concessa nel caso in cui siano richieste informazioni supplementari e le stesse non siano fornite almeno sei giorni prima della scadenza (o quattro giorni per la procedura accelerata) oppure qualora ci siano modifiche significative ai documenti di gara. La proroga deve essere proporzionale all'importanza delle informazioni. Se le informazioni non sono richieste in tempo utile o se ai fini della presentazione delle offerte sono poco rilevanti le amministrazioni non sono tenute a prorogare. Nel caso in cui le modifiche non siano rilevanti le amministrazioni non sono tenute a modificare le scadenze.

Nel considerando 80 si consente di ridurre i tempi in caso di urgenza, per la trattazione di ciò si rinvia al commento degli artt. 27 e 28 della presente direttiva. In situazioni di estrema urgenza, per eventi imprevedibili (per es. calamità naturali), è possibile far ricorso ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando.

## **MPMI**

Nella definizione dei termini di presentazione le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero sempre tener conto della complessità dell'appalto e dei tempi necessari per preparare le offerte soprattutto in funzione di una maggiore partecipazione delle piccole imprese. Anche nel caso di ricorso a mezzi elettronici la valutazione in merito alla possibilità di ridurre i termini va fatta tenendo conto delle condizioni di accesso delle piccole imprese a mezzi elettronici. Stessa attenzione vale nel caso di modifiche significative ai documenti di gara, quelle apportate alle specifiche tecniche. In ogni caso le modifiche non devono essere tali da allargare la platea dei potenziali interessati

### ***Art. 48 - Avvisi di preinformazione***

- *Disposizione a recepimento obbligatorio*
- *Articolo 35, paragrafo 1 e Allegato VII A Direttiva 2004/18/UE*
- *Allegato V, parte A e B (I e II) Direttiva 2014/24/UE*

## **Analisi testo**

Gli avvisi di preinformazione sono di fatto già contemplati nella Direttiva 18, art. 35.

L'invito deve essere pubblicato dall'ufficio pubblicazioni UE sul profilo del committente, come da allegato VIII, 2 b, con comunicazione all'ufficio UE, con le informazioni dell'allegato V, parte A.

La vera novità della nuova direttiva è la possibilità per le amministrazioni sub-centrali di indire una gara, solo con procedura ristretta o procedura competitiva con negoziazione, attraverso un avviso di preinformazione dove si invitano gli operatori economici a manifestare il proprio interesse. In tal caso, l'avviso deve contenere una serie di informazioni aggiuntive (allegato V, parte B, sezione I e II), fare riferimento ai lavori, servizi e forniture da aggiudicare, deve essere inviato alla pubblicazione da almeno 35 gg non oltre 12 mesi dalla data di invio dell'invito a confermare interesse. Non c'è obbligo di pubblicazione sul profilo del committente e il periodo di copertura non può essere superiore ai 12 mesi, fatta eccezione per servizi sociali o altre tipologie. In analogia all'impostazione della Direttiva 2004/18/CE, l'utilizzo di avviso di preinformazione consente alle amministrazioni aggiudicatrici di ridurre i termini per la presentazione delle offerte.

Questa modalità potrebbe sembrare una semplificazione ma l'iter previsto per lo svolgimento dell'appalto e nei vari passaggi rischia di allungare ulteriormente i tempi necessari per pervenire all'aggiudicazione delle procedure.

## **Criticità**

La possibilità di indire gare, anche più di una, con un avviso di preinformazione se da un lato semplifica, dall'altro impone una necessità di programmazione, che potrebbe non essere così scontata.

## **MPMI**

L'utilizzo dell'avviso di preinformazione può essere uno strumento importante di informazione per organizzare e pianificare le attività delle imprese. D'altro canto la possibilità di ridurre i termini per la presentazione delle offerte, potrebbe non garantire i tempi necessari alle imprese più piccole, ove si considerino la scelta di accorciare i termini ordinari. L'opportunità di mantenere tempi più lunghi, per

garantire una maggiore partecipazione delle MPMI dovrebbe sempre essere presa in considerazione dalle amministrazioni aggiudicatrici, valutando di volta in volta la specificità, il contesto e la tipologia di appalto.

#### **Art. 49 - Bandi di gara**

- *Allegato V, parte C Direttiva 2014/24/UE*
- *Allegato VII, A Direttiva 2004/18/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

L'art. 49 si limita a rinviare ai contenuti riportati nello specifico Allegato, rispetto ai quali non vi sono novità sostanziali da rilevare in merito alle informazioni minime dei bandi di gara.

#### **Articoli 50 - Avvisi relativi agli appalti aggiudicati**

- *Allegato V, parte D Direttiva 2014/24/UE*
- *Allegato VII A Direttiva 2004/18/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio (salvo il par. 2 comma 2 relativo alla forma di semplificazione degli avvisi di aggiudicazione nell'ambito di un accordo quadro).*

#### **Analisi testo**

Gli avvisi sulle gare aggiudicate devono essere pubblicati entro 30 giorni dalla conclusione di un contratto o accordo.

L'avviso di aggiudicazione, per gare indette con avviso di preinformazione, deve specificare l'intenzione di non procedere ad altri appalti per il periodo di vigenza dell'avviso.

Tra gli elementi di novità si evidenzia come nel caso di accordi quadro non c'è obbligo di comunicare l'aggiudicazione dei singoli appalti. Peraltro agli Stati membri è riconosciuta la facoltà di imporre alle amministrazioni aggiudicatrici di pubblicare gli esiti dei singoli affidamenti in forma semplificata, vale a dire raggruppando gli avvisi per gli accordi quadro su base trimestrale, da inviare entro 30 giorni dalla fine di ciascun trimestre. Non appare del tutto chiaro perché la scelta di effettuare la pubblicazione a livello europeo sia rimessa agli Stati membri, pertanto si ritiene che questo aspetto richieda un'attenta valutazione e verifica in sede di recepimento.

Nel caso di sistema dinamico di acquisizione l'avviso di aggiudicazione è obbligatorio e può avvenire per singolo appalto o su base trimestrale secondo lo schema sopra evidenziato con invio entro 30 gg. La scelta delle modalità è rimessa alle amministrazioni.

In linea generale viene mantenuta la regola in base alla quale non c'è obbligo di avviso di aggiudicazione se esistono motivi di riservatezza o di interesse pubblico.

#### **MPMI**

Nell'impianto della nuova Direttiva appalti, l'avviso relativo agli appalti aggiudicati rappresenta un'utile strumento per monitorare in concreto il raggiungimento di uno degli obiettivi chiave che hanno ispirato il legislatore comunitario, ossia favorire l'accesso delle MPMI al mercato degli appalti pubblici.

Infatti, l'Allegato V, parte D, punto 11. individua, tra le informazioni da pubblicare, anche l'indicazione:

- del numero di offerte ricevute da operatori economici costituiti da piccole e medie imprese;
- delle informazioni che specificano se l'aggiudicatario è una piccola media impresa.

Analoga informazione deve risultare negli avvisi sui risultati dei concorsi di progettazione.

Si può osservare al riguardo che per poter fornire questa informazione relativa alla dimensione dell'impresa le amministrazioni aggiudicatrici dovranno acquisire già in sede di offerta le informazioni/dichiarazioni necessarie per verificare l'appartenenza dei candidati/offerti alla categoria delle piccole medie imprese. Questo aspetto potrebbe essere fatto confluire dal legislatore nazionale all'interno delle informazioni contenute nel DGUE.

#### ***Articolo 51 - Redazione e modalità di pubblicazione del bando e degli avvisi***

- *Direttiva 2004/18/UE, art.36*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

#### **Analisi testo**

Rispetto alla precedente Direttiva abbiamo due nuovi elementi:

1) Nel riferimento all'allegato VI della direttiva e ai modelli e formulari in esso contenuti, si sottolinea che essi vengono stabiliti dalla Commissione attraverso atti di esecuzione adottati secondo una specifica procedura - viene fatto rimando all'articolo 89, comma 2 che rinvia al regolamento 182/2011 (articolo 4) relativo alle "competenze di esecuzione" che permettono alla Commissione di adottare le misure di attuazione di un atto giuridico europeo.

2) Entra in gioco un elemento nuovo: i bandi vengono redatti e trasmessi all'Ufficio delle Pubblicazioni dell'Unione Europea istituito nel 2009 con la Decisione 2009/469/CE.

Nella Direttiva 18 (precedente al 2009) invece rispetto ai formulari e modelli si faceva riferimento all'applicazione degli articoli 3 e 7 della decisione 1999/468/CE, tenendo conto delle disposizioni dell'articolo 8 della stessa inquadrato per permettere agli Stati membri di restare associati all'elaborazione degli atti di esecuzione.

A differenza della precedente direttiva viene mantenuto il termine entro il quale la commissione deve pubblicare, che è di 5 giorni dalla data di trasmissione, e non vengono contemplati i bandi trasmessi per via non elettronica (per i quali il termine di pubblicazione era previsto in 12 gg).

Le spese di pubblicazione restano carico dell'Unione Europea.

Nell'articolo inoltre viene sottolineato il ruolo dell'Ufficio delle Pubblicazioni dell'Unione Europea che garantisce che il testo integrale e la sintesi degli avvisi di preinformazione o degli avvisi di indizione di gara continuino ad essere pubblicati, nel primo caso per dodici mesi e comunque fino all'aggiudicazione della gara, nel secondo caso per tutto il periodo di validità del sistema dinamico di acquisizione.

### **Articolo 52 - Pubblicazione a livello nazionale**

- *Direttiva 2004/18/UE, art.36*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

#### **Analisi testo**

Per questo aspetto non si evidenziano novità di rilievo rispetto alla Direttiva 2004/18/CE, essendo confermata la regola in forza della quale la pubblicazione a livello nazionale non può precedere quella a livello europeo.

### **Articolo 53 - Disponibilità elettronica dei documenti di gara**

- *Direttiva 2004/18/UE, art.38, paragrafo 6 e art. 39, paragrafo 2*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

#### **Analisi testo**

Per quanto riguarda l'accesso con modalità elettroniche ai documenti di gara, la nuova Direttiva rovescia l'impostazione della precedente Direttiva.

Nello specifico, siffatto accesso elettronico ai documenti di gara diviene la regola, sicché nei casi in cui ai sensi degli artt. 21, par. 2, e 22, par. 1, tale accesso non risulti disponibile, il termine di presentazione delle offerte è prorogato di 5 giorni.

Viceversa, secondo la Direttiva 2004/18/CE il ricorso a questa modalità di accesso ai documenti di gara è concepita in termini facoltativi e il suo utilizzo consente di fruire della riduzione di 5 giorni dei termini minimi ordinari di presentazione delle offerte.

Occorre evidenziare che nel testo dell'avviso o dell'invito va indicato l'indirizzo internet presso il quale i documenti di gara sono accessibili.

#### **Opportunità**

Il nuovo impulso dato alle **comunicazioni elettroniche costituisce** espressione di una forte volontà del legislatore comunitario di creare un sistema tendenzialmente basato sulla massima semplificazione, sull'immediatezza, sulla sicurezza e sulla standardizzazione dei processi comunicativo-informativi che involga anche la **presentazione delle offerte e delle domande di partecipazione**. Ne deriva un quadro in seno al quale **l'utilizzo di mezzi elettronici costituisce la regola**, cui fanno eccezione casi specificamente disciplinati.

Rendere disponibili e gratuite le informazioni con modalità telematica può assicurare trasparenza e maggiore diffusione.

#### **Criticità**

Talora le imprese hanno difficoltà a reperire le informazioni e i documenti pubblicati attraverso gli strumenti elettronici. Serve un'azione di formazione e informazione e un investimento per omogenizzare gli strumenti informatici delle amministrazioni, anche ai fini di semplificare le condizioni di accesso delle imprese, soprattutto le più piccole.

**Articolo 54 - Inviti ai candidati**

- *Articolo 40 Direttiva 2004/18/ CE*
- *Allegato IX*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

**Analisi testo**

Nel confermare l'impostazione della precedente Direttiva, l'articolo al paragrafo 1, secondo comma, come elemento di novità precisa che *“Se come mezzo di indizione di gara è usato un avviso di preinformazione ai sensi dell'articolo 48, paragrafo 2, le amministrazioni aggiudicatrici invitano simultaneamente e per iscritto gli operatori economici che già hanno espresso interesse a confermare nuovamente interesse”*. L'allegato IX poi, differenzia i contenuti dell'invito fornendo indicazioni specifiche nel caso di gara indetta attraverso l'avviso di preinformazione.

**Articolo 55 Informazione dei candidati e degli offerenti**

- *Articolo 40 e Articolo 41 Direttiva 2004/18/ CE*
- *Considerando 82 Direttiva 2014/24/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

**Analisi testo**

Viene sottolineata l'importanza dell'informazione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici rispetto alle decisioni prese nell'ambito di una procedura di appalto (compresa la decisione di non aggiudicare l'appalto o non concludere l'accordo quadro). Questo alla luce dei principi di pubblicità e trasparenza. Viene citato il riferimento alla Direttiva 89/665 CEE del Consiglio che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso.

Secondo il Considerando 82, inoltre, le amministrazioni dovrebbero fornire una relazione particolareggiata riguardo alle decisioni prese, e nel caso in cui ciò non avvenisse, i candidati e gli offerenti dovrebbero essere autorizzati a richiedere informazioni più particolareggiate rispetto a tali motivi.

Questo viene dettagliato nell'ultimo paragrafo dell'articolo 55, nel quale si dice che le amministrazioni aggiudicatrici, dovrebbero essere obbligate a fornire spiegazioni dettagliate di tali motivi tranne quando ostano gravi motivi, fatta salva l'esistenza di interessi contrari: ossia quando la diffusione di talune informazioni “ostacoli l'applicazione della legge o sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di un particolare operatore economico, pubblico o privato, oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra operatori economici”.

Inoltre, rispetto alla Direttiva 2004/18/CE, si segnalano questi elementi innovativi: viene indicato il termine, pari a 15 giorni, entro il quale le informazioni devono essere fornite e viene altresì prescritto di fornire, su richiesta del concorrente che abbia presentato un'offerta valida, informazioni relative allo svolgimento e all'andamento delle negoziazioni e del dialogo con gli offerenti.



**Articolo 56- Principi generali**

- Considerando 84 Direttiva 2014/24/UE
- Articolo 44, paragrafo 1, e 51 Direttiva 2004/18/CE
- Disposizione a recepimento obbligatorio, fatta eccezione per i paragrafi 2 e 3

L'articolo 56 fissa i principi generali alla base delle nuove regole di selezione dei partecipanti alle procedure di aggiudicazione, riproponendo l'impostazione della Direttiva 2004/18/CE, salvo il richiamo agli elementi innovativi introdotti dalla Direttiva 2014/24/UE.

Nella fattispecie, il paragrafo 1, primo comma, statuisce che gli appalti sono aggiudicati sulla base dei criteri stabiliti agli articoli 67 (relativo all'offerta economicamente più vantaggiosa), 68 (relativo al costo del ciclo di vita) e 69 (offerte anormalmente basse).

Gli appalti sono aggiudicati in base ai suindicati criteri purché l'offerta:

- risulti conforme ai requisiti, condizioni fissati nel bando di gara, tenuto conto di eventuali varianti presentate in sede di offerta ex art. 45;
- sia stata presentata da un concorrente nei cui confronti non sussistono le cause generali di esclusione di cui all'art. 57 e che sia in possesso dell'abilitazione professionale, dei requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/organizzativa di cui all'art. 58;
- soddisfi i criteri fissati dal bando in caso di applicazione dell'istituto della forcilla (art. 65).

Atteso che nell'articolo sono trattati istituti diversi tra loro, l'analisi dei suoi contenuti è stata sviluppata in relazione agli specifici argomenti trattati, di cui alle successive lettere a), b) e c).

**a) Obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro (art. 56, paragrafo 1, secondo comma)****Analisi testo**

Il comma 2 del paragrafo 1 attribuisce all'amministrazione aggiudicatrice la facoltà di non aggiudicare un appalto al concorrente che abbia presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, qualora accerti che l'offerta stessa non soddisfa gli obblighi di cui all'art. 18, par. 2 (violazione degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione europea, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi e dalle norme internazionali elencate nell'allegato X).

Tale causa di esclusione, stando al tenore letterale della disposizione, sembra operare successivamente all'esame e valutazione delle offerte, pertanto potrebbe assumere rilevanza in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, secondo quanto dispone l'art. 69, che al par. 2, lett. d), richiama espressamente il rispetto degli obblighi di cui all'art. 18, par. 2 tra gli elementi di valutazione dell'anomalia (come peraltro si evince dal considerando 40).

In tal senso la fattispecie si distinguerebbe da quanto previsto dall'art. 57, par. 4, lett. a), che include la violazione degli obblighi in argomento nel novero delle cause di esclusione a recepimento facoltativo.

**Opportunità/criticità**

La norma nazionale di recepimento dovrebbe pertanto farsi carico di coordinare ed esplicitare la distinzione tra le due fattispecie considerate (quella delineata nell'articolo in commento e quella prevista dall'art. 57, paragrafo 4, lett. a), per tenere conto sul piano operativo dei diversi effetti e conseguenze che da esse possono derivare nella gestione della procedura di affidamento.

**b) Inversione delle fasi di verifica requisiti e di valutazione dell'offerta (art. 56, paragrafo 2)****Analisi testo**

Un aspetto innovativo di particolare interesse, di natura strettamente procedurale, è rinvenibile nel par. 2 laddove si stabilisce che, nelle sole procedure aperte, le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione.

Agli Stati membri è riconosciuta la facoltà di escludere o limitare, in sede di recepimento, l'uso della procedura configurata dal par. 2. Dalla formulazione letterale della disposizione, non si evince peraltro con chiarezza l'ambito della facoltà di recepimento, se cioè gli Stati membri possono escludere del tutto il ricorso a questo tipo di procedura o se tale facoltà può essere esercitata attraverso una limitazione ma non esclusione del suo utilizzo (come sembra potersi desumere dal testo in inglese della Direttiva).

Ciò precisato, nell'impostazione del legislatore comunitario l'inversione in argomento appare prospettabile esclusivamente nelle procedure aperte in linea con il principio sancito all'art. 59, par. 4, in forza del quale 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 medesima. Il contenuto di detto principio è difatti sviluppato nel considerando 84 in cui si precisa che tale facoltà potrebbe in particolare valere per le procedure in due fasi (procedure ristrette, procedure competitive con negoziazione, dialoghi competitivi e partenariati per l'innovazione) nelle quali le amministrazioni aggiudicatrici si avvalgono della possibilità di limitare il numero di candidati invitati a presentare un'offerta. In siffatte procedure bifasiche, l'obbligo di presentare i documenti complementari al momento della selezione dei candidati da invitare (come peraltro già previsto nel nostro ordinamento nazionale per i requisiti speciali dall'art 48, comma 1 bis del D.Lgs. 163/2006) 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, creando condizioni che potrebbero favorire la formazione di cartelli suscettibili di alterare la concorrenza.

Ne segue che l'inversione delle fasi di verifica dei requisiti e di valutazione delle offerte appare incompatibile con le procedure articolate in due fasi.

Ancorché la Direttiva faccia riferimento testualmente alla fase di "verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione", in considerazione del fatto che la prova preliminare di questi requisiti e criteri sarà fornita secondo lo schema proprio dell'autocertificazione, attraverso la presentazione del Documento di gara unico europeo (DGUE), l'inversione in parola dovrebbe riguardare non tanto l'attività di verifica sostanziale del possesso dei requisiti e del rispetto dei criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice, da porre in essere una volta individuata l'offerta economicamente più vantaggiosa, quanto piuttosto la verifica della documentazione amministrativa ed in particolare dei contenuti e della regolarità formale del citato DGUE.

La disposizione comunitaria, al fine di evitare possibili distorsioni della concorrenza, richiede alle amministrazioni che si avvalgono della facoltà di inversione delle fasi della procedura di gara di assicurare che l'attività di verifica si svolga in modo imparziale e trasparente, affinché nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente nei cui confronti sussista una causa di esclusione o che non soddisfi i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice.

**Opportunità/criticità**

L'inversione delle fasi in argomento presenta significativi vantaggi sia per le amministrazioni aggiudicatrici sia per gli operatori economici, in termini di risparmio di tempo e di oneri amministrativi.

In fase di recepimento di questa innovazione e dei suesposti principi di natura procedimentale, si segnala tuttavia l'esigenza di valutare le implicazioni che possono derivare dall'inversione delle fasi procedurali, sotto il profilo di una possibile alterazione della concorrenza e della trasparenza del confronto. Al fine di escludere le fattispecie a maggiore rischio di collusione, appare opportuno in fase di recepimento fornire indicazioni sulle condizioni in presenza delle quali si può ipotizzare il ricorso a questa facoltà.

### **Normativa nazionale/regionale**

In ambito nazionale, per vero, un tentativo di operare siffatta inversione si rinviene nella prima bozza del D.L. 24 giugno 2014, n. 90 *“Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari”*, ma la disposizione non è stata confermata nella versione definitiva del testo.

Nello specifico, riprendendo e sviluppando l'impostazione della disposizione comunitaria in esame, la bozza di decreto legge proponeva per le procedure aperte di operare l'accertamento dei requisiti generali e speciali limitatamente all'aggiudicatario (che deve essere letto come verifica del contenuto presente nella busta dei documenti amministrativi), all'esito dell'esame dell'offerta tecnica e di quella economica, salvo verifica nei confronti del secondo classificato in caso di esclusione del primo per carenza dei predetti requisiti. Senza entrare nel dettaglio della ipotesi normativa in questione, da rilevare come si prospettasse in tal caso la rideterminazione della soglia di anomalia.

La disposizione della Direttiva in commento, peraltro, ha già formato oggetto di recepimento da parte del legislatore della Provincia Autonoma di Bolzano (L.P. 26 settembre 2014, n. 8, art. 4), con norma di valenza generale che, discostandosi dalla Direttiva appalti, pare estenderne l'applicazione a tutte le tipologie di procedura di gara. Per giunta il legislatore provinciale, ha specificato che se le amministrazioni aggiudicatrici si avvalgono della facoltà di inversione delle fasi di gara, non si effettuano le verifiche a campione e che, ove necessario, si procede alla rideterminazione della soglia di anomalia.

### **c) Soccorso istruttorio (art. 56, paragrafo 3)**

#### **Analisi testo**

Il soccorso istruttorio è regolato nell'articolo 56 in commento (al par. 3), dedicato ai principi generali, diversamente dalla Direttiva 2004/18/CE che disciplinava l'istituto in un apposito articolo (art. 51, rubricato “Documenti e informazioni complementari”), sia pure in maniera piuttosto stringata.

Dalla formulazione della norma, questa potrebbe essere interpretata a recepimento facoltativo; ciò in considerazione del fatto che è data facoltà agli Stati membri di dettare disposizioni “contrarie” ossia preclusive della possibilità di richiedere integrazioni attraverso l'istituto del soccorso istruttorio.

Da un punto di vista sostanziale la nuova Direttiva si contraddistingue per ampliare il novero delle fattispecie “regolarizzabili”: se la precedente direttiva ammetteva esclusivamente la possibilità per gli operatori economici di “integrare” o “chiarire” i certificati e i documenti presentati, la Direttiva 2014/24/UE, consente altresì di “presentare” e “completare” le informazioni o la documentazione richiesta dall'amministrazione aggiudicatrice.

Secondo questa nuova impostazione, pertanto, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad attivare il soccorso istruttorio non solo in caso di documentazione o informazioni incomplete o non corrette, ma altresì in caso di mancanza di documenti specifici.

La disposizione comunitaria prevede peraltro che l'integrazione debba essere effettuata entro un termine adeguato e che la richiesta debba essere effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e di trasparenza.

### **Opportunità/criticità**

L'ampliamento dell'ambito oggettivo di applicazione del soccorso istruttorio si pone nell'ottica di privilegiare, al fine di favorire la massima partecipazione alle gare, gli aspetti sostanziali rispetto agli adempimenti di natura strettamente formale.

Per altro verso, il recepimento della novellata disciplina comunitaria offre l'opportunità di puntualizzare i limiti del soccorso istruttorio allo scopo di conformare l'assetto normativo al concreto rispetto dei succitati principi comunitari di non discriminazione e di parità di trattamento dei concorrenti, come illustrato nel proseguo.

### **Normativa nazionale**

Come noto, la nostra giurisprudenza amministrativa aveva enucleato principi e criteri consolidati in materia, divenuti un utile riferimento per la corretta applicazione del soccorso istruttorio di cui all'art. 46 del D.Lgs. 163/2006 da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, con particolare riguardo all'esigenza di evitare che l'applicazione distorta dell'istituto potesse tradursi in una disapplicazione delle regole dettate dalla *lex specialis*, in una violazione della *par condicio* o comunque in una elusione del termine decadenziale di presentazione delle offerte (o delle candidature), oltre che in una violazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa.

Sulla originaria configurazione del soccorso istruttorio hanno tuttavia fortemente inciso dapprima l'introduzione del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare (D.L. 70/2011) e, più di recente, le modifiche apportate al Codice dei contratti dall'art 39 del D.L. 90/2014 che, ribaltando la precedente impostazione di ammettere esclusivamente "integrazioni documentali", in linea con la nuova Direttiva sostanzialmente consente la sanabilità di qualsiasi carenza, omissione o irregolarità, laddove riconosce la facoltà di regolarizzazione in caso di "mancanza", incompletezza e ogni altra irregolarità "essenziali" degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive (art 38, comma 2 *bis* e art. 46 comma 1 *ter* D.Lgs 163/2006).

Rispetto alle regole nazionali appena citate, al di là di eventuali indirizzi interpretativi e chiarimenti da parte delle competenti Autorità nazionali, l'attività di recepimento, come detto, offre l'occasione per una riflessione che porti a delimitare con maggiore chiarezza l'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio, in primo luogo attraverso una puntuale identificazione delle fattispecie "essenziali" che possono formare oggetto di regolarizzazione e distinguendo conseguentemente già a livello normativo le cause di esclusione per carenze documentali/informative che comportano l'esclusione immediata da quelle irregolarità/carenze che conducono all'esclusione dalla gara solo dopo l'infruttuoso esperimento del novellato soccorso istruttorio, ferma restando l'inalterabilità del contenuto dell'offerta.

Inoltre, si ritiene necessario un approfondimento della compatibilità della disciplina nazionale con quella comunitaria, laddove si prevede l'applicazione di una sanzione pecuniaria a carico di tutti i concorrenti che abbiano dato causa alle carenze/irregolarità essenziali, sanabili attraverso l'istituto del soccorso istruttorio.

La Direttiva in esame, infatti, da un lato non distingue tra irregolarità essenziali e non essenziali, e, dall'altro lato non ricollega alle irregolarità in argomento l'irrogazione di alcuna sanzione. Al di là dell'aggravamento

degli oneri economici a carico degli operatori economici e delle difficoltà attuative derivanti dall'applicazione della sanzione pecuniaria introdotta dal legislatore nazionale, appare pertanto opportuno individuare un differente meccanismo per assicurare la parità di trattamento e la non discriminazione dei concorrenti in caso di ricorso all'istituto del soccorso istruttorio nella sua versione più estesa.

Per giunta, l'applicazione della sanzione potrebbe porsi in contrasto con il cosiddetto divieto di “goldplating” sancito a livello nazionale dall'art. 32, comma 1, lett. c), della legge 24 dicembre 2012, n. 234 “*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*”. Da tale principio, infatti, da cui non appare potersi prescindere in fase di recepimento delle Direttive, deriva sostanzialmente il divieto per gli Stati membri di introdurre regole che comportino **costi e oneri aggiuntivi** per le imprese ed i cittadini, maggiori rispetto a quelli già previsti dal legislatore comunitario.

#### **Articolo 57 - Motivi di esclusione**

- *Considerando 100, 101 e 102 direttiva 2014/24/UE;*
- *Articolo 45 direttiva 2004/18/CEE;*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio;*
- *Al fine di inquadrare meglio le cause di esclusioni, l'analisi dei suoi contenuti è stata sviluppata in tre sottoparagrafi in relazione agli specifici argomenti trattati, di cui alle successive lettere a), b) e c).*

L'articolo 57 della direttiva ridefinisce i motivi d'esclusione ampliandone il contenuto. L'ottica che ha guidato il legislatore è finalizzata a dissuadere gli operatori economici dal compiere comportamenti scorretti che inevitabilmente incidono poi sulla sua affidabilità, determinandone l' esclusione, ma a “salvare” operatori economici che, a prescindere dalla possibilità di ravvedimento mediante misure efficaci (*self-cleaning*), si sono resi colpevoli di meri errori formali o negligenze non dolose o lievi. L'articolo lascia agli Stati membri l'onere di specificare, con disposizione di legge, regolamentare o amministrativa, le condizioni di applicazione dello stesso.

#### **a) Cause di esclusione (articolo 57 paragrafo 1, 2, 3 e 5 comma 1)**

La norma prevede cause di esclusione a recepimento obbligatorio elencate al paragrafo 1 e 2 alle quali è consentito derogare in via eccezionale (paragrafo 3). Agli Stati membri è riconosciuta inoltre la facoltà di introdurre disposizioni normative che obbligano le Amministrazioni aggiudicatrici ad escludere l'operatore economico nelle situazioni di cui al paragrafo 2, comma 2.

#### **Analisi testo e comparazione con la Direttiva 2004/18/CE**

La direttiva 24/2014, come si desume dalla denominazione della rubrica dell'articolo 57 (criteri di selezione), si propone di definire i motivi di esclusione dandogli un connotato più squisitamente oggettivo rispetto alla direttiva 18/2004 che identificava le cause di esclusione dell'articolo 45 con le “situazioni personali del candidato o offerente”. La nuova disposizione, molto più articolata della precedente, prevede nuove cause di esclusione ed amplia il numero dei destinatari della stessa. In particolare le cause di esclusione obbligatoria comprendono due nuove fattispecie di reati: i reati terroristici (paragrafo 1 lettera d) e il lavoro minorile (paragrafo 1 lettera f). Aspetto, di non poca rilevanza, è l'estensione della verifica dei

requisiti a tutti i membri del Consiglio d'Amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'operatore o a persona con poteri di rappresentanza, decisione o controllo (l'articolo 45 della direttiva 18/2004 si riferiva alle persone giuridiche e/o fisiche, compresi, se del caso, i dirigenti o qualsiasi persona che esercita poteri di rappresentanza, di decisione, o di controllo). La Direttiva 24/2014 inoltre dispone l'obbligo d'esclusione anche in relazione alla violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali (la direttiva 18/2004 considerava questa causa di esclusione a recepimento facoltativo) e recepisce l'orientamento giurisprudenziale consolidato della Corte di Giustizia che sancisce l'esclusione solo in presenza di decisione giudiziaria o amministrativa che abbia effetto definitivo e vincolante. Tale disposizione peraltro, va letta in relazione al paragrafo 2 comma 2 (facoltà per gli Stati membri di introdurre altre fattispecie escludenti) e 3 commi 1 e 2 (facoltà per gli Stati membri di introdurre deroghe all'esclusione entro i limiti definiti dal paragrafo e dal considerando 100) che prevedono la "facoltà" degli Stati membri di introdurre delle deroghe. Il comma 3 del paragrafo 2 inoltre, sancisce espressamente che "qualora l'operatore ha pagato o si è impegnato a pagare (rateizzazione) non può essere escluso (giurisprudenza consolidata Corte di giustizia). Entrambe le direttive, hanno previsto la facoltà di deroga alle esclusioni obbligatorie per esigenze imperative d'interesse generale, ma la direttiva 24/2014 oltre a precisare "l'eccezionalità" della deroga ha aggiunto un'ulteriore specificazione indicando quali situazioni connesse ad un interesse generale la "salute pubblica" e "la tutela dell'ambiente". Il considerando numero 100, al fine fornire un orientamento agli Stati membri esemplifica la dizione astratta della norma con due esempi: 1) l'esigenza di procurarsi vaccini 2) l'esigenza di procurarsi attrezzature d'emergenza urgenti entrambi realizzabili solo con un operatore economico al quale altrimenti si applicano i motivi d'esclusione obbligatori. La direttiva 24/2014 introduce espressamente una nuova fattispecie di deroga, disciplinata al paragrafo 3 comma 2, che si profila nei casi in cui l'esclusione sarebbe chiaramente sproporzionata e specifica che, a tal fine, devono essere considerati i piccoli importi di imposte o contributi previdenziali non pagati o situazioni in cui l'operatore economico sia stato informato del preciso importo dell'imposta o contributo in un momento in cui non aveva la possibilità di provvedere (e cioè prima della scadenza del termine per richiedere la partecipazione, ovvero, in procedure aperte, del termine per la presentazione dell'offerta).

### **Comparazione del testo con la normativa nazionale**

Molti degli aspetti disciplinati dalla direttiva, come già evidenziato, sono già presenti nel nostro ordinamento giuridico, talvolta più rigido della stessa (Il Codice dispone l'esclusione anche per sentenze di condanna per reati gravi in danno dello Stato o della comunità che incidono sulla moralità professionale, per violazione del divieto di intestazione fiduciaria, per violazione delle norma in materia di sicurezza) sia con previsioni normative (vedi ad es. l'articolo 186 bis della legge fallimentare che disciplina il concordato con continuità aziendale anche se la direttiva sembra lasciar spazio a disposizioni più ampie), con indirizzi giurisprudenziali o con indicazioni interpretative di carattere generale che hanno già recepito la giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia dell'unione Europea che la Direttiva n. 24/2014 ha assorbito nel suo "*corpus*" normativo (determinazioni A.N.A.C n.1 del 12 gennaio 2010: Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006 n.163 nonché per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi, n.1 del 16 maggio 2012: indicazioni applicative sui requisiti di ordine generale per l'affidamento dei contratti pubblici, nonché da ultima la determinazione n.2 del 02 settembre 2014 che in sede interpretativa ha dato una lettura dell'articolo 38 comma 1 lett. b) in relazione al Codice anti-mafia). Difficile invece inquadrare nel nostro ordinamento le specifiche fattispecie di deroga indicate al paragrafo 3 dell'art. 57 ed esemplificate con due esempi al considerando 100. Vi sono per esempio misure, quali quelle contemplate dall'art.67 del D.lgs. 159/2011 per le quali una deroga, ancorché circostanziata, configurerebbe il reato di cui all'art.74 del medesimo decreto (reati del pubblico ufficiale). Il recepimento delle Direttive offre l'opportunità per fare chiarezza sui rapporti tra cause di esclusione dalle gare stabilite dalla normativa sugli appalti e i divieti e le ulteriori preclusioni

stabiliti dall'art. 67 del Codice antimafia. Ferma restando la disciplina speciale riguardante i procedimenti pendenti di cui all'art. 38, comma 1, lett. b), e ferma restando la disciplina della documentazione antimafia relativa alla stipulazione del contratto, atteso che l'art. 67 si rivolge alle misure irrogate alle persone fisiche, risulta in primo luogo necessario individuare, in caso di operatori economici diversi dalle imprese individuali, i soggetti da verificare nell'ambito della struttura organizzativa, in analogia alle lettere b) e c). Potrebbe inoltre al riguardo prevedersi la verifica dell'autodichiarazione relativa all'assenza delle cause ostative di cui all'art. 67 del Codice antimafia mediante acquisizione della comunicazione antimafia, già ai fini dell'aggiudicazione e a prescindere dall'importo del contratto. Ad oggi, infatti detta verifica risulta gravosa in quanto i certificati a comprova dei requisiti vanno richiesti alla Prefettura e anche alla Procura competente per quanto riguarda le condanne di cui al comma 8 dell'art. 67, mentre per la comunicazione antimafia è sufficiente rivolgersi alla Prefettura competente che sovente limitano al rilascio delle certificazioni per gli importi superiori ai 150.000€, mentre l'articolo non distingue per soglie di importo.

Altro aspetto da analizzare è il secondo comma del paragrafo 3 che attribuisce agli Stati membri la possibilità di prevedere deroghe all'esclusione obbligatoria nei casi in cui la stessa sarebbe "chiaramente sproporzionata" specificando che nell'eccezione rientrano i pagamenti di piccoli importi di imposte o contributi previdenziali già regolato alle lettere g) ed i) dell'art. 38 e le situazioni che si possono verificare "qualora l'operatore economico sia stato informato del preciso importo dell'imposta o contributo in un momento in cui non aveva la possibilità di prendere provvedimenti in merito e cioè prima della scadenza del termine per richiedere la partecipazione, ovvero, in procedure aperte, del termine per la presentazione dell'offerta". In tale fattispecie, potrebbe rientrare la disposizione dell'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013, n.69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013 n. 98, che disciplina il preavviso di accertamento negativo: l'articolo dispone infatti che, in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio del DURC gli enti devono invitare l'interessato a regolarizzare la sua posizione entro un termine non superiore a 15 giorni. L'ipotesi, se estesa, come prospettato da parte della giurisprudenza, anche alla verifica delle autodichiarazioni, potrebbe attagliarsi alla facoltà di deroga prevista al paragrafo 3 dell'articolo 57. Attualmente però, in assenza di un orientamento giurisprudenziale uniforme ed in attesa di nuove modalità procedurali che potranno essere adottate a seguito dell'emanazione del decreto previsto dall'art. 4 del d. l. n. 34 del 20 marzo 2014 convertito dalla legge 16 maggio 2014, n. 78, in fase di definizione, l'Inps con circolare del 02.09.2014 ha precisato che non intende adeguarsi all'indirizzo espresso recentemente dal Tar Veneto (sentenza n.417/2014) ed indicato da parte della giurisprudenza.

Si rileva inoltre, che l'accento sul "rapporto fiduciario" attorno al quale ruota la direttiva è già stato oggetto di attenzione da parte del legislatore nazionale poiché la clausola di esclusione di cui alla lettera c) in relazione ad una condanna per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale e alla lettera f) in relazione alla "grave negligenza e malafede" si pongono già l'obiettivo di salvaguardare l'elemento fiduciario che deve essere necessariamente presente nei confronti dell'impresa (determina Anac n.1 del 12 gennaio 2010).

#### **b) cause di esclusione (articolo 57 paragrafo 4 e 5 comma 2)**

***Recepimento obbligatorio: Le cause di esclusione facoltative elencate al paragrafo 4 possono essere soltanto quelle indicate nella direttiva.***

Agli Stati membri è riconosciuta inoltre la facoltà di introdurre disposizioni normative che obbligano le Amministrazioni aggiudicatrici ad escludere l'operatore economico nelle situazioni elencate al paragrafo 4 (par. 4 comma 1 e par. 5 comma 2)

#### **Analisi testo e comparazione con la Direttiva 2004/18/CE**

Le cause di esclusione facoltativa elencate nella direttiva 24/2014 ripropongono in parte le cause di esclusione dell'articolo 45 della direttiva 18/2004 introducendo alcune deroghe (ultimo capoverso paragrafo 4) e specificazioni (v. di ad es. lettera h) e prevedono nuove ipotesi di esclusione.

Le nuove ipotesi di esclusione facoltative sono le seguenti :

- lettera a) paragrafo 4: "ove l'amministrazione aggiudicatrice possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la violazione degli obblighi applicabili di cui all'art.18, paragrafo 2". Ancora una volta, la direttiva si propone di tutelare il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro che costituiscono uno dei pilastri della Direttiva. Il considerando 101, specifica che, negli obblighi sono comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità.

- lettera e) paragrafo 4: "se un conflitto di interessi ai sensi dell'articolo 24 non può essere risolto efficacemente con altre misure meno interdittive. La disposizione va letta in armonia con l'articolo 24 che conferisce agli Stati membri l'obbligo di adottare misure adeguate per prevenire, individuare e porre rimedio in modo efficace a conflitti d'interessi.

- lettera f) paragrafo 4: "se una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'articolo 41 non può essere risolta con altre misure meno intrusive". La disposizione va letta in armonia con gli articoli 40 e 41 che disciplinano la procedura di consultazione preliminare di mercato.

- lettera i) paragrafo 4: "se l'operatore economico ha tentato di influenzare indebitamente il procedimento decisionale dell'amministrazione aggiudicatrice, ha tentato di ottenere informazioni confidenziali che possono conferirgli vantaggi indebiti rispetto alla procedura di aggiudicazione dell'appalto, oppure ha fornito per negligenza informazioni fuorvianti che possono avere un'influenza notevole sulle decisioni riguardanti l'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione." Tale ipotesi è da considerarsi come patologia grave ascrivibile a specifica ipotesi delittuosa.

### **Comparazione del testo con la normativa nazionale**

Per quanto riguarda in generale le cause di esclusione facoltative si può ritenere che la maggior parte di esse siano già presenti nel nostro ordinamento giuridico. La lettera b) e l'ulteriore disposizione di tutela dell'ultima parte del paragrafo 4 è già disciplinata dall'art. 38 lettera a), le lettere c) e g) dell'articolo 57 paragrafo 4 sono già disciplinate alla lettera f) dell'articolo 38 anche se la direttiva comunitaria utilizzando la dicitura "gravi illeciti professionali" anziché "grave negligenza o malafede" nell'esecuzione e "errore grave" nell'esercizio dell'attività professionale sembra avere un contenuto più ampio. Altra differenza, di minor rilievo, anche se la distinzione è meramente letterale ed è stata superata dalle indicazioni interpretative della norma (Determinazione Anac n.1 del 12 gennaio 2010), è il riferimento della Direttiva ad un precedente contratto d'appalto con "un'ente aggiudicatore" mentre il codice appalti sembra riferirsi alle mere prestazioni affidate dalla stessa stazione appaltante che bandisce la gara. Anche la lettera d) con riferimento agli "accordi intesi a falsare la concorrenza" potrebbe ritenersi già assorbita nella lettera m-quater dell'art. 38, mentre la lettera h) può ritenersi assorbita dall'art. 38 comma 1-ter.

E' opportuno rilevare che il considerando 101 della direttiva, offrendo anche qualche esempio (violazione di obblighi ambientali o sociali comprese le norme in materia di accessibilità per le persone disabili o altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come la violazione di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale nonché la violazione del pagamento di imposte o tasse che nel nostro ordinamento, se definitivamente accertate, si configurano come cause di esclusione ) dà delle indicazioni orientative sul concetto di "affidabilità" evidenziando che una grave violazione dei doveri professionali può



mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e renderlo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione indipendentemente dalla sua capacità tecnica ed economica.

Le Amministrazioni, come precisato nel considerando, dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità nell'applicare i motivi di esclusione facoltativi: lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione solo in circostanze eccezionali ma ripetute irregolarità, anche se lievi, potrebbero giustificarne l'esclusione. Alcune soglie di esenzione, per esempio, sono già state introdotte nel nostro ordinamento in relazione alle lettere g) ed i) dell'art.38 (sono state fissate alcune soglie rispettivamente di 10.000.00 euro per le violazioni fiscali e 5% o 100 euro per le irregolarità del Durc) mentre l'aspetto relativo alla reiterazione dell'irregolarità è un principio generale che potrebbe essere codificato in sede di recepimento.

E' necessario dedicare un'analisi a parte per le previsioni di cui al paragrafo 4 lettera a), e), f) e i), che introducono nuove ipotesi di esclusione facoltativa rispetto alla direttiva 18/2004. Le cause di esclusione ascrivibili alla lettera a) che si riferiscono al rispetto degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro, dovranno essere attentamente valutate in sede di recepimento, poiché potrebbero avere un impatto rilevante sull'ordinamento, ne è un esempio, il riferimento della norma ai contratti collettivi nazionali (ogni possibile contratto collettivo o solo quelli edili? v. di a tal proposito il bando-tipo per lavori d'importo superiore a € 150.000 euro), la cui disapplicazione assurgerebbe a causa di esclusione (disposizione da valutare, soprattutto in relazione ai servizi, alla luce della recente sentenza della Corte di Giustizia Europea del 18 settembre 2014 causa C-549/13 che stabilisce che esigere il pagamento di un salario minimo da parte di un'Impresa che svolge la sua attività in un altro Stato, che non ha alcun rapporto con il costo della vita dello Stato membro, è incompatibile con la libera prestazione di servizi). Ove il legislatore nazionale propendesse per il recepimento delle stesse, si ravvisa la necessità di renderle sufficientemente circostanziate sia al fine di ridurre possibili motivi di contenzioso sia al fine di evitare una duplicazione di previsioni. Alcune fattispecie potrebbero già configurarsi come reato ed essere già ascrivibili alla lettera c) dell'art.38 (per es. reati in materia ambientale) o configurarsi tra le ipotesi di cui alla lettera f) dell'art.38 (quando il danno ambientale potrebbe essere ascrivibile ad errore professionale o negligenza/malafede) od i) nel caso di violazione dei diritti delle persone con disabilità. Anche le cause di esclusione di cui alle lettere e) ed f), dovrebbero essere definite individuando quali misure "meno intrusive" potrebbero risolvere il conflitto d'interesse o la distorsione della concorrenza derivante dal coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura di gara (art.41). La potenziale situazione di conflitto d'interessi o di distorsione della concorrenza inoltre devono poter essere sempre verificate in concreto in relazione agli effetti che le stesse producono sulla trasparenza ed imparzialità della gara. Nel primo caso, un esempio concreto potrebbe essere la sostituzione del componente della commissione di gara prima dell'apertura delle offerte tecniche, nel secondo caso è più difficile fare una valutazione poiché lo stesso articolo 41 attribuisce ai candidati l'onere di provare che la partecipazione dell'operatore alla preparazione della procedura non ha falsato la concorrenza (es. l'operatore ha reso edotti tutti i partecipanti, anche mediante ostensione, di tutte le informazioni in suo possesso). Il nostro ordinamento ha già individuato alcune fattispecie normative del Codice appalti finalizzate a prevenire il conflitto d'interessi quali ad es. art. 84 comma 4, 90 comma 8 recentemente modificato ed integrato dall' art. 20 della legge 30 ottobre 2014, n. 161 (Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013-bis. ) e 141 comma 5 mentre la legge 190/2012, in una così detta "ottica preventiva" dell'anticorruzione ha introdotto in modo esplicito il termine "conflitto d'interessi" esprimendolo in legge. Le cause di esclusione di cui alla lettera i) invece configurando già nel nostro ordinamento specifiche ipotesi delittuose (artt. 353 c.p. turbata libertà degli incanti e 353 -bis turbata libertà di scelta del contraente) potrebbero già configurarsi come reato in forza della lettera c) comma 1 art.38. Si ricorda inoltre che l'art. 32 del D.l. n.90/2014 convertito in legge n.114/2014 detta misure straordinarie di prevenzione della corruzione nel caso di indagini pendenti per l'accertamento di vari reati (tra i quali ricorrono anche la turbativa delle

procedure di evidenza pubblica) ed altre situazioni sintomatiche di condotte illecite nei confronti di un'impresa aggiudicataria.

### **Opportunità/criticità**

Il recepimento delle Direttive offre l'opportunità per fare una ricognizione di tutte le ipotesi escludenti disciplinate dall'art.38 al fine di armonizzarle anche con i nuovi indirizzi normativi (art. 39 D.l. 90/2014 conv. in legge 114/2014 che modifica l'art.38), con le altre disposizioni contenute in norme extra-vaganti rispetto al Codice appalti (applicazione estensiva dell'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013, n.69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, che disciplina il preavviso di accertamento negativo, art.32 del D.l. 90/2014 conv. in legge 114/2014) ed in particolar modo con il Codice anti-mafia. È necessario valutare l'opportunità di mantenere nell'elencazione ipotesi escludenti per le quali non è possibile verificare la veridicità della dichiarazione, quali ad esempio la fattispecie di cui all'articolo 38 comma 1 lett. d) (divieto di intestazione fiduciaria). Sarebbe opportuno infine, considerato che la maggior parte del contenzioso amministrativo ruota attorno all'art. 38, dettagliare ulteriormente alcune ipotesi escludenti quali ad es. l'aspetto relativo ai reati che incidono sulla moralità professionale, profilo che lascia ampio margine discrezionale alle stazioni appaltanti e normare nel dettaglio, in armonia con i principi generali dell'ordinamento (es. la reiterazione dell'irregolarità anche se lieve potrebbe giustificare l'esclusione) e con gli indirizzi di orientamento contenuti nei *considerando*, le singole fattispecie di esclusione dettate dalla direttiva, talvolta indicate in termini generici, al fine di garantire la certezza del diritto.

**MPMI:** il recepimento della direttiva offre l'opportunità di disciplinare le cause di esclusione dissipando i numerosi dubbi interpretativi che hanno maggiormente penalizzato le MPMI.

### **c) misure idonee a dimostrare l'affidabilità (paragrafo 6 e 7)**

La definizione delle modalità e degli strumenti che la stazione appaltante/altra Autorità può utilizzare per la verifica sono rimessi alla disciplina nazionale (il considerando 102 così recita: "Occorre lasciare agli Stati membri la facoltà di determinare le esatte condizioni sostanziali e procedurali applicabili").

Spetta altresì allo Stato membro, determinare ("se non è stato già fissato con sentenza definitiva") il periodo massimo di esclusione dalla gara nel caso in cui l'operatore non abbia adottato nessuna misura per dimostrare la sua affidabilità, pur nei limiti di cui al paragrafo 7 (non più di cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva e non più di tre anni dalla data del fatto sempreché il periodo di esclusione non sia già stato fissato con sentenza definitiva).

### **Analisi testo e comparazione con la normativa nazionale**

Il "self-cleaning" è una disposizione nuova che consente all'operatore economico di dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. L'articolo così formulato sembrerebbe avere un'applicazione piuttosto ampia poiché l'operatore può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti, senza alcun vincolo in relazione all'arco temporale di riferimento. Una lettura in tal senso, supportata anche dal considerando 102, permetterebbe all'operatore di dimostrare la sua affidabilità non solo mediante l'adozione di misure "ex ante" (misure organizzative preventive) ma anche di adottare comportamenti capaci di rimediare "ex post" alle conseguenze del reato o violazione.

E' necessario precisare che tale opportunità non è comunque utilizzabile quando l'operatore è escluso dalla partecipazione alla procedura d'appalto con sentenza definitiva nel periodo in cui gli effetti della sentenza si producono.

Il paragrafo 6 dell'art.57 individua situazioni concrete attraverso le quali l'operatore dimostra la propria affidabilità:

- a) aver risarcito o essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito;
- b) aver chiarito fatti e circostanze in modo globale collaborando attivamente con le Autorità investigative,
- c) aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori illeciti.

Spetta comunque all'Amministrazione valutare se le misure adottate sono sufficienti tenuto conto della gravità e delle particolari circostanze del reato o dell'illecito. Nel caso in cui le misure siano ritenute insufficienti l'amministrazione deve motivare tale decisione all'operatore economico.

Si segnala che la disposizione di cui all'art. 38 comma 1 lettera c) ult. capov. che consente all'Impresa di non essere esclusa qualora dimostri che "vi è stata completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penale sanzionata" potrebbe rientrare nel novero delle misure di cui al paragrafo 6 dell'art.57.

Si ritiene che il nostro ordinamento a seguito delle numerose modifiche operate nel corso degli anni al codice degli appalti, in particolare all'art. 46 e 38 (vedi da l'ultimo l'art.39 del decreto legge n 90 del 2014 convertito con modifiche nella legge 114 del 2014) e tenuto conto dell'evoluzione giurisprudenziale (v.di da ultimo l'Adunanza Plenaria n 16 del 2014) sia già orientato verso una de-quotazione dei vizi formali e una visione sostanzialistica dell'esame dei requisiti delle offerte in sede di gara.

### **Opportunità/criticità**

La possibilità di porre rimedio alle conseguenze di reati o violazioni mediante misure idonee a dimostrare "l'affidabilità" dell'operatore (self-cleaning) è una disposizione che deve trovare una sua collocazione anche nel nostro ordinamento. Qualora le misure apprestate offrano garanzie sufficienti l'operatore non deve essere escluso dalla procedura di gara. Le modalità di recepimento del self-cleaning devono essere valutate attentamente e sarà opportuno, tenuto conto che la norma non specifica l'arco temporale entro il quale le misure devono essere adottate, precisarlo. Il considerando 102, come sopra evidenziato, lascia ampi margini di discrezionalità agli Stati membri ai quali riconosce la facoltà di determinare le esatte condizioni sostanziali e procedurali applicabili. Le misure atte a garantire l'osservanza degli obblighi volte a porre rimedio alle conseguenze di reati o violazioni e a impedire efficacemente che tali comportamenti scorretti si verifichino di nuovo, dei quali il considerando 102 porta alcuni esempi (misure riguardanti il personale e l'organizzazione, quali la rottura di rapporti con le persone o con le organizzazioni coinvolte nel comportamento scorretto, misure adeguate per la riorganizzazione del personale, nell'attuazione di sistemi di rendicontazione e controllo, nella creazione di struttura di audit interno per verificare la conformità e nell'adozione di norme interne di responsabilità e di recepimento) già in parte oggetto di disposizioni normative nazionali (D.lgs. n.231/2001) devono essere disciplinati con attenzione al fine di evitare il contenzioso che potrebbe ingenerarsi in conseguenza di una libertà di valutazione eccessivamente ampia attribuita alle Amministrazioni. A tal proposito, come prevede il considerando 102 della direttiva, gli Stati membri dovrebbero altresì decidere se attribuire le pertinenti valutazioni all'amministrazione aggiudicatrice od ad altra Autorità all'uopo destinata.

Altro aspetto da valutare attentamente è quello relativo alla durata temporale del periodo d'esclusione che deve recepito tenendo conto delle ipotesi delittuose previste dal codice penale.

**Tabella di raffronto cause di esclusione articolo 38 del D.lgs. 163/2006 e art.57 della Direttiva 24/2014**

D. Lgs. 163/2006	Direttiva 24/2014	Collocazione disposizione nell'articolo
Art. 38 comma 1 lettera a)	Art. 57 paragrafo 4 lettera b) e comma 2 paragrafo 4	Cause di esclusione facoltativa
Art. 38 comma 1 lettera b) disposizioni antimafia	Considerando 41 (Salvaguardia dei principi di ordine pubblico)	
Art. 38 comma 1 lettera c)	Art.57 comma 1 <i>Nuove fattispecie:</i> <i>d) reati terroristici</i> <i>f) lavoro minorile</i>	Cause di esclusioni obbligatorie <i>Verifica su tutti i membri del C.D.A di direzione o vigilanza dell'operatore o persona con poteri di rappresentanza, decisione o controllo</i>
Art. 38 comma 1 lettera d) divieto di intestazione fiduciaria	Considerando 41 (Salvaguardia dei principi di ordine pubblico)	Deroga a causa di esclusione obbligatorie per esigenze d'interesse generale o cause di esclusione facoltativa ?
Art. 38 comma 1 lettera e) gravi infrazioni in materia di sicurezza e obbligo derivante dal rapporto di lavoro	Considerando 41 (Principi di salute e sicurezza) Art. 57 paragrafo 4 lettera a)	
Art. 38 comma 1 lettera f) <ul style="list-style-type: none"> <li>grave negligenza o malafede</li> <li>errore grave nell'esercizio dell'attività professionale</li> </ul>	Art. 57 paragrafo 4 lettere: <i>c) gravi illeciti professionali</i> <i>d) significative o persistenti carenze nell'esecuzione</i>	Cause di esclusione facoltative
Art. 38 comma 1 lettera g) violazioni imposte e tasse	Art.57 paragrafo 2 comma 1	Cause di esclusione obbligatoria
Art. 38 comma 2	Art. 57 paragrafo 3 comma 2	Deroga a cause di esclusione obbligatorie deroghe per piccoli importi
Art. 38 comma 1 lettera h) iscrizione nel casellario informatico per falsa dichiarazione o falsa documentazione	Art. 57 paragrafo 4 lettera h)	Cause di esclusione facoltative
Art. 38 comma 1 lettera i) violazioni previdenziali ed assistenziali	Art.57 paragrafo 2 comma 1	Cause di esclusione obbligatorio Disposizione ulteriore al par. 2 comma 2 in facoltà dell'Amministrazione se non obbligata dallo Stato membro
Art.38 comma 2	Art.57 paragrafo 3 comma 2	Deroga cause di esclusione obbligatorie per piccoli importi
Art. 38 comma 1 lettera l) certificazione disabili	Art. 57 paragrafo 4 lettera a)	Cause di esclusione facoltative
Art. 38 comma 1 lettera m) sanzioni interdittive	Considerando 41 (Principi di ordine pubblico)	Deroga a causa di esclusione obbligatorie o cause di esclusione facoltativa
Art. 38 comma 1 lettera m-bis)	Art. 57 paragrafo 4 lettera h)	Causa di esclusione facoltativa
Art. 38 comma 1 lettera m-ter)	Considerando 41 (Principi di ordine pubblico)	Deroga a cause di esclusioni obbligatorie o cause di esclusione facoltativa
Art. 38 comma 1 lettera m-quater)	Art. 57 paragrafo 4 lettera d)	Causa di esclusione facoltativa
Art.38 comma 1-ter	Art. 58 paragrafo 4 lettera h)	Causa di esclusione facoltativa

**Nuove ipotesi di esclusione facoltativa art.57 paragrafo 4:**

<b>Lettera a) violazione degli obblighi di cui all'art.18 (in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, nazionale, contratti collettivi e disposizioni internazionali)</b>	Potrebbero configurarsi già come ipotesi di reato di cui alla lettera c) reati in materia ambientale, lettera f) danno ambientale ascrivibile ad errore professionale o lettera l) diritti delle persone con disabilità
<b>Lettera e) conflitto d'interesse</b>	Alcune fattispecie già individuate nel Codice (art.84, 90 e 141) e legge 190/2012
<b>Lettera f) distorsione della concorrenza derivante dall'utilizzo delle consultazioni preliminari di mercato artt. 40 e 41</b>	Le disposizioni richiamate si riferiscono alle nuove norme proposte dagli artt. 40 e 41 della Direttiva 2014/24/UE
<b>Lettera i) tentativo di influenzare indebitamente il procedimento decisione dell'Amministrazione</b>	specifiche ipotesi delittuose che già si configurano come reato in forza della lettera c) art.38

**Articolo 58 - Criteri di selezione**

- considerando 83 della Direttiva 2014/24/UE
- articoli 46, 47 e 48 Direttiva 2004/18/CEE
- Disposizione a recepimento obbligatorio

La determinazione dei criteri di selezione è un aspetto molto delicato perché trascende la mera delimitazione dei potenziali partecipanti e diviene espressione della discrezionalità con la quale le Amministrazioni, nella cornice dei limiti fissati dal legislatore, definiscono i requisiti in base ai quali accertare la capacità economica e finanziaria degli operatori. L'art.58 della direttiva, non si limita a imporre il novero dei requisiti di selezione all'interno dei quali l'Amministrazione può scegliere ma introduce criteri di riferimento più stringenti finalizzati ad arginare la discrezionalità delle Amministrazioni.

**Recepimento obbligatorio:** i criteri di selezione da recepire nella norma nazionale, possono essere soltanto quelli indicati nella direttiva ma devono essere definiti in base ad una valutazione di attinenza e proporzionalità rispetto all'oggetto dell'appalto.

**Analisi testo e comparazione con la Direttiva 2004/18/CE**

E' necessario premettere che la nuova direttiva confluisce in un solo articolo alcune disposizioni contenute agli artt. 44,46, 47 e 48 della direttiva 18/2004 mentre altre sono state inserite in altri articoli (vedi artt. 62 e 63 della direttiva 24/2014).

Principio generale fissato dalla direttiva all'art. 58 è che tutti i requisiti di partecipazione, sia tecnici che economici debbano essere attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto. Tale principio trova attuazione anche per gli appalti divisi in lotti. La direttiva 18/2004 evidenziava già questo principio nelle disposizioni di cui al par. 2 dell'art. 44 utilizzando la seguente dicitura : "connessi e proporzionati".

Per quanto riguarda i certificati o le abilitazioni all'esercizio dell'attività professionale non si rilevano grandi differenze rispetto all'art. 46 (scompare il riferimento alla dichiarazione giurata) salvo che l'allegato XI della direttiva 24/2014 rispetto agli allegati della direttiva 18/2014 ricomprende in elenco anche "l'albo nazionale dei gestori ambientali".

Per quanto riguarda i requisiti di capacità economica e finanziaria, la nuova direttiva, a differenza dell' art. 47 della direttiva 18/2004 che si limitava ad un elenco tipizzato, introduce ulteriori specificazioni, quali il limite al fatturato. La direttiva 24/2014 al par. 3 comma 1 infatti, prescrive che il fatturato minimo annuo dell' operatore non possa superare il doppio del valore stimato dell'appalto, salvo circostanze debitamente motivate relative a rischi specifici connessi alla natura dei lavori, servizi e forniture, precisate nei documenti di gara. Tale previsione, finalizzata ad una maggior tutela delle p.m.i. si applica anche agli appalti divisi in lotti anche se l'amministrazione può fissare il fatturato minimo annuo con riferimento a gruppi di lotti nel caso in cui all'aggiudicatario siano aggiudicati più lotti da eseguirsi contemporaneamente. Ulteriori specifiche in relazione al fatturato minimo sono introdotte per gli accordi quadro e i sistemi dinamici di acquisizione. L' art. 58 della direttiva 24/2014 introduce la possibilità di utilizzare un requisito nuovo quale *"informazioni sui rapporti tra attività e passività nei conti annuali"* ovvero l'indice di *"indipendenza finanziaria"* attribuendo così ampi margini di discrezionalità valutativi alle amministrazioni aggiudicatrici temperata dal fatto che la stessa deve specificare negli atti di gara i metodi e i criteri valutativi adottati che devono trasparenti, oggettivi e non discriminatori. Altro aspetto che viene riproposto e in parte corretto è la possibilità di esigere un livello adeguato (precedentemente era sufficiente una comprovata copertura assicurativa) di copertura assicurativa contro i rischi professionali. Diversa è l'impostazione dell'art.58 anche in relazione all'aspetto relativo alla capacità tecnica. L'articolo 58 a differenza dell'articolo 48 non fa un elenco tipizzato delle referenze atte a dimostrare la capacità tecnica professionale ma si limita a definire dei principi generali molto ampi (quali *"le amministrazioni possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessaria per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità"*) scendendo talvolta nel dettaglio (*"le amministrazioni possono esigere che gli operatori dispongano di un livello d'esperienza comprovato da opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza.."* o *"per forniture che necessitano di lavori di posa in opera o di installazioni, servizi o lavori .....la capacità professionale può essere valutata con riferimento alla loro competenza, efficienza, esperienza e affidabilità"*) rinviando altresì la tipizzazione delle fattispecie all'allegato XII (richiamato dall'art.60 par. 3). Altro aspetto rilevante che ricorre anche in altri articoli della direttiva (art.24, art.57) è il *"conflitto d'interessi"*: se si accerta una situazione di conflitto d'interessi che, a parere dell'Amministrazione, può influire negativamente sull'esecuzione del contratto, l'operatore economico può essere ritenuto privo delle capacità professionali richieste.

### **Comparazione del testo con la normativa nazionale**

Se l'obiettivo della direttiva è tutelare le M.P.M.I. anche attraverso la configurazione dei requisiti speciali è necessario evidenziare che già l'art.2 del D.lgs. n.163/2006, che detta disposizioni di principio, al comma 2 precisa quanto segue: *"i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese"*. Fatte queste premesse, appare chiaro, che il nostro legislatore è stato antesignano rispetto a quelli che sono i principi cardine d'indirizzo della direttiva.

La normativa nazionale per alcuni aspetti è già in linea con quanto stabilito dalla Direttiva. L'articolo 41 comma 2 del D.lgs. 163/2006 come recentemente modificato (dall'art. 1, comma 2-bis, lett. b) del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 convertito con legge 7 agosto 2012, n. 135) dispone che *"sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale"* inoltre la giurisprudenza nazionale più recente e gli stessi orientamenti interpretativi Anac avevano già recepito, il principio ancora non scritto, che un fatturato proporzionato non può essere superiore al doppio del valore stimato dall'appalto (misura recentemente individuata come proporzionata nel bando-tipo Anac del 02.09.2014).

Altro aspetto da considerare è chiarire quando la situazione di conflitto d'interessi può influire negativamente sull'esecuzione dell'appalto pregiudicando così la capacità professionale dell'operatore economico, considerando che l'articolo 57 la annovera tra le cause di esclusione a recepimento facoltativo.

Si evidenzia peraltro che, la comprovata copertura assicurativa contro i rischi professionali, nel nostro ordinamento non è un requisito di capacità economica finanziaria disciplinato in generale dall'art. 42. Il legislatore nazionale, in sede di recepimento della direttiva 18/2004 infatti, ha ritenuto opportuno dettare una specifica disciplina delle garanzie solo per gli affidamenti di incarichi tecnici al fine di tutelare la stazione appaltante dai rischi derivanti dallo svolgimento dell'attività professionale.

### **Opportunità/criticità**

Ai fini del recepimento dell'articolo 58 della direttiva sarà questa l'occasione per valutare se mantenere la distinzione tra lavori da un lato e servizi e forniture dall'altro per i quali ultimi, l'individuazione dei requisiti è stabilita gara per gara secondo le scelte discrezionali dell'Amministrazione aggiudicatrice, nei limiti di cui agli artt. 41 e 42 del D.lgs. 163/2006.

Il legislatore dovrà operare una scelta: mantenere l'impostazione attuale, che ritiene illegittimi, fatta salva congrua motivazione, i requisiti basati sul fatturato ovvero adeguarsi alle indicazioni della direttiva. Il recepimento inoltre, sarà l'occasione per fare chiarezza sull'applicazione delle su esposte regole anche ai requisiti di qualificazione di lavori e dei servizi attinenti all'architettura, al fine di evitare disparità di trattamento.

### **MPMI**

Il recepimento dei requisiti di capacità economica e finanziaria è un'opportunità per le MPMI perché garantirebbe una maggior tutela delle stesse, considerato che a tutt'oggi, gli indirizzi giurisprudenza e gli orientamenti interpretativi dell'Anac, che dovrebbero aver già indotto le stazioni appaltanti a porre un tetto massimo al fatturato vengono disattesi. Elemento di criticità potrebbe essere invece il recepimento del nuovo requisito di "indipendenza finanziaria" che lasciando alle amministrazioni ampi margini di discrezionalità di determinazione potrebbe invece penalizzarle.

### **Articolo 59 - Documento di gara unico europeo (DGUE)**

- *Considerando 84 e 86 Direttiva 2014/24/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

### **a) Definizione, contenuti e forma (paragrafi. 1-2)**

#### **Analisi testo**

Il DGUE, secondo la definizione fornita dal paragrafo 1, consiste in un'autodichiarazione aggiornata, con valore di prova documentale preliminare, prodotta dall'operatore economico in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico:

- non si trova in una delle situazioni che costituiscono motivo di esclusione ai sensi dell'art. 57;
- soddisfa i criteri di selezione di cui all'art. 58 (abilitazione professionale, capacità economico/finanziaria e capacità tecnico/professionali);

- soddisfa i criteri stabiliti dal bando per la riduzione dei candidati ai sensi dell'art. 65 nelle procedure ristrette, di dialogo competitivo, di procedura competitiva con negoziazione e di partenariato per l'innovazione).

La disciplina del DGUE, pertanto, sembra precludere la possibilità di richiedere la produzione di documenti/certificati comprovanti requisiti speciali a corredo dell'offerta (come ad es. per le referenze bancarie).

Sempre con riferimento ai contenuti del DGUE, esso dovrà riportare altresì:

- l'indicazione dell'autorità pubblica o del soggetto presso il quale l'amministrazione potrà acquisire tutta la documentazione complementare a comprova dell'autodichiarazione. Si rileva come le nostre regole di auto-certificazione non impongano all'interessato di fornire tale indicazione;
- le informazioni relative alle banche dati (quali l'indirizzo Internet) qualora i documenti complementari possano essere acquisiti tramite accesso diretto alle stesse e, se del caso, la necessaria dichiarazione di consenso;
- la dichiarazione formale secondo cui l'operatore economico sarà in grado, su richiesta e senza indugio, di fornire i suindicati documenti complementari.

Nel caso di ricorso all'avvalimento, il comma 2 del par. 1 precisa che il DGUE contiene altresì le informazioni relative all'operatore economico ausiliario.

All'operatore economico è riconosciuta la facoltà di riutilizzare il DGUE presentato in una precedente procedura di gara, subordinatamente alla conferma della validità delle informazioni in esso contenute.

*Forma del DGUE (paragrafo 2).* Quanto alla forma, il DGUE è presentato dall'operatore economico sulla base di un modello di formulario predisposto e aggiornato dalla Commissione europea con atti di esecuzione (stando al considerando 86 i modelli di formulari per le autodichiarazioni dovrebbero rappresentare un utile strumento di semplificazione), che dovrà in particolare farsi carico di superare le criticità legate alle diverse versioni linguistiche e anche alle peculiarità dei diversi ordinamenti nazionali.

Il documento in argomento sarà messo a disposizione dalla Commissione su e-Certis, in tutte le versioni linguistiche (art. 61, par. 3).

Il DGUE potrà essere presentato esclusivamente in forma elettronica (salvo quanto previsto in ordine ai termini di recepimento di detto obbligo).

*Applicazione pratica del DGUE (par. 3).* Nella prospettiva di assicurare l'efficace attuazione del principio di economia procedimentale nella gestione delle gare d'appalto, in special modo tramite l'utilizzo delle banche dati, alla Commissione europea è affidato il compito di:

- riesaminare l'applicazione pratica del DGUE tenendo conto per l'appunto degli sviluppi tecnici delle banche dati;
- formulare proposte per soluzioni volte a ottimizzare l'accesso transfrontaliero a tali banche dati e l'utilizzo di certificati e attestati nel mercato interno.

## **Opportunità/criticità**



Una delle finalità che connotano la riforma della disciplina comunitaria degli appalti è rappresentata dall'adozione di misure volte a favorire la partecipazione alle gare delle MPMI, nella fattispecie anche attraverso la riduzione degli oneri amministrativi derivanti dalla necessità di produrre un considerevole numero di certificati o documenti relativi ai requisiti e ai criteri di selezione.

Un utile strumento al riguardo, elemento innovativo privo di riscontro nelle precedenti Direttive appalti, è individuabile infatti nel documento di gara unico europeo (DGUE), che, secondo quanto affermato nel considerando 84 dovrebbe portare ad una notevole semplificazione a vantaggio non solo delle amministrazioni aggiudicatrici ma anche degli operatori economici.

La normativa interna di recepimento dovrà peraltro farsi carico di introdurre opportune prescrizioni volte a coordinare l'applicazione del DGUE, così come concepito dalle Direttive ed implementato dalla Commissione europea attraverso appositi atti di esecuzione, alla disciplina generale in materia di documentazione amministrativa di cui al D.P.R. 445/2000 e ss.mm.ii., nonché alla disciplina speciale relativa alla qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro, basata sulle SOA.

#### ***Termine di recepimento:***

- Per il DGUE informatico è stabilito il termine più ampio del 18 aprile 2018 (art. 90, par. 3).

#### **b) Controllo dei requisiti (paragrafi 4 e 5)**

Il par. 4 dell'art. 59 fissa il principio generale cui si è già accennato, in base al quale 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 medesima, con particolare riguardo alle procedure bifasiche.

Vero è che, sempre nella logica di riduzione degli oneri amministrativi e in attuazione del principio di economia procedimentale, la Direttiva introduce alcune deroghe al suindicato principio generale, sicché all'operatore economico non è richiesta la presentazione dei documenti complementari nei seguenti casi:

- a) accordo quadro con aggiudicazione ad un unico operatore economico (par 4);
- b) accordo quadro in cui non è prevista la riapertura del confronto tra gli operatori economici individuati (par 4);
- c) documenti acquisibili mediante accesso gratuito a banche dati nazionali, quali un registro nazionale degli appalti, un fascicolo d'impresa virtuale, un sistema elettronico di archiviazione dei documenti o un sistema di preselezione (par. 5). A tal fine agli Stati membri è fatto obbligo di assicurare che le banche dati in parola, consultate delle rispettive amministrazioni aggiudicatrici, possano essere consultate altresì dalle amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati membri (par. 5 e considerando 85);
- d) l'amministrazione aggiudicatrice, fuori dai casi a) e b) già possiede tali documenti avendo aggiudicato un precedente appalto o concluso un accordo quadro.

#### **Opportunità/criticità**

Le deroghe all'obbligo di richiedere e produrre documenti complementari rappresentano un'ulteriore occasione per il legislatore nazionale di operare una razionalizzazione del sistema, attraverso l'eliminazione

di duplicazioni di adempimenti documentali, e, in generale, la riduzione degli oneri amministrativi a carico delle amministrazioni aggiudicatrici e degli operatori economici, nonché la riduzione dei tempi di conclusione delle procedure di gara. Tale opera di razionalizzazione dovrebbe riguardare anche le misure di semplificazione a favore delle MPMI previste a tale riguardo dallo Statuto delle imprese, come meglio precisato nel proseguo.

Per altro verso, la normativa di recepimento dovrà tenere conto del fatto che, nel nostro ordinamento, il novero dei documenti da richiedere ai concorrenti a comprova dei requisiti dichiarati nel DGUE risulta limitato ai certificati/informazioni non acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni o presso privati gestori di pubblici servizi), attesa la vigenza del rigoroso divieto alle Pubbliche amministrazioni di acquisire dai privati certificati rilasciati per l'appunto da altre Pubbliche amministrazioni o gestori di pubblici servizi. Come noto, infatti, a tenore dei commi 01 e 02 dell'art. 40 del D.P.R. 445/2000 (inseriti dalla L. 183/2011), le certificazioni rilasciate dalla pubblica amministrazione in ordine a stati, qualità personali e fatti sono valide e utilizzabili solo nei rapporti tra privati e riportano a pena di nullità, la dicitura: *"Il presente certificato non può essere prodotto agli organi della pubblica amministrazione o ai privati gestori di pubblici servizi"*.

### **Normativa nazionale**

Nell'ordinamento nazionale le modalità e le tempistiche di verifica dei requisiti sono previste dalle seguenti norme del Codice dei contratti:

- art. 6 bis ai sensi del quale la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario è acquisita esclusivamente attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (sistema AVCpass). Tale modalità di verifica dei requisiti è divenuta obbligatoria, dopo numerose proroghe, il 1 luglio 2014 in riferimento alle procedure di affidamento individuate dall'art. 9 della Deliberazione dell'Autorità di vigilanza (ora A.N.AC.) n. 111/2012 e ss.mm.ii.;
- art. 11, comma 8, in cui si stabilisce che l'aggiudicazione definitiva diviene efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti (di ordine generale e speciale);
- art. 38, in tema di requisiti di ordine generale, in base al quale: il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del D.P.R. 445/2000 (comma 2); ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione, si applica l'articolo 43 del citato D.P.R., relativo all'acquisizione d'ufficio presso gli enti certificanti (comma 3);
- art. 40 in combinato disposto con le disposizioni attuative del D.P.R. 207/2010, relativi ai requisiti degli esecutori di lavori pubblici. In merito a tale aspetto, come noto, per i lavori di importo superiore a 150.000 euro la capacità degli esecutori è dimostrata attraverso il possesso della SOA, mentre per importi inferiori i requisiti individuati dal regolamento sono dichiarati in sede di gara ex D.P.R. 445/2000 e verificati in analogia a quanto previsto per i servizi e le forniture;
- art. 41, comma 4, a tenore del quale i requisiti di capacità economico finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi sono comprovati, in sede di offerta, mediante: presentazione delle referenze bancarie; presentazione o dichiarazione ex D.P.R. 445/2000 dei bilanci dell'impresa; dichiarazione sempre ex D.P.R. 445/2000 relativa al fatturato globale, salvo obbligo del concorrente aggiudicatario di esibire la documentazione probatoria a conferma delle dichiarazioni sostitutive della documentazione richiesta dalla *lex specialis*;

- art. 42, comma 4, in forza del quale i requisiti di capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi sono comprovati in sede di gara mediante dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del D.P.R. 445/2000, salvo richiedere al concorrente aggiudicatario la documentazione probatoria, a conferma di quanto dichiarato in sede di gara;
- art. 48 con riferimento all'attività di verifica sul possesso dei requisiti di carattere tecnico-organizzativo ed economico-finanziario dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, sia in fase di gara, nei confronti dei concorrenti estratti a sorte, sia ai fini dell'aggiudicazione definitiva, nei confronti del primo e del secondo classificato, salva la verifica su tutti i concorrenti nelle procedure ad invito precedute da bando.

Inoltre, in termini generali si richiama l'art. 77 *bis* del D.P.R. 445/2000, che, con norma di chiusura, esplicita l'applicazione delle disposizioni in materia dettate dal decreto medesimo a tutte le fattispecie in cui sia prevista una certificazione o altra attestazione, ivi comprese quelle concernenti le procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture, ancorché regolate da norme speciali.

Quanto al riutilizzo di documenti già acquisiti in un precedente procedimento, esso è previsto espressamente nel nostro ordinamento per il DURC in corso di validità ai sensi dell'art. 31, comma 5, del D.L. n. 69 del 2013 e, in via transitoria, sino all'attivazione della banca dati nazionale unica, per la documentazione antimafia (art. 86, comma 2 *bis*, Codice antimafia, inserito dal D.Lgs. 13 ottobre 2014, n. 53, disposizione in vigore dal 26 novembre 2014).

Un'ulteriore ipotesi di deroga alla richiesta di produrre documenti a comprova dei requisiti speciali è ravvisabile nell'ambito delle norme di favore poste a tutela delle MPMI. Nella fattispecie il riferimento è all'art. 13, comma 4, dello Statuto delle Imprese (L. 11 novembre 2011, n. 180). Detta disposizione, nel caso di micro, piccole e medie imprese, obbliga infatti le pubbliche amministrazioni a richiedere la documentazione probatoria dei requisiti di idoneità esclusivamente all'aggiudicatario.

Sulla concreta applicazione della norma, formulata in termini sintetici, senza tenere conto della complessità delle procedure di affidamento e delle esigenze di assicurare la parità di trattamento tra gli operatori economici, si sono formate due interpretazioni configgenti.

Da un lato l'Autorità di vigilanza, nella det. 4/2012 ha affermato che la disposizione in esame non si applica alla verifica a campione di cui all'art. 48, comma 1, del D.Lgs. 163/2006 ma solo alla verifica in sede di aggiudicazione ai sensi del comma 2 del citato art. 48.

Di opposto avviso il T.A.R. Lazio - Roma - sez. I - sent. 17 settembre 2013, n. 8314, secondo cui il divieto di richiedere alle MPMI la comprova dei requisiti speciali si applica anche alle verifiche a campione.

Anche per tale aspetto, pertanto, il recepimento delle Direttive appalti/concessioni offre l'occasione per fare la dovuta chiarezza, indicando in modo sufficientemente esaustivo le modalità applicative della norma di favore per le MPMI.

***Termine di recepimento:***

- ordinario,
- eccettuata la norma che prevede il riutilizzo di documenti complementari già acquisiti in precedenti procedimenti: al fine di evitare oneri di fascicolazione e archiviazione sproporzionati il termine per l'applicazione di tale deroga all'obbligo del concorrente di produrre documenti complementari è

differito al 18 ottobre 2018, data di entrata in vigore delle disposizioni sulle comunicazioni elettroniche obbligatorie (par. 5, considerando 86 e art. 90, par. 4).

#### **Articolo 60 - Mezzi di prova**

- *Allegato XII*
- *articolo 45, paragrafo 3, 47, par. 1 e 5, art. 48, par. 2 Direttiva 2004/18/CE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

#### **Analisi del testo e comparazione con la Direttiva 2004/18/CE- normativa nazionale**

La scelta sistematica operata dalla Direttiva 2014/24/UE è quella di trattare in un unico articolo la materia dei mezzi di prova, salvo elencare nell'allegato XII i mezzi di prova relativi ai requisiti speciali.

Nella precedente Direttiva, per contro, la disciplina dei mezzi di prova è collocata direttamente all'interno dei singoli articoli che si occupano dei requisiti sostanziali.

Nel merito, la Direttiva, nel sancire il principio che non possono essere richiesti mezzi di prova diversi da quelli da essa indicati, non introduce novità significative quanto all'enumerazione della documentazione da acquisire.

Il par. 5 fa inoltre carico a ciascun Stato membro di mettere a disposizione degli altri Stati membri, su richiesta, le informazioni riguardanti i motivi di esclusione, l'idoneità all'esercizio dell'attività professionale, la capacità finanziaria e tecnica, nonché le informazioni relative ai mezzi di prova disciplinati dall'art. 60 in commento.

**a) Requisiti generali.** Per quanto riguarda i motivi di esclusione obbligatori, le amministrazioni aggiudicatrici dovranno accettare:

- per i motivi di esclusione obbligatori (condanne passate in giudicato per partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, reati terroristici, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo e lavoro minorile), un estratto del registro pertinente, come l'estratto del casellario giudiziale o, in sua mancanza, un documento equivalente rilasciato dalla competente autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato membro o del Paese d'origine o di provenienza, da cui risulta il soddisfacimento di tali requisiti;
- per quanto concerne il rispetto degli obblighi relativi al pagamento di imposte contributi e la sussistenza di procedure fallimentari/concorsuali, un certificato rilasciato dall'autorità competente dello Stato membro o del paese in questione.

Nulla cambia in merito alle modalità di comprova dei requisiti alternative nell'ipotesi in cui lo Stato membro o il Paese d'origine non dovesse rilasciare siffatti certificati o documenti (dichiarazione giurata o dichiarazione solenne davanti alle autorità indicate dalla norma). La Direttiva inoltre stabilisce che, se del caso, uno Stato membro fornisce una dichiarazione ufficiale, da mettere a disposizione on line nel registro dei certificati e-Certis, in cui attesta che i certificato in questione non sono rilasciati o non coprono tutte le fattispecie considerate dall'art. 57.

**b) Requisiti speciali.**

- Per i requisiti di capacità economico/finanziaria, il par. 3 dell'art. 60 rinvia all'elenco dei mezzi di prova indicati nella parte I dell'Allegato XII. Per questo aspetto la nuova Direttiva ripropone letteralmente la medesima disciplina della Direttiva 2004/18/CE (art. 47, par 1 e 5), sia con riferimento ai mezzi di prova (referenze bancarie, bilanci, fatturato globale e di settore), sia con riferimento alla facoltà dell'operatore economico di dimostrare la propria capacità con qualsiasi altro documento considerato idoneo dall'amministrazione aggiudicatrice.
- Per i requisiti di capacità tecnica/professionale il par. 4 dell'art. 60 rinvia all'elenco dei mezzi di prova enumerati e descritti nella parte II dell'Allegato XII. Al riguardo, da un lato si può osservare come i mezzi di prova coincidano spesso con gli stessi requisiti sostanziali, dall'altro lato da un raffronto tra l'elenco di cui alla Direttiva 2004/18/CE (art. 48, par 2) e quello della nuova Direttiva emergono talune differenze come di seguito evidenziato.
  - *Elenco dei lavori nel quinquennio*: non sono riproposti i contenuti del certificato di corretta esecuzione e inoltre si introduce la possibilità di precisare che, al fine di assicurare un adeguato livello di concorrenza, sarà presa in considerazione la prova relativa ai lavori analoghi realizzati più di cinque anni prima. In ambito nazionale questa estensione opera in virtù della norma transitoria di cui all'art. 253 comma 9 bis del D.lgs. 163/2006, applicabile fino al 31 dicembre 2015, che individua in dieci anni il periodo documentabile.
  - *Elenco dei principali servizi e forniture nel triennio*: non è riproposta l'indicazione relativa alla documentazione da produrre al riguardo (certificati/attestati/dichiarazioni) e inoltre si introduce la possibilità di precisare che, al fine di assicurare un adeguato livello di concorrenza, sarà presa in considerazione la prova relativa ai servizi e forniture effettuati più di tre anni prima. In ambito nazionale questa estensione opera in virtù della norma transitoria di cui all'art. 253 comma 15 bis del D.lgs. 163/2006, applicabile fino al 31 dicembre 2015, che individua il periodo documentabile in relazione ai servizi di architettura ed ingegneria nei migliori tre anni del quinquennio o nei migliori cinque anni del decennio.
  - *Indicazione dei tecnici e degli organismi tecnici*: identico alla precedente Direttiva.
  - *Descrizione delle attrezzature tecniche*: identico alla precedente Direttiva.
  - *Indicazione dei sistemi di gestione e di tracciabilità della catena di approvvigionamento che l'operatore economico potrà applicare durante l'esecuzione del contratto*: requisito/mezzo di prova di nuova introduzione.
  - *Verifiche sui prodotti e servizi di particolare complessità*: identico alla precedente Direttiva.
  - *Indicazione dei titoli di studio e professionali*: rispetto alla precedente Direttiva è precisato che questi mezzi di prova possono essere utilizzati a condizione che non siano valutati tra i criteri di aggiudicazione.
  - *Indicazione delle misure di gestione ambientale*: questo requisito/mezzo di prova acquista ora valenza generale, mentre nella Direttiva 2004/18/CE l'impostazione era più restrittiva, in quanto esso poteva essere utilizzato limitatamente agli appalti pubblici di lavori e servizi, unicamente nei casi appropriati.

- *Organico medio annuo*: identico alla precedente Direttiva.
- *Dichiarazione sull'attrezzatura che l'operatore economico utilizzerà per l'esecuzione dell'appalto*: identico alla precedente Direttiva.
- *Indicazione della parte di subappalto che l'operatore economico intende eventualmente subappaltare*: identico alla precedente Direttiva.
- *Campioni e certificati per i prodotti da fornire*: identico alla precedente Direttiva.

#### **Articolo 61 - e-Certis**

- *Considerando 87 Direttiva 2014/24/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

#### **Analisi testo**

e-Certis è un sistema elettronico messo a disposizione e gestito dalla Commissione europea allo scopo di agevolare su scala europea lo scambio di certificati e altri documenti probatori, spesso richiesti dalle amministrazioni aggiudicatrici.

La Commissione ha tuttavia rilevato come, alla luce dell'esperienza sinora acquisita, l'aggiornamento e la verifica su base esclusivamente volontaria non siano sufficienti ad esprimere tutto il potenziale del sistema per semplificare e agevolare gli scambi di documentazione.

Sostanzialmente, e-Certis consiste in un elenco completo degli archivi informatici, la cui consultazione consente di individuare i certificati e gli attestati più frequentemente richiesti nelle procedure di gara nei paesi membri, in Turchia e nei tre Paesi dello Spazio economico europeo (Islanda, Liechtenstein e Norvegia).

Trattasi pertanto di uno strumento di ausilio alle imprese e alle amministrazioni aggiudicatrici nell'individuazione dei documenti e certificati, in particolare quelli da considerare equivalenti, ancorché con indicazioni che ad oggi sono sprovviste di valore legale come sottolineato dalla stessa Commissione europea, e delle informazioni da presentare e acquisire in relazione ad appalti pubblici indetti in uno dei Paesi sopra citati.

La nuova Direttiva si propone pertanto di disciplinare, valorizzare e implementare questo strumento di riconoscimento reciproco dei certificati, che evidentemente si ricollega alle misure di promozione dell'utilizzo delle banche dati per l'acquisizione di certificati e altri documenti probatori.

A tal fine prevede in primo luogo l'obbligo per gli Stati membri di aggiornare costantemente le informazioni introdotte in e-Certis (art. 61, par. 1), superando l'attuale meccanismo di manutenzione su base volontaria.

Lo stesso art. 59, par. 6 obbliga poi gli Stati membri a mettere a disposizione e aggiornare 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, fermo restando che le informazioni predette possono essere fornite direttamente su richiesta di uno Stato membro.

Il secondo passaggio è rappresentato dall'introduzione dell'obbligo di fare ricorso in primo luogo a e-Certis per i tipi di certificati in esso contemplati.

Vero che l'obbligatorietà dell'utilizzo di e-Certis non potrà prescindere dal riconoscimento del valore legale dell'elencazione dei certificati individuati dal sistema.

Come più sopra accennato, su e-Certis sarà messo a disposizione il DGUE in tutte le versioni linguistiche (art. 61, par. 3).

### **Opportunità/criticità**

La regolamentazione di e-Certis nella Direttiva si colloca nella prospettiva di offrire maggiori opportunità agli operatori economici ed in particolare alle MPMI agevolando la presentazione di offerte transfrontaliere, proprio in virtù dei vantaggi in termini di semplificazione documentale derivanti dall'utilizzo del sistema, una volta implementato ed entrato a pieno regime.

### **Termine di recepimento:**

- ordinario, con particolare riguardo all'obbligo degli Stati membri di aggiornare il sistema;
- 18 ottobre 2018 quanto all'obbligo di utilizzo di e-Certis.

### **Articolo 62 - Norme di garanzia della qualità e norme di gestione ambientale**

- *Considerando 88 Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 49 e 50 Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

### **Analisi testo**

L'art. 62 ripropone quanto già previsto dall'art. 49 (Norme di garanzia della qualità), e dall'art. 50 (norme di gestione ambientali) della Direttiva 2004/18/CE), salvo il richiamo agli elementi innovativi introdotti dalla Direttiva 2014/24/UE.

L'articolo 62, 1° paragrafo, fissa i principi generali relativi alle norme di garanzia della qualità riproponendo sostanzialmente l'impostazione dell'art. 49 della Direttiva 2004/18/CE.

Le amministrazioni aggiudicatrici, qualora richiedano agli operatori economici la presentazione di certificati attestanti il possesso di determinate norme di garanzia della qualità, compresa l'accessibilità per i disabili, devono fare riferimento ai sistemi di garanzia della qualità basati sulle serie di norme europee in materia, certificati da organismi accreditati. Viene introdotta la possibilità di ammettere gli operatori economici che non hanno la possibilità di ottenere tali certificati entro i termini richiesti, per motivi non imputabili agli stessi operatori economici, a condizione che possano dimostrare che le misure di garanzia della qualità **proposte** soddisfano le norme di garanzia della qualità richieste dall'amministrazione aggiudicatrice. In fase di recepimento sarebbe opportuno sostituire **“proposte”** con **“attuate”** dall'operatore economico all'interno della propria azienda, in quanto si ritiene che le certificazioni in possesso degli operatori fanno riferimento a situazioni verificate ed accertate dagli Organismi deputati al rilascio di tali certificazioni; quindi, l'operatore economico non in possesso di tali certificazioni deve dimostrare di avere già attuato all'interno della propria azienda tali sistemi di garanzia della qualità.

L'articolo 62, 2° paragrafo, fissa i principi generali relativi alle norme di gestione ambientale, riproponendo quanto precedentemente normato dall'art. 50 della Direttiva 2004/18/CE, specificando ulteriormente quanto già previsto dall'ultimo periodo del citato art. 50, (sull'accettazione di altre prove relative a misure equivalenti in materia di gestione ambientale, prodotte dagli operatori economici). Infatti, il 2° paragrafo dell'articolo 62 prevede che **le amministrazioni aggiudicatrici accettano anche altre prove documentali delle misure di gestione ambientale** per gli operatori economici che non hanno la possibilità di ottenere tali certificati entro i termini richiesti, per motivi non imputabili agli stessi operatori economici, o abbiano

dimostrato di non avere “accesso” tali certificati, a condizione gli stessi possano dimostrare che le misure documentate con altre prove alternative alle certificazioni sono equivalenti a quelle richieste nel quadro del sistema o della norma di gestione ambientale applicabile.

*Il 3° paragrafo dell'art. 62 della Direttiva 2014/24/UE, secondo quanto previsto dall'articolo 86 sulla cooperazione amministrativa fra gli Stati membri, al fine di assicurare lo scambio di informazioni, dispone che devono essere messe, nel rispetto delle con le regole in materia di protezione dei dati personali previste dal diritto comunitario, a disposizione degli altri Stati membri le informazioni relative ai documenti presentati dagli operatori economici come prova del rispetto delle norme ambientali e di qualità di cui ai paragrafi 1 e 2.*

*Quanto precedentemente previsto dall'art. 49 (Norme di garanzia della qualità), e dall'art. 50 (norme di gestione ambientali) della Direttiva 2004/18/CEE), era stato recepito interamente nel “Codice dei contratti” con l'art. 43 Norme di garanzia della qualità e con l'art. 44 Norme di gestione ambientale.*

Le modifiche introdotte dalla nuova direttiva riguardano l'ammissibilità di altre prove documentali alternative alle certificazioni, alle condizioni previste dai paragrafi 1 e 2, e lo scambio di informazioni fra gli Stati membri per la verifica della documentazione presentata dagli operatori economici per provare il possesso dei requisiti previsti dalle amministrazioni aggiudicatrici in materia di norme ambientali e di qualità.

Il recepimento delle modifiche apportate dall'articolo 62, consentono da un lato una maggiore partecipazione degli operatori economici non in possesso delle eventuali certificazioni richieste dalle amministrazioni aggiudicatrici in materia di norme ambientali e di qualità, e dall'altro limitano possibili contenziosi nelle procedure di gara per la non ammissione degli operatori economici non in possesso delle certificazioni di che trattasi.

### **Articolo 63 - Affidamento sulle capacità di altri soggetti**

- *Art. 47 e 48 Direttiva 2004/18/UE*
- *art. 49 D. Lgs 163/2006*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio con previsione a recepimento facoltativo al paragrafo 1, ultima parte secondo capoverso.*

### **Analisi testo**

Prima di procedere all'esame puntuale del presente articolo appare necessario confrontarne la lettura con quanto disposto dalla Direttiva 2004/18/CE, al fine di ripercorre le problematiche applicative connesse all'istituto dell'avvalimento. Come è noto tale istituto, derivante dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, è stato caratterizzato nel corso del tempo dal succedersi da un ampio dibattito dottrinale giurisprudenziale, di cui si propone una breve sintesi.

L'art. 63 ripropone la possibilità per gli operatori economici di fare affidamento alle capacità di altri soggetti, già introdotto dall'art. 47, paragrafo 2 e 3, (Capacità economica e finanziaria), e dall'art. 48, paragrafi 3 e 4, (Capacità tecniche e professionali) della Direttiva 2004/18/CE, principio precedentemente riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea a partire dalla sentenza del 14 aprile 1994, causa C-389/92 con la quale è stato ritenuto ammissibile che una società capogruppo comprovasse il possesso delle capacità richieste per l'iscrizione in un elenco ufficiale di imprenditori abilitati ricorrendo ai requisiti posseduti dalle consociate, a condizione che dimostrasse di disporre effettivamente dei mezzi necessari per eseguire il



contratto. Con la successiva sentenza del 2 dicembre 1999, causa C-176/98 la Corte di Giustizia, in riferimento specifico ad un appalto di servizi, ha riconosciuto il principio generale secondo cui è possibile che un operatore economico, privo dei requisiti economici o tecnici richiesti dal bando, partecipi alla gara avvalendosi dei requisiti di soggetti terzi, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto con tali soggetti.

Ciò che conta, ad avviso della Corte di Giustizia Europea, è che il concorrente possa effettivamente disporre dei mezzi di cui ha dichiarato di avvalersi, di modo che la possibilità di ricorrere all'avvalimento sia subordinata esclusivamente alla dimostrazione, a carico del concorrente "ausiliato", dell'effettiva disponibilità di tali mezzi.

La possibilità per gli operatori economici di fare affidamento alle capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali di altri soggetti, introdotto dalla Direttiva 2004/18/CE, è stato recepito nella legislazione nazionale con gli articoli 49 e 50 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i.. In particolare si può distinguere, in relazione al dato normativo, tra: avvalimento nella singola gara, di cui all'articolo 49, comma 1, che prevede l'utilizzo dei requisiti di un'altro soggetto esclusivamente per partecipare alla procedura di affidamento di una specifica gara, ed avvalimento stabile, finalizzato all'ottenimento di un'attestazione di qualificazione, ai sensi dell'articolo 50 del Codice, che tuttavia è applicabile, ex articolo 357, comma 24, del d.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010, Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice, a decorrere dal trecentosessantaseiesimo giorno dalla data di entrata in vigore del Regolamento stesso, secondo le modifiche apportate dal decreto-legge 13 maggio 2011 n. 70, convertito in legge dalla legge 12 luglio 2011, n. 106.

L'articolo 49 indica dettagliatamente la documentazione occorrente per provare il ricorso l'avvalimento, in recepimento della direttiva 18/2004 che, pur prevedendo la dimostrazione dell'effettiva disponibilità dei mezzi necessari, non pone alcuna restrizione in ordine ai mezzi di prova, limitandosi ad indicare, come esempio, la possibilità di una dichiarazione da parte dell'avvalso, spostando così sul legislatore nazionale l'onere di individuare la modalità di prova.

L'art. 88, comma 1, del Regolamento dispone che: "Per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente:

- a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico;
- b) durata;
- c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento."

L'AVCP nel 2012 ha condotto una consultazione on-line sulla base di un documento "L'avvalimento nelle procedure di gara" al fine di rilevare le criticità emerse sull'istituto dell'avvalimento.

Dopo tale consultazione on-line l'AVCP ha adottato la Determinazione n. 2 dell'1.8.2012, pubblicata nella GURI n. 185 del 9.8.2012.

Tra le questioni di maggiore interesse affrontati nell'atto adottato dall'AVCP, viene posto in rilievo la questione dell'avvalimento dei requisiti connotati da un'intrinseca natura "soggettiva", in relazione ai quali si esaminano specificamente i casi della certificazione di qualità (UNI EN ISO), dei requisiti di cui all'art. 39 del Codice e dell'iscrizione in albi professionali. Pur prendendo atto del contrasto giurisprudenziale sul punto, l'Autorità, in merito alla certificazione di qualità, ribadisce l'indicazione dell'inammissibilità del ricorso all'avvalimento, circoscrivendo l'ambito oggettivo di applicazione di tale istituto ai soli requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo, ovvero alla certificazione SOA (e ciò in contrasto con l'orientamento del Consiglio di Stato che ha invece ritenuto legittimo il ricorso all'avvalimento anche con riguardo alla disponibilità di requisiti soggettivi di qualità; cfr. Cons. Stato, Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2343 e

n. 2344; Sez. V, 26 maggio 2011, n. 3066; Sez. V, 10 novembre 2011, n. 6079; Sez. III, 15 novembre 2011, n. 6040). Analoga preclusione viene espressa dall'AVCP anche con riferimento ai requisiti dell'art. 39 del Codice, tra i quali essa include espressamente la licenza prefettizia ex art. 28 del T.U.L.P.S., il nulla osta di sicurezza (N.O.S.) e l'Autorizzazione Preventiva rilasciata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Autorità Nazionale per la Sicurezza.

L'art. 34, comma 2, decreto-legge n. 133 del 2014, ha introdotto all'art. 49 del codice dei contratti il comma 1-bis.: secondo il quale comma l'istituto dell'avvalimento non è applicabile al requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

L'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE non pone limitazioni relativamente ai “criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e ai criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4” per i quali gli operatori economici possono fare affidamento sulle capacità di altri soggetti.

Il primo paragrafo dell'articolo 63 della Direttiva 2014/24/UE prevede che qualora vengano richiesti criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici, non in possesso di tali requisiti, possono partecipare alle procedure di gara, ed essere ammessi, facendo affidamento alle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguiranno i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste.

Tale aspetto appare innovativo in quanto viene ammessa la possibilità per gli operatori economici, privi di tali requisiti, di fare affidamento alle capacità di altri soggetti ai soli fini della partecipazione alla gara, prevedendo però che l'esecuzione dei lavori e servizi (non è specificato nulla per le forniture) dovranno essere realizzati dal soggetto che mette a disposizione tali requisiti.

Questa previsione richiede una attenta valutazione in sede di recepimento soprattutto per quegli appalti di servizi per i quali la presenza del titolo di studio è essenziale per lo svolgimento delle attività oggetto dell'appalto.

Secondo quanto previsto dall'articolo 63 della direttiva, l'operatore economico che vuole fare ricorso alle capacità di altri soggetti, dovrà dimostrare unicamente all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti per tale finalità.

Il secondo periodo del 1° paragrafo dell'art. 63, introduce la verifica da parte dell'amministrazione aggiudicatrice (in conformità agli articoli 59, 60 e 61) dei requisiti dell'operatore economico ausiliario che devono soddisfare i criteri di selezione o per i quali non devono sussistere i motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 57. Prevedendo, altresì, che possa essere imposto all'operatore economico ausiliario di sostituire il soggetto ausiliario che non soddisfa “un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione”.

Anche tale previsione richiede una valutazione in sede di recepimento in quanto in caso di mancato soddisfacimento dei criteri di selezione o dei motivi di esclusione obbligatoria prevede la sostituzione del soggetto che presta i requisiti e non l'esclusione dell'operatore. Inoltre la norma prevede la possibilità per gli stati membri di imporre la sostituzione in presenza di motivi non obbligatori di esclusione.

Il terzo periodo del 1° paragrafo dell'art. 63, prevede che, limitatamente ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, l'amministrazione aggiudicatrice può esigere che l'operatore economico ausiliario e i soggetti ausiliari siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto.

L'attuale art. 49, comma 4, del codice dei contratti prevede che “*Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto*” senza distinzione se trattasi di requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria o di requisiti

relativi alle capacità tecniche e professionali.

Tuttavia, il secondo paragrafo dell'art. 63 consente alle amministrazioni aggiudicatrici di esigere che alcune attività relative a "compiti essenziali" siano eseguite direttamente dal soggetto offerente, o in caso di raggruppamenti di operatori economici da un partecipante al raggruppamento, nell'ambito dei contratti di appalto di lavori e servizi, mentre per le forniture questa possibilità è limitata alle operazioni di posa in opera ed installazione. Tali prestazioni, quindi, sarebbero sottratte all'applicazione dell'istituto dell'avvalimento, che incontrerebbe limitazioni precise anche nel diritto comunitario, al fine di assicurare alla stazione appaltante un corretto svolgimento delle prestazioni previste nel contratto.

Non appaiono chiare, in quanto non specificate, quali siano le attività relative a "compiti essenziali" che verrebbero sottratte all'istituto dell'avvalimento.

### **Criticità**

La possibilità di avvalersi anche dei titoli di studio richiede una attenta valutazione in sede di recepimento soprattutto per quegli appalti di servizi per i quali la presenza del titolo di studio è essenziale per lo svolgimento delle attività oggetto dell'appalto.

La fase di recepimento rappresenta inoltre un'opportunità per meglio definire, oltre a quest'aspetto, l'ambito oggettivo di applicazione dell'avvalimento, che la direttiva, in forza del richiamo operato ai paragrafi 3 e 4 dell'articolo 58 ai requisiti di capacità economica/finanziaria e organizzativa/professionale, delimita questo istituto escludendone dal proprio ambito i requisiti di idoneità professionale. In particolare, andrebbe stabilito che cosa si intende per idoneità professionale (ad esempio iscrizione alla CCIAA per determinate attività) e iscrizione a registri (ad esempio albo gestori ambientali, albi professionali salvo quanto precisato per i titoli professionali, ecc.). A tale fine un criterio pertinente potrebbe fare riferimento alla distinzione tra requisiti/presupposti prescritti dalla legge per l'esercizio di una data attività economica/professionale e "ulteriori requisiti richiesti dalle amministrazioni aggiudicatrici in considerazione delle caratteristiche dei singoli appalti.

I primi requisiti, così come altri requisiti soggettivi, andrebbero in ogni caso esclusi dall'avvalimento con particolare riguardo alle ipotesi in cui l'appalto debba essere eseguito dall'impresa ausiliaria.

Un'ulteriore aspetto controverso che può essere definito in fase di recepimento riguarda i rapporti tra subappalto/subaffidamento e avvalimento. Anche la possibilità di sostituire l'operatore economico ausiliario se non soddisfa i criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione obbligatori ai sensi dell'articolo 57 richiede una valutazione in sede di recepimento in quanto in caso di mancato soddisfacimento dei criteri di selezione o dei motivi di esclusione obbligatoria si prevede la sostituzione del soggetto che presta i requisiti e non l'esclusione dell'operatore. Inoltre la norma prevede la possibilità per gli stati membri di imporre la sostituzione in presenza di motivi non obbligatori di esclusione.

Appare opportuno inoltre che nelle norme di recepimento della Direttiva 2014/24/UE vengano dettagliatamente definiti i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e ai requisiti relativi alle capacità tecniche e professionali per i quali l'operatore economico possa fare affidamento alle capacità di altri soggetti nonché che vengano definite le attività relative a "compiti essenziali" per le quali non può farsi ricorso all'istituto dell'avvalimento.

### **Articolo 64 - Elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti e certificazione da parte di organismi di diritto pubblico o privato**

- *Articolo 52 Direttiva 2004/18/CEE*

## Analisi testo

L'art. 64 ripropone quanto già previsto dall'art. 52 (**Elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti e certificazione da parte di organismi di diritto pubblico o privato**) della Direttiva 2004/18/CEE), salvo il richiamo agli elementi innovativi introdotti dalla Direttiva 2014/24/UE.

L'articolo 64 fissa i principi generali relativi alle norme per l'istituzione di elenchi ufficiali di imprenditori, di fornitori, o di prestatori di servizi riconosciuti, prevedendo, altresì, una certificazione da parte di organismi di certificazione conformi alle norme europee in materia di certificazione come dall'allegato VII, riproponendo sostanzialmente l'impostazione dell'art. 52 della Direttiva 2004/18/CE.

Gli Stati membri devono adeguare le condizioni di iscrizione negli elenchi ufficiali, nonché quelle di rilascio di certificati da parte degli organismi di certificazione alle disposizioni previste nell'articolo 64 della direttiva.

Allo stesso modo devono adeguare le condizioni per il rilascio delle certificazioni previste nell'articolo 63 relative alle domande di iscrizione presentate da operatori economici facenti parte di un raggruppamento, che dispongono di **capacità economica e finanziaria** e **capacità tecniche e professionali** forniti loro dalle altre società del raggruppamento. Questi operatori devono dimostrare all'autorità che istituisce l'elenco ufficiale che disporranno di tali mezzi per tutta la durata di validità del certificato attestante la loro iscrizione all'elenco ufficiale e che tali società continueranno a soddisfare, per tutta la durata di validità della suddetta certificazione, i requisiti in materia di selezione qualitativa previsti dall'elenco ufficiale o dal certificato di cui gli operatori si avvalgono ai fini della loro iscrizione.

Gli operatori economici iscritti in elenchi ufficiali o in possesso del certificato possono presentare, per la partecipazione alle singole gare di appalto, alle amministrazioni aggiudicatrici il certificato di iscrizione rilasciato dalla competente autorità, o il certificato rilasciato dall'organismo di certificazione competente.

I certificati devono indicare le referenze che consentono agli operatori economici l'iscrizione nell'elenco ufficiale o di ottenere la certificazione e la relativa classificazione.

L'iscrizione in un elenco ufficiale certificato dalle autorità competenti o il certificato rilasciato dall'organismo di certificazione costituiscono presunzione di idoneità ai fini di soddisfare i requisiti di selezione qualitativa previsti dall'elenco ufficiale o dal certificato.

I dati risultanti dall'iscrizione negli elenchi ufficiali o dalla certificazione non possono essere contestati senza valida giustificazione. Invece, per quanto riguarda il pagamento dei contributi assistenziali e previdenziali e il pagamento delle imposte e tasse, per ogni singolo appalto, può essere richiesta dall'amministrazione aggiudicatrice un'attestazione supplementare ad ogni operatore economico per dimostrare la regolarità contributiva e il pagamento delle imposte e tasse.

Il paragrafo 5°, secondo comma, dell'articolo 64 prevede che “Le amministrazioni aggiudicatrici degli altri Stati membri applicano il paragrafo 3 e il primo comma del presente paragrafo soltanto agli operatori economici stabiliti nello Stato membro che detiene l'elenco ufficiale”.

Dal confronto con le disposizioni dell'articolo 52 della Direttiva 18/2004, vista la tavola di concordanza allegata alla Direttiva 24/2014, che debba farsi riferimento al paragrafo 4 e non al paragrafo 3.

I requisiti per comprovare il possesso dei criteri di selezione qualitativa previsti dall'elenco ufficiale o dalla certificazione sono conformi all'articolo 60 ed, eventualmente, all'articolo 62. Per l'iscrizione in un elenco

ufficiale degli operatori economici degli altri Stati membri o per la loro certificazione non possono essere richieste altre prove e dichiarazioni diverse da quelle richieste agli operatori economici nazionali.

Gli operatori economici possono chiedere in qualsiasi momento la loro iscrizione in un elenco ufficiale o il rilascio del certificato. Devono essere informati entro un termine ragionevolmente breve della decisione dell'autorità che redige l'elenco ufficiale o dell'organismo di certificazione competente.

L'iscrizione in un elenco ufficiale o la certificazione non può essere imposta agli operatori economici degli altri Stati membri in vista della loro partecipazione a un appalto pubblico. Le amministrazioni aggiudicatrici riconoscono i certificati equivalenti di organismi stabiliti in altri Stati membri. Esse accettano altresì altri mezzi di prova equivalenti.

Gli Stati membri mettono a disposizione, previa richiesta, degli altri Stati membri le informazioni relative ai documenti presentati come prova del fatto che gli operatori economici soddisfano i requisiti per essere iscritti nell'elenco ufficiale degli operatori economici riconosciuti, o del fatto che gli operatori economici di un altro Stato membro possiedono una certificazione equivalente.

Il recepimento delle disposizioni di cui all'articolo 64 della Direttiva 24/2014, essendo nel contenuto sostanzialmente identiche a quanto previsto dall'articolo 52 della Direttiva 18/2004, già recepito nel Codice dei contratti, non comporta sostanziali cambiamenti all'articolo 45 del Codice dei Contratti fatto salvo il richiamo agli elementi innovativi introdotti dalla Direttiva 2014/24/UE. .

#### ***Articolo 65 - Riduzione del numero di candidati altrimenti qualificati da invitare a partecipare***

- *Considerando 42, 43, 44, 45, 46, 50, 63, 67 e 84 Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 44 (Accertamento dell'idoneità e scelta dei partecipanti, aggiudicazione) Direttiva 2004/18/CE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

#### **Analisi testo**

L'art. 65 ripropone quanto già previsto dall'art. 44, paragrafo 3 (**Accertamento dell'idoneità e scelta dei partecipanti, aggiudicazione**) della Direttiva 2004/18/CE), salvo il richiamo agli elementi innovativi introdotti dalla Direttiva 2014/24/UE.

L'articolo 65 fissa i principi generali relativi alle norme per la **riduzione del numero di candidati altrimenti qualificati da invitare a partecipare alla gara**.

Il primo paragrafo dell'art. 65 prevede che nelle procedure ristrette, nelle procedure competitive con negoziazione, nelle procedure di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione, le amministrazioni aggiudicatrici possono limitare il numero di candidati che soddisfano i criteri di selezione stabiliti nei documenti di gara che saranno invitati a presentare un'offerta, o a partecipare al dialogo competitivo, purché sia disponibile il numero minimo, di cui al paragrafo 2, di candidati qualificati.

Il secondo paragrafo stabilisce che qualora le amministrazioni aggiudicatrici stabiliscono di limitare il numero di candidati che saranno invitati a presentare un'offerta, o a partecipare al dialogo competitivo, devono essere indicati nel bando di gara o nell'invito a confermare l'interesse, i criteri e/o le regole obiettivi e non discriminatori che intendono applicare, il numero minimo di candidati che intendono invitare e, all'occorrenza, il numero massimo.

Il secondo paragrafo, secondo comma , fissa il numero minimo di candidati da invitare. Nelle procedure ristrette il numero minimo di candidati è cinque. Nella procedura competitiva con negoziazione, nella procedura di dialogo competitivo e nel partenariato per l'innovazione il numero minimo di candidati è tre. Il numero di candidati da invitare deve essere comunque sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza.

Il secondo paragrafo, terzo comma , dispone che le amministrazioni aggiudicatrici devono invitare un numero di candidati almeno pari al numero minimo stabilito dal 2° paragrafo. Qualora il numero di candidati che soddisfano i criteri di selezione e i livelli minimi di capacità di cui all'articolo 58, paragrafo 5 è inferiore al numero minimo, l'amministrazione aggiudicatrice può proseguire la procedura invitando i candidati in possesso delle capacità richieste. Non possono essere inclusi nella procedura di gara altri operatori economici che non abbiano fatto richiesta di partecipazione o candidati che non abbiano le capacità e i requisiti richiesti nei documenti di gara.

### **Opportunità**

Sarebbe opportuno, in sede di recepimento, prevedere e normare i criteri di selezione da prevedere nei documenti di gara al fine di limitare la discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice.

#### ***Articolo 66 - Riduzione del numero di offerte e soluzioni***

- *Considerando 42, 43, 44, 45, 46, 50, 63, 67 e 84 Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 44 (Accertamento dell'idoneità e scelta dei partecipanti, aggiudicazione) Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

### **Analisi testo**

L'art. 66 ripropone quanto già previsto dall'art. 44, paragrafo 4 (**Accertamento dell'idoneità e scelta dei partecipanti, aggiudicazione**) della Direttiva 2004/18/CE), salvo il richiamo agli elementi innovativi introdotti dalla Direttiva 2014/24/UE.

Le amministrazioni aggiudicatrici, possono ricorrere alla facoltà di ridurre il numero di offerte da negoziare, di cui all'articolo 29, paragrafo 6, o di soluzioni da discutere di cui all'articolo 30, paragrafo 4, ed effettuano tale riduzione applicando i criteri di aggiudicazione indicati nei documenti di gara. Nella fase finale il numero delle offerte deve consentire di garantire una concorrenza effettiva, purché vi sia un numero sufficiente di offerte, soluzioni o candidati qualificati in possesso dei requisiti di partecipazione previsti nei documenti di gara.

Quanto previsto precedentemente nell'articolo 44, paragrafo 4, della Direttiva 18/2004 è stato recepito nel Codice dei Contratti all'articolo 62, comma 7.

### **Opportunità**

In fase di recepimento, sarebbe opportuno normare i criteri di riduzione del numero di offerte da negoziare o di soluzioni da discutere da indicare nei documenti di gara al fine di limitare la discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice.

**Articolo 67 – Criteri di aggiudicazione dell'appalto**

- Considerando da 89 a 99 Direttive 2014/24/UE
- Articolo 53 Direttiva 2004/18/UE
- Considerando 46 Direttiva 2004/18/UE
- *Disposizione a recepimento obbligatorio con previsione all'interno del paragrafo 2 ultimo capoverso di una disposizione a recepimento facoltativo*

**Analisi testo**

La prima novità introdotta dall'art. 67 della direttiva 24/2014, attiene al diverso utilizzo del termine “Offerta economicamente più vantaggiosa” il quale non indica più un criterio di valutazione delle offerte ma un concetto generale, ovvero che l'amministrazione deve scegliere la migliore soluzione dal punto di vista economico tra quelle offerte.

Nell'attuale quadro normativo, discendente dall'articolo 53 della direttiva 18/2004, il termine “offerta economicamente più vantaggiosa” indica, invece, un criterio di valutazione delle offerte, alternativo al criterio del prezzo più basso. Tale criterio, in alcuni contesti, veniva confuso con il criterio del prezzo più basso, in quanto alle parole economicamente più vantaggiosa si attribuiva un significato puramente economico.

Il nuovo significato attribuito a tale termine risponde quindi all'esigenza di affermare che l'amministrazione nel valutare le offerte deve scegliere quella che è la migliore soluzione anche dal punto di vista economico.

Tale diverso significato risulta dal considerando 89 della direttiva il quale prevede:

*La nozione di criteri di aggiudicazione è fondamentale per la presente direttiva. È pertanto importante che le disposizioni pertinenti siano presentate nel modo più semplice ed efficace possibile. Ciò può essere ottenuto mediante il ricorso al termine «offerta economicamente più vantaggiosa» in quanto concetto prioritario, dal momento che tutte le offerte vincenti dovrebbero essere infine scelte in base a quella che la singola amministrazione aggiudicatrice ritiene essere la migliore soluzione dal punto di vista economico tra quelle offerte. Per evitare confusione con il criterio di aggiudicazione attualmente noto come «offerta economicamente più vantaggiosa» nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, occorre utilizzare un termine diverso per tradurre tale concetto, il «miglior rapporto qualità/prezzo».*

Da tale presupposto discende la formulazione dell'art. 67 paragrafi 1 e 2 ove è previsto che:

1. *Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di taluni servizi, le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa.*
2. *L'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice è individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita conformemente all'articolo 68, e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione . ....*

La Direttiva al considerando 90 conferma, come già previsto nel considerando 46 paragrafo 1 della direttiva 18/2004, che l'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano

il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento per garantire un raffronto oggettivo del valore relativo delle offerte al fine **di determinare, in condizioni di effettiva concorrenza, quale sia l'offerta economicamente più vantaggiosa.**

L'offerta economicamente più vantaggiosa può essere quindi individuata sulla base:

- prezzo più basso o del costo più basso, con un approccio nuovo che valuta l'intero costo in termini di costo/efficacia dell'acquisizione per l'amministrazione
- miglior rapporto qualità/prezzo che dovrebbe sempre includere un elemento relativo al prezzo o al costo. In tal caso l'offerta è valutata sulla base di criteri qualitativi, ambientali e/o sociali connessi all'oggetto dell'appalto.

Con il criterio del miglior rapporto qualità/ prezzo si indica quindi quello che attualmente è il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa .

L'art. 67 indica a titolo non esaustivo alcuni criteri che possono essere utilizzati per valutare il miglior rapporto qualità/prezzo che in parte ripercorrono i criteri già indicati nell'art. 53 della direttiva 18/2004 e in parte introducono delle novità. I criteri vengono raggruppati in tre macro tipologie che attengono alla qualità, all'organizzazione del personale e ai servizi post vendita /consegna:

**1) La qualità** comprende il pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, caratteristiche sociali, ambientali e innovative, la commercializzazione e relative condizioni.

**2) L'organizzazione , le qualifiche e l'esperienza del personale** che possono costituire un criterio di valutazione quando la qualità del personale incaricato può avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto. La direttiva riconosce quindi la possibilità valutare le offerte in relazione all'organizzazione, alle qualifiche e all'esperienza del personale incaricato dell'esecuzione dell'appalto in quanto tali elementi possono incidere sulla qualità dell'esecuzione e sul valore economico dell'offerta. Il considerando 94 evidenzia fra le ipotesi in cui è possibile prevedere questo criterio l'affidamento di servizi intellettuali, quali quelli di consulenza o architettura.

Tale previsione introduce la possibilità di valutare il curriculum del personale che verrà utilizzato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto d'appalto e costituisce un'importante novità che si innesta nel dibattito nazionale sulla valutazione dell'esperienza quale requisito di partecipazione o quale criterio di valutazione. Dalla lettura combinata dell'art. 58 paragrafo 4 relativo ai requisiti di capacità tecniche e professionali , dell'allegato XII il quale prevede fra i mezzi di prova della capacità tecnica, i titoli di studio e professionali del prestatore di servizi .... a condizione che non siano valutati fra i criteri di aggiudicazione, emerge la possibilità di prevedere il curriculum fra gli elementi che possono essere oggetto di valutazione e sempre che lo stesso non sia previsto quale requisito di partecipazione.

Nel caso in cui l'esperienza del personale sia oggetto di valutazione, la direttiva prevede, al considerando 94, che le amministrazioni che si avvalgono della facoltà di valutare l'esperienza del personale devono, con idonei strumenti contrattuali, garantire che il personale addetto all'esecuzione soddisfi effettivamente le norme specifiche di qualità e che tale personale possa essere sostituito solo con il consenso dell'amministrazione che si accerta che il personale sostitutivo sia di livello qualitativo equivalente. Il legislatore comunitario si preoccupa che ciò che è stato promesso e oggetto di offerta e valutazione corrisponda poi in fase di esecuzione ad un obbligo contrattuale e di esecuzione per l'impresa al fine di garantire un'effettiva concorrenza. Tale aspetto è di particolare importanza e occorre tenerlo presente in fase



di recepimento al fine di indirizzare in tal senso le amministrazioni a prevedere tale obbligo nei contratti relativi a prestazioni per le quali l'esperienza del personale è stata oggetto di valutazione ai fini dell'aggiudicazione.

**3) Servizi post-vendita e assistenza tecnica**, condizioni di consegna quali date di consegna, processo di consegna e termine di consegna o di esecuzione.

La direttiva, nel confermare che la scelta dei criteri è demandata alle amministrazioni, individua dei principi generali per l'applicazione dei criteri di valutazione economici e qualitativi prevedendo che gli stessi:

- 1) devono essere connessi con l'oggetto dell'appalto;
- 2) devono permettere una valutazione comparativa del livello di prestazione di ciascuna offerta rispetto all'oggetto dell'appalto;
- 3) non devono conferire alle amministrazioni una libertà incondizionata di scelta
- 4) devono garantire una concorrenza effettiva e leale ed essere accompagnati da disposizioni che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti.

Il legislatore comunitario conferma quindi la necessità per le amministrazioni di valutare e scegliere bene i criteri di valutazione e prevedere elementi connessi all'oggetto dell'appalto e che consentano poi la verifica di quanto offerto dalle imprese in fase di esecuzione.

Il paragrafo 3 dell'articolo 67 prevede che la connessione dei criteri di valutazione rispetto all'appalto può riguardare qualsiasi aspetto della fornitura, del servizio o del lavoro oggetto dell'appalto e in qualunque fase del ciclo di vita compresi fattori coinvolti:

- nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio dei lavori, forniture o servizi ;
- in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita

anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale.

La previsione del paragrafo 3 trova il suo fondamento e motivazione nel considerando 97, 98 e 99 nei quali viene evidenziata la possibilità per le amministrazioni di integrare considerazioni sociali ed ambientali attraverso la definizione di criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione che riguardino l'oggetto dell'appalto sotto ogni aspetto e in qualsiasi fase del suo ciclo di vita dall'estrazione delle materie prime per il prodotto, alla fase di smaltimento dello stesso, compreso fattori coinvolti nel processo di produzione, prestazione o commercio. Nel considerando 97 sono contenuti degli esempi di criteri e condizioni che possono essere oggetto di valutazione :

*“ Criteri e condizioni riguardanti tale processo di produzione o fornitura possono ad esempio consistere nel fatto che la fabbricazione dei prodotti acquistati **non comporti l'uso di sostanze chimiche tossiche o che i servizi acquistati siano forniti usando macchine efficienti dal punto di vista energetico.** In base alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, vi rientrano anche criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione dell'appalto riguardanti **la fornitura o l'utilizzazione di prodotti del commercio equo** nel corso dell'esecuzione dell'appalto da aggiudicare. I criteri e le condizioni riguardanti il commercio e le relative condizioni possono, per esempio, fare riferimento **alla provenienza del prodotto dal commercio equo, che include l'obbligo di pagare ai produttori un prezzo minimo e una maggiorazione di prezzo.** Condizioni di esecuzione dell'appalto basate su considerazioni ambientali potrebbero riguardare, ad*

*esempio, l'imballaggio, la fornitura e lo smaltimento di prodotti e, per quanto riguarda gli appalti di lavori e servizi, la riduzione al minimo dei rifiuti o l'uso efficiente delle risorse. “*

Il considerando precisa però, ponendo quindi **un limite** alle amministrazioni, che *“Tuttavia, la condizione di un collegamento con l'oggetto dell'appalto esclude criteri e condizioni riguardanti la politica aziendale generale, che non può essere considerata un fattore che caratterizza il processo specifico di produzione o fornitura dei lavori, delle forniture o dei servizi oggetto dell'acquisto. Le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero pertanto avere la facoltà di imporre agli offerenti di attuare una determinata politica aziendale di responsabilità sociale o ambientale.”*

Anche il considerando 98 nel confermare che i criteri di aggiudicazione riguardanti gli aspetti sociali devono essere collegati ai lavori, forniture e servizi oggetto dell'appalto prevede che *“I criteri dovrebbero inoltre essere applicati conformemente alla direttiva 96/71/CE, quale interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, e non dovrebbero essere scelti o applicati in modo da discriminare direttamente o indirettamente gli operatori economici di altri Stati membri o di paesi terzi che sono parti dell'AAP o degli accordi sul libero scambio ai quali l'Unione aderisce. I requisiti riguardanti le condizioni di lavoro fondamentali disciplinate dalla direttiva 96/71/CE, quali le tariffe minime salariali, dovrebbero pertanto rimanere al livello stabilito dalla legislazione nazionale o da contratti collettivi applicati in conformità del diritto dell'Unione nel contesto di tale direttiva. Le condizioni di esecuzione dell'appalto potrebbero anche essere intese a favorire l'attuazione di misure volte a promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne nel lavoro, una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro e la conciliazione tra lavoro e vita privata, la protezione dell'ambiente o il benessere degli animali, a rispettare in sostanza le disposizioni delle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) e ad assumere un numero di persone svantaggiate superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale.”*

Il considerando 99 prevede, confermando l'attenzione agli aspetti sociali, poi la possibilità di prevedere fra i criteri di aggiudicazione o fra le condizioni di esecuzione *“misure intese alla tutela della salute del personale coinvolto nei processi produttivi, alla promozione dell'integrazione sociale di persone svantaggiate o di membri di gruppi vulnerabili nel personale incaricato dell'esecuzione dell'appalto o alla formazione riguardante le competenze richieste per l'appalto, purché riguardino i lavori, le forniture o i servizi oggetto dell'appalto. Per esempio, tali criteri o condizioni potrebbero riferirsi, tra l'altro, all'assunzione di disoccupati di lunga durata, all'attuazione di azioni di formazione per disoccupati o giovani nel corso dell'esecuzione dell'appalto da aggiudicare. Nelle specifiche tecniche le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere requisiti di natura sociale che caratterizzano direttamente il prodotto o servizio in questione, quali l'accessibilità per persone con disabilità o la progettazione adeguata per tutti gli utenti.”*

Le amministrazioni alla luce delle previsioni della direttiva hanno quindi ampi margini di discrezionalità nell'individuazione dei criteri di valutazione delle offerte incontrando però i limiti derivanti:

- dalla connessione con l'oggetto dell'appalto inteso in senso ampio,
- dalla necessità di garantire una concorrenza effettiva e quindi di non conferire alle amministrazioni una libertà incondizionata di scelta;
- dall'essere accompagnati da disposizioni che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti.

La direttiva contiene poi alcune importanti novità relativamente all'aspetto economico delle offerte al fine di indirizzare le amministrazioni a valutare con attenzione l'incidenza degli aspetti economici nella scelta del criterio di valutazione delle offerte.

L'aspetto economico può essere valutato solo relativamente al costo diretto di acquisizione della fornitura, del servizio o del lavoro senza considerare i costi indiretti che l'amministrazione sarà chiamata a sostenere nel corso del ciclo di vita di quella fornitura, servizio o lavoro per il suo utilizzo/manutenzione o per la dismissione dello stesso, in questo caso oggetto di valutazione sarà il solo prezzo oppure in linea con l'attenzione agli aspetti ambientali e sociali la direttiva prevede la possibilità di valutare le offerte tenendo conto dei costi diretti e indiretti che l'amministrazione sarà chiamata a sostenere durante tutta la vita di utilizzo della fornitura o dell'opera o svolgimento del servizio attraverso la valutazione del costo del ciclo di vita il cui utilizzo è disciplinato dall'art. 68 al quale si rinvia.

Un ulteriore aspetto evidenziato dalla direttiva risiede nel fatto che, come si evince dal considerando 90, l'offerta economicamente più vantaggiosa non dovrebbe prescindere da una valutazione anche dei costi e quindi i criteri qualitativi devono essere accompagnati da un criterio sui costi in termini di prezzo o costo del ciclo di vita. L'elemento economico dovrebbe costituire un elemento da valutare sempre.

Tale previsione può trovare un'eccezione però in presenza di disposizioni nazionali che determinino la remunerazione di determinati servizi o impongano un prezzo fisso per determinate forniture. In tal caso è prevista la possibilità di valutare il rapporto qualità/prezzo sulla base di fattori diversi dal solo prezzo. L'art 67 paragrafo 2 penultimo capoverso prevede, a tal fine, che l'elemento relativo al costo può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori competono su criteri qualitativi.

Tale previsione trova la sua base nel considerando 93 il quale precisa che, anche laddove vi siano disposizioni nazionali che determinano la remunerazione di taluni servizi o impongano un prezzo fisso per determinate forniture, resta possibile valutare il rapporto qualità/prezzo sulla base di fattori diversi dal solo prezzo o dalla sola remunerazione. Nel considerando sono contenuti degli esempi di fattori che possono essere oggetto di valutazione fra i quali anche fattori che privilegiano gli aspetti ambientali o sociali. In ultimo il considerando 93 raccomanda, data l'ampia possibilità di valutare la qualità/prezzo sulla base di criteri sostanziali, di evitare il ricorso al sorteggio quale unico mezzo di aggiudicazione.

La valutazione sulla base solo degli elementi economici dell'offerta può poi essere esclusa dagli Stati membri al fine di incoraggiare maggiormente l'orientamento alla qualità degli appalti pubblici. Il considerando 90 prevede a tal fine la possibilità per gli Stati membri di proibire o limitare il ricorso al solo criterio del prezzo o del costo per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa qualora tale criterio non sia ritenuto appropriato.

Al fine di dare attuazione a tale considerazione nell'art. 67 all'ultimo capoverso del paragrafo 2 è previsto una disposizione a recepimento facoltativo che attribuisce agli stati membri la possibilità di escludere l'utilizzo del prezzo o del costo come unico criterio di aggiudicazione o di limitarne l'uso a determinate categorie di amministrazioni o a determinati tipi di appalto.

Questa è una disposizione a recepimento facoltativo, non prevista nella precedente direttiva, sulla quale occorrerà operare una scelta in fase di recepimento.

La nuova direttiva conferma la necessità di indicare nella documentazione di gara i criteri di aggiudicazione dell'appalto nonché la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di tali criteri, al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento in sede di aggiudicazione degli appalti ed assicurare la trasparenza necessaria per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità che saranno applicati nella decisione di aggiudicazione dell'appalto. Tale previsione può non essere rispettata in casi debitamente giustificati, che le amministrazioni devono essere in grado di motivare, quando la ponderazione non può essere stabilita preliminarmente, in particolare a causa della complessità dell'appalto. In questi casi le amministrazioni dovrebbero però indicare i criteri in ordine decrescente

d'importanza. Quest'ultima previsione deve essere coordinata con l'attuale disciplina contenuta nella normativa nazionale che prevede l'impossibilità per le commissioni giudicatrici di definire, dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, sub criteri e relativi sub punteggi e criteri motivazionali. In fase di recepimento occorre definire come poi l'indicazione di criteri in ordine decrescente d'importanza possa essere coniugata in fase di valutazione garantendo il rispetto dei principi di parità di trattamento e trasparenza .

L'art 67 riconferma poi la possibilità di prevedere nell'ambito del peso attribuito a ciascun criterio di valutazione una forcella, intesa come soglia minima da raggiungere, purchè lo scarto tra il minimo ed il massimo sia adeguato.

### **Opportunità**

La nuova direttiva risolve la problematica sulla valutazione dell'esperienza del personale coinvolto nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali soprattutto per gli affidamenti di servizi nei quali l'esperienza e la capacità dello stesso incide direttamente sul livello di qualità delle prestazioni. Ciò non esclude l'applicazione di tale previsione anche per gli appalti di lavori laddove, in relazione ai lavori da svolgere, l'esperienza del personale può costituire un elemento di differenziazione per l'esecuzione dell'opera. Per sfruttare bene questa opportunità bisogna però partire dalla considerazione che questa possibilità può essere utilizzata solo in presenza di prestazioni intellettuali o specialistiche per le quali la formazione e l'esperienza del personale riveste un ruolo importante e non in tutte le tipologie di appalti di servizi o lavori anche in considerazione del vincolo che si viene a costituire per l'impresa sull'utilizzazione di quel personale e sua sostituibilità solo previo consenso dell'amministrazione . Tale previsione, quindi, per essere ben utilizzata richiede la definizione nella documentazione di gara e nel contratto di clausole o modalità di controllo che assicurino che il personale promesso ed offerto sia effettivamente impiegato nell'esecuzione, altrimenti la valutazione dell'esperienza del personale non si tradurrà in un vantaggio per le amministrazioni nella fase di valutazione delle offerte e rischia di falsare la concorrenza fra le imprese.

La Direttiva introduce poi, attraverso l'attenzione ai criteri ambientali e sociali, la possibilità di utilizzare in senso ampio i criteri di valutazione andando a valutare elementi collegati alla prestazione. Tale possibilità richiede un approccio più attento alla definizione dei criteri di valutazione per poter sfruttare al meglio il valore aggiunto degli stessi.

La definizione del criterio per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa diventa quindi un momento fondamentale per l'amministrazione e la scelta deve trovare i suoi fondamenti nel progetto della fornitura, del servizio o dell'opera in quanto i criteri di aggiudicazione devono essere strettamente collegati con le caratteristiche del progetto messo a gara e tradursi poi in vincoli contrattuali nella fase di esecuzione del contratto.

### **Criticità**

La previsione all'interno dell'art. 67 per gli stati membri di proibire o limitare il ricorso al solo criterio del prezzo o del costo per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa richiede una attenta valutazione in fase di recepimento da parte del legislatore nazionale.

Attualmente il nostro legislatore ha previsto all'interno del regolamento di attuazione al D.Lgs 163/2006 per alcuni settori (appalti attinenti a servizi di progettazione, pulizie e buoni pasto) l'utilizzo in via prioritaria del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non escludendo tuttavia del tutto il criterio del prezzo più basso ad esempio con la circolare Ministero delle Infrastrutture n. 4536 del 30 ottobre 2012 è stato

previsto la possibilità di utilizzare solo il prezzo per gli affidamenti di servizi di progettazione di importo non superiore a 100.000 euro.

La disposizione apre per il nostro stato la possibilità di escludere l'utilizzo del prezzo o del costo come unico criterio di aggiudicazione o di limitarne l'uso a determinate categorie di amministrazioni o a determinati tipi di appalto. Dall'esame della disposizione emergono quattro possibilità:

- escludere totalmente l'aggiudicazione sulla base del solo prezzo o costo e quindi prevedere sempre l'aggiudicazione sulla base di parametri qualità/prezzo;
- consentire solo ad alcune amministrazioni di poter utilizzare per l'aggiudicazione anche solo il prezzo o il costo;
- escludere solo per alcune tipologie di appalto l'aggiudicazione sulla base del solo prezzo o costo.
- non usufruire di tale facoltà e lasciare alle amministrazioni la possibilità e la scelta di poter aggiudicare valutando solo il prezzo o qualità e prezzo.

Il recepimento di questa disposizione implica valutazioni complesse da effettuarsi in relazione:

- all'ampia casistica dei beni oggetto di acquisto da parte delle amministrazioni che in alcuni casi non si prestano ad aggiudicazioni su parametri qualità/prezzo ;
- sulla maggiore complessità dell'aggiudicazione nel caso di valutazione di fattori di qualità e prezzo che in presenza di importi modesti rischia di appesantire l'attività delle amministrazioni ed essere disincentivante anche per la partecipazione delle imprese.

Anche la possibilità di limitare tale possibilità per alcune amministrazioni richiede una valutazione attenta in quanto se la limitazione avviene verso le piccole amministrazioni si rischia di bloccare la loro attività in quanto le stesse si potrebbero trovare in difficoltà ad utilizzare sempre il criterio qualità/prezzo.

L'esclusione del criterio del solo prezzo comporta poi, in presenza di un mercato che attualmente è orientato al prezzo più basso, un impatto sulle amministrazioni e sulle imprese che devono utilizzare nuove modalità di approccio per la definizione e gestione dell'aggiudicazione sulla base di parametri prezzo/ qualità e quindi un necessario accompagnamento delle stesse verso il cambiamento.

La preferenza accordata dalla direttiva verso la valutazione delle offerte in termini di criteri qualità / prezzo richiama l'importanza della fase di progettazione da parte delle amministrazioni perchè è in tale fase che occorre individuare, unitamente al progettista, gli elementi da valutare per pervenire all'aggiudicazione, tradurre gli stessi nella documentazione di gara e nel contratto con l'obiettivo di definire criteri di valutazione che siano :

- connessi con l'oggetto dell'appalto;
- portino alla formulazione di offerte tecniche nelle quali siano chiaramente individuabili le prestazioni offerte oggetto di valutazione per il successivo inserimento delle stesse nei contratti ai fini dell'esecuzione,

Nei contratti, relativamente alle prestazioni offerte e valutate e per le caratteristiche delle quali il concorrente ha conseguito l'aggiudicazione, dovranno essere previste ipotesi di penali o di risoluzione, nei casi più gravi, laddove in fase di esecuzione si riscontri un adempimento delle prestazioni diverso da quanto offerto.

## **MPMI**

L'applicazione del criterio qualità/prezzo può costituire per le imprese, nel medio/lungo periodo, un'opportunità per far emergere le loro capacità o assicurare una maggiore concorrenza, ma, nell'immediato, richiede maggiori oneri per la formulazione delle offerte tecniche.

#### **Articolo 68 – Costi del ciclo di vita**

- *Considerando da 92, 95 e 96 Direttive 2014/24/UE*
- *Non previsto nella Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

La direttiva introduce una novità in tema di valutazione economica delle offerte con un approccio del prezzo in termini di costo/efficacia al fine di consentire la valutazione economica di una fornitura, di un lavoro o di un servizio tenendo conto di tutti i costi derivanti dallo stesso e legati al suo ciclo di vita dall'acquisizione, all'utilizzo fino allo smaltimento. Come evidenziato nel considerando 96 *il concetto di costo del ciclo di vita abbraccia i costi interni, come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l'uso e la manutenzione e i costi di smaltimento finale ma può anche abbracciare costi imputabili a esternalità ambientali quali l'inquinamento causato dall'estrazione delle materie prime utilizzate nel prodotto ovvero causato dal prodotto stesso o dalla sua fabbricazione, a condizione che possano essere monetizzati e controllati.*

L'art. 68 prevede fra i costi del ciclo di vita che possono essere valutati, ove pertinenti, :

a) costi sostenuti dall'amministrazione o da altri utenti quali:

- costi relativi all'acquisizione;
- costi connessi all'utilizzo, quali consumo di energia e di altre risorse;
- costi di manutenzione;
- costi relativi alla fine di vita, come i costi di raccolta e riciclaggio;

b) costi imputabili a esternalità ambientali legate ai prodotti, ai servizi o lavori nel corso del ciclo di vita a condizione che il loro valore monetario possa essere determinato e verificato. Tra tali costi possono essere ricompresi i costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici.

La valutazione dei costi legati all'intero ciclo di vita è in linea con l'attenzione che la direttiva riserva alle tematiche ambientali.

Ai fini della valutazione di tali costi nei documenti di gara devono essere indicati i dati che gli offerenti devono fornire ed il metodo che l'amministrazione impiegherà per determinare i costi del ciclo di vita. La valutazione non è lasciata alla discrezionalità dell'amministrazione ma deve fondarsi su metodi predefiniti. In particolare per la valutazione dei costi imputati alle esternalità ambientali il metodo deve soddisfare tutte le seguenti condizioni:

1. essere basato su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori. Se il metodo non è stato previsto per una applicazione ripetuta o continua, lo stesso non deve favorire né svantaggiare indebitamente taluni operatori economici;
2. deve essere accessibile a tutti;

3. i dati richiesti possono essere forniti con ragionevole sforzo da operatori normalmente diligenti, compresi operatori di paesi terzi parti dell'APP o di altri accordi internazionali che l'Unione deve rispettare.

La direttiva prevede la possibilità di definire metodi a livello nazionale, regionale o locale. Questi metodi, al fine di evitare distorsioni della concorrenza attraverso metodologie ad hoc, dovrebbero essere generali e non definiti per una particolare procedura. A tal fine si prevede la necessità di elaborare metodologie comuni a livello di Unione le quali una volta approvate con atto legislativo, devono essere applicati da tutti per la valutazione dei costi del ciclo di vita. L'allegato XIII contiene l'elenco degli atti legislativi che approvano metodi comuni per la valutazione del costo del ciclo di vita. Questo allegato attualmente prevede la direttiva 33/2009 che riguarda la promozione di veicoli puliti e a basso consumo energetico nel trasporto su strada, recepita nel nostro ordinamento con il D.Lgs. 24 del 2001. La direttiva all'art. 5 prevede la metodologia di calcolo dei costi di esercizio durante l'intero ciclo di vita connessi al consumo energetico, ai costi relativi all'emissione di CO<sub>2</sub> e alle emissioni di sostanze inquinanti che sono imputabili all'esercizio del veicolo al fine di trasformare in valore monetario tali costi e poter valutarli in fase di acquisto dei veicoli. Alla Commissione viene conferito il potere di adottare atti per aggiornare l'elenco se una nuova legislazione rende obbligatorio un metodo comune.

### **Opportunità/Criticità**

La valutazione dei costi complessivi legati all'acquisizione di una fornitura o alla realizzazione di un'opera è in linea con l'attenzione che la direttiva riserva alle finalità ambientali, sociali e implica un cambiamento di approccio da parte delle amministrazioni nella valutazione dell'impatto economico derivante dall'acquisto di un prodotto o dalla realizzazione di un'opera.

L'applicazione di tale modalità non può essere immediata in quanto richiede la definizione di metodologie comuni che devono essere inserite nella documentazione di gara per rendere trasparente i dati che sono oggetto di esame e i costi/ parametri che le imprese devono fornire ai fini della valutazione.

### **MPMI**

I costi e i dati che le imprese devono fornire, se complessi, possono favorire le imprese più grandi a sfavore delle MPMI e quindi impedire di fatto alle stesse la partecipazione alle gare .

### ***Articolo 69 – Offerte anormalmente basse***

- *Considerando 103 Direttiva 2014/24/UE*
- *Art. 55 Direttiva 2004/18/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

### **Analisi del testo**

L'art. 69 riproduce nella sostanza il contenuto dell'art. 55 della Direttiva 18/2004 precisando meglio le situazioni in presenza delle quali un'offerta può essere respinta da parte delle amministrazioni.

La disposizione prevede che le amministrazioni in presenza di un'offerta che appare anormalmente bassa devono imporre agli operatori di fornire spiegazioni sul prezzo e sui costi proposti.

La norma conferma quanto già previsto in precedenza, ovvero che le spiegazioni possono riferirsi ad aspetti quali l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti o dei servizi o del metodo di costruzione, le soluzioni tecniche o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente, l'originalità dei lavori, delle forniture e dei servizi proposti, e precisa meglio gli aspetti legati al rispetto delle condizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro attraverso una nuova formulazione.

L'art. 69 al paragrafo 2 lett. d) richiama, a tal fine, la necessità che l'operatore economico rispetti gli obblighi previsti dall'art. 18 paragrafo 2 ovvero gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi e dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X ed alla lett. e) si prevede il rispetto dei medesimi obblighi da parte del subappaltatore.

L'offerta può essere respinta se l'operatore non riesce, tenendo conto degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro, a giustificare il basso livello dei prezzi o di costi proposti. In caso di mancato rispetto degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro invece l'offerta deve essere respinta dall'amministrazione.

La disposizione riconferma che fra le motivazioni può essere accettato l'ottenimento da parte dell'offerente di un aiuto di stato purché questo sia compatibile con il mercato interno ai sensi dell'art. 107 del TFUE.

Ai fini della valutazione delle spiegazioni fornite dagli operatori la disposizione prevede che gli stati membri, su richiesta, mettono a disposizione degli altri stati a titolo di collaborazione amministrativa tutte le informazioni a loro disposizione quali leggi, regolamenti, contratti collettivi universalmente applicabili o norme tecniche nazionali.

### **Opportunità/Criticità**

L'art. 69 nel rafforzare e precisare meglio i vincoli che le amministrazioni devono tener presente nella valutazione dei prezzi o costi offerti, non introduce modifiche di rilievo rispetto alla disciplina precedente. Il procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse presenta però nel nostro ordinamento alcune criticità di seguito evidenziate per le quali in fase di recepimento occorrerebbe trovare delle soluzioni:

- il procedimento risulta particolarmente lungo nelle tre fasi in cui è attualmente articolato;
- per i lavori sotto soglia, in forza delle deroghe introdotte attraverso il meccanismo dell'esclusione automatica, non consente un confronto concorrenziale fra gli operatori;
- i meccanismi matematici previsti per l'individuazione delle offerte anomale e l'obbligatorietà di procedere in presenza dei presupposti derivanti dalla loro applicazione, anche laddove i prezzi offerti non siano particolarmente bassi, appesantisce l'attività delle amministrazioni e allunga i tempi del procedimento;
- la difficoltà per le amministrazioni di escludere offerte particolarmente basse, se non in presenza di situazioni in cui può essere dimostrato che l'offerta non ha tenuto conto di tutti i costi necessari o ha violato obblighi in materia di lavoro, per l'elevato contenzioso derivante dall'impugnativa da parte degli operatori esclusi.

### **Articolo 70 - Condizioni di esecuzione dell'appalto**

- *Considerando 104 Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 26 Direttiva 2004/18/CE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*



## Analisi testo

Con l'art. 70 "Condizioni di esecuzione dell'appalto" la Direttiva n. 24 ripropone, con alcune modifiche, l'art. 26 della Direttiva n. 18.

Finalità delle condizioni di esecuzione di un appalto, come previsto nel considerando 104 della Direttiva n. 24, è quella di stabilire requisiti specifici per quanto riguarda l'esecuzione dell'appalto. Tali condizioni, a differenza dei criteri di aggiudicazione dell'appalto che costituiscono la base di una valutazione comparativa della qualità delle offerte, sono requisiti oggettivi prestabiliti che non incidono sulla valutazione delle offerte.

Confrontando i testi delle Direttive 24 e 18 si evidenziano due differenze:

- 1) la prima attinente alla possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici di esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto: nel testo della Direttiva n. 18 tale possibilità era consentita "purché siano compatibili con il diritto comunitario"; nel testo della Direttiva n. 24 la possibilità è consentita "purché collegate all'oggetto dell'appalto ai sensi dell'articolo 67, paragrafo 3," vale a dire, come specifica il citato considerando, che non solo le condizioni di esecuzione di un appalto dovrebbero essere compatibili con il diritto comunitario, ma devono essere collegate all'oggetto dell'appalto, che comprende tutti i fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o commercializzazione. Ciò include le condizioni concernenti il processo di esecuzione dell'appalto, ma esclude i requisiti riguardanti la politica aziendale generale.

Come già previsto dalla Direttiva n. 18, anche nella 24 le condizioni di esecuzione di un appalto dovrebbero essere indicate nel bando di gara, nell'avviso di preinformazione utilizzato come mezzo per indire la gara o nei documenti di gara.

- 2) la seconda differenza riguarda la "natura" delle condizioni che le amministrazioni possono esigere nell'esecuzione del contratto: mentre la Direttiva n. 18 richiama esclusivamente "considerazioni... che possono basarsi su considerazioni sociali e ambientali", la Direttiva n. 24 parla di "condizioni che possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione" dimostrando, in tal senso, una maggiore sensibilità all'attuale momento socio-economico.

Il legislatore del Codice dei contratti si è occupato delle condizioni di esecuzione dell'appalto all'art. 69, prevedendo la possibilità per le stazioni appaltanti di esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri.

In linea con la Direttiva 18, l'art. 69 richiama, quanto alla natura delle condizioni, esigenze sociali o ambientali.

## Articolo 71 - Subappalto

- *Considerando 105 Direttiva 2014/24/UE*
- *Articolo 25 Direttiva 2004/18/CE*
- *Articolo 118 Codice dei contratti*

- *Disposizione a recepimento obbligatorio, all'interno sono previste delle facoltà per gli Stati membri di imporre alle amministrazioni determinati adempimenti o di introdurre disposizioni di diritto interno più stringenti.*

## **Analisi testo**

### **Art.71, paragrafo 2**

Prima di procedere all'esame delle singole novità e valutare l'opportunità o meno di recepimenti, occorre fare una premessa su quella che è la ratio che sta alla base della disciplina comunitaria del subappalto, vale a dire, creare una forma di organizzazione imprenditoriale nella fase di esecuzione dei contratti per consentire la partecipazione di micro, piccole e medie imprese al mercato degli appalti pubblici" (cfr. trentaduesimo considerando della Direttiva n. 18).

Tale ratio è sicuramente differente da quella che sta alla base della disciplina nazionale del subappalto, istituito la cui originaria regolamentazione ( v. articolo 339 della legge fondamentale sui lavori pubblici 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F ) ha subito una profonda evoluzione in ragione dell'interesse pubblico a contrastare il diffondersi del fenomeno della criminalità organizzata.

Dall'esigenza nazionale di "controllare" l'istituto, dovrebbe muovere anche l'eventuale recepimento delle nuove disposizioni, che dovrà costituire l'occasione per mettere mano a tutta la normativa in materia e cercare di risolvere le (tante) criticità del sistema nazionale.

Passando ad esaminare la nuova Direttiva, si rileva che sono molte le novità introdotte in materia di subappalto.

Elemento in comune tra le Direttive 24 e 18 sopra riportate è il principio, contenuto nell'art. 25 della Direttiva 18, ripreso integralmente dall'art.71, paragrafo 2, della Direttiva n. 24, che prevede che "Nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti."

Trattasi di una disposizione a recepimento facoltativo che dà la possibilità ad uno stato membro di introdurre l'obbligo, in caso di subappalto, di indicare già in sede di gara i nominativi dei subappaltatori proposti.

### **Opportunità e criticità**

Da rilevare che tale possibilità, esistente anche sotto la vigenza della precedente Direttiva, non è stata recepita dal legislatore nazionale che, all'art. 118 dedicato al subappalto, contempla l'obbligo, per i concorrenti che intendono avvalersi del subappalto, all'atto dell'affidamento, di indicare soltanto i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo, non anche il nominativo del subappaltatore.

Va segnalato che di recente si è andato affermando l'orientamento giurisprudenziale volto a riconoscere il c.d. "subappalto necessario o avvalimento sostanziale" (cfr. Cons. St., Sez. V, n. 4405 del 28.08.2014; Cons. St., Sez. IV, 13 maggio 2014, n. 1224; Cons. St., Sez. V, 21 novembre 2012, n. 5900), secondo il quale l'art. 118 c.2 d.lgs 163/2006 (che sottopone l'affidamento in subappalto alla condizione, fra le altre, che i concorrenti all'atto dell'offerta abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo) va interpretata nel senso che la

dichiarazione in questione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore unitamente alla dimostrazione del possesso, in capo a costui, dei requisiti di qualificazione, ogniqualvolta il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione; al contrario, può essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente disponga autonomamente delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara.

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (cfr. Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012) si è espressa in senso contrario ed ha ritenuto che la normativa citata non comporta l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede in offerta, ma solamente l'obbligo di indicare le quote che il concorrente intende subappaltare, qualora non in possesso della qualificazione per la categoria scorponabile.

Si ritiene che in sede di recepimento il legislatore debba fare chiarezza fornendo, innanzitutto, una precisa definizione di "subappalto", oltre ad affrontare la problematica sopra evidenziata al fine di dare maggiore trasparenza alle imprese nel momento in cui partecipano alla gara, anche in considerazione dell'attuale nuova normativa in materia di qualificazione.

Il principio sopra riportato è l'unico punto in comune tra le due direttive. Seguono una serie di **novità** introdotte dalla Direttiva 24.

#### **Art.71, paragrafi 1, 3, 7, 5**

- a) *Obblighi del subappaltatore in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro*; il **paragrafo 1** dell'art. 71 richiama indirettamente anche per i subappaltatori l'obbligo di osservare quanto richiesto dall'art. 18, paragrafo 2, della Direttiva n. 24, vale a dire il rispetto, da parte degli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, degli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X, attraverso azioni adeguate delle autorità nazionali competenti che agiscono nell'ambito delle rispettive responsabilità e competenze.

Occorre ricordare che il legislatore nazionale si è già mostrato sensibile a tali argomenti (cfr. art. 118, comma 6 in tema di obbligo di osservare integralmente quanto stabilito dai CCNL; disciplina in materia di Documento unico di regolarità contributiva);

- b) *Pagamento diretto dei subappaltatori*; il pagamento diretto del subappaltatore è oggetto di duplice previsione normativa all'interno dell'articolo dedicato dalla Direttiva n. 24 al subappalto. In particolare, vengono contemplate due fattispecie:
1. possibilità, per gli Stati membri, di prevedere che, su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente, l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca i pagamenti dovuti direttamente al subappaltatore per i servizi, le forniture o i lavori forniti all'operatore economico cui è stato aggiudicato l'appalto pubblico (il contraente principale). Tra tali misure possono rientrare idonei meccanismi che consentano al contraente principale di opporsi a pagamenti indebiti. Gli accordi concernenti tale modalità di pagamento sono indicati nei documenti di gara (art. 71, **paragrafo 3**);
  2. possibilità, per gli Stati membri, di prevedere disposizioni di diritto interno più rigorose in materia di responsabilità, anche nel quadro del diritto interno in materia di pagamenti diretti

ai subappaltatori, ad esempio prevedendo pagamenti diretti ai subappaltatori senza la necessità che questi ultimi facciano richiesta di pagamento diretto.( art. 71, **paragrafo 7**).

### **Opportunità e criticità**

La maggiore sensibilità manifestata dal legislatore comunitario rispetto al tema della tutela dei subappaltatori, spesso MPMI, dal rischio di mancato pagamento, soprattutto alla luce della attuale situazione di crisi economico finanziaria internazionale, è già stata considerata dal legislatore nazionale. Attualmente il Codice dei contratti pubblici contempla la possibilità di pagamento diretto del subappaltatore laddove, all'art. 118, comma 3, prevede che la stazione appaltante deve indicare nel bando che provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite o, in alternativa, che è fatto obbligo agli affidatari di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate. Nel caso di pagamento diretto, gli affidatari comunicano alla stazione appaltante la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore o dal cottimista, con la specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento. Ove ricorrano condizioni di crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario, comprovate da reiterati ritardi nei pagamenti dei subappaltatori o dei cottimisti, o anche dei diversi soggetti che eventualmente lo compongono, accertate dalla stazione appaltante, per il contratto di appalto in corso può provvedersi, sentito l'affidatario, anche in deroga alle previsioni del bando di gara, al pagamento diretto alle mandanti, alle società, anche consortili, eventualmente costituite per l'esecuzione unitaria dei lavori a norma dell'articolo 93 del regolamento di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, nonché al subappaltatore o al cottimista dell'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite. (comma così modificato dall'art. 2, comma 1, lettera bb), d.lgs. n. 113 del 2007, poi dall'art. 13, comma 10, legge n. 9 del 2014) (il pagamento diretto dei subappaltatori è stato reso obbligatorio, qualora si tratti di P.M.I., dall'art. 13, comma 1, lettera a) della legge n. 180 del 2011).

Il pagamento diretto dei subappaltatori in sede di recepimento potrebbe sicuramente dare dei vantaggi alle imprese, tuttavia tale possibilità va valutata anche alla luce della recente normativa sulla fatturazione elettronica per i pagamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, anche in considerazione della natura privatista del contratto tra appaltatore e subappaltatore.

#### *c) Obbligo per il contraente principale, di indicare dati dei subappaltatori;*

Nel considerando 105 è esplicitata la necessità di garantire una certa trasparenza nella catena dei subappalti, in quanto ciò fornisce alle amministrazioni aggiudicatrici informazioni su chi è presente nei cantieri edili nei quali si stanno eseguendo i lavori per loro conto o su quali imprese forniscono servizi negli edifici, infrastrutture o aree, ad esempio municipi, scuole comunali, infrastrutture sportive, porti o autostrade, dei quali le amministrazioni aggiudicatrici sono responsabili o su cui hanno un controllo diretto.

Per tale motivo il **paragrafo 5** dell'art. 71 della Direttiva n. 24 prevede che, nel caso di appalti di lavori e per servizi da fornire presso l'impianto sotto la diretta supervisione dell'amministrazione aggiudicatrice (al comma 4 vengono espressamente esclusi gli appalti di fornitura), dopo l'aggiudicazione dell'appalto e al più tardi all'inizio dell'esecuzione del contratto, sussiste l'obbligo di acquisire le informazioni sui subappaltatori.

In sede di recepimento la nuova normativa lascia agli Stati membri la scelta tra imporre l'obbligo di acquisire le informazioni sulle amministrazioni (nel senso che dovranno essere loro a richiedere al contraente principale nome, recapito e rappresentanti legali dei subappaltatori coinvolti nei lavori o servizi, (così come di comunicare all'amministrazione aggiudicatrice eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del contratto nonché le informazioni richieste per eventuali nuovi subappaltatori coinvolti successivamente

in tali lavori o servizi); ovvero, imporre direttamente al contraente principale l'obbligo di trasmettere le informazioni richieste.

La Direttiva n. 24 prescrive che tali informazioni devono essere accompagnate dalle autodichiarazioni dei subappaltatori come previsto all'articolo 59, vale a dire dal documento di gara unico europeo (DGUE), che consiste in un'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 condizioni di partecipazione alle gare. La norma lascia altresì alla volontà degli Stati membri, in sede di recepimento, di prevedere:

- a) che i subappaltatori presentati a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto forniscano i certificati e gli altri documenti complementari invece dell'autodichiarazione;
- b) che le amministrazioni aggiudicatrici possano, ovvero debbano, verificare eventuali motivi di esclusione dei subappaltatori: qualora, a seguito della verifica espletata, si evidenzino motivi obbligatori di esclusione, le amministrazioni hanno l'obbligo di escludere il subappaltatore; qualora invece, si evidenzino motivi non obbligatori di esclusione, la norma pone l'alternativa agli Stati membri di prevedere che le amministrazioni possono imporre o essere obbligate a imporre che l'operatore economico sostituisca i subappaltatori.

### **Opportunità e criticità**

Anche il legislatore italiano ha ritenuto necessario monitorare i subappalti e, allo scopo, ha previsto un'apposita procedura di autorizzazione nel corso della quale vengono, sostanzialmente, acquisite le informazioni previste dal legislatore comunitario, con la differenza che, mentre in tale sede viene posto l'obbligo di acquisizione dopo l'aggiudicazione dell'appalto e al più tardi all'inizio dell'esecuzione del contratto, in sede nazionale l'obbligo è posto in fase di esecuzione.

Da rilevare che l'adempimento dell'obbligo posto in fase di esecuzione consente sia alle amministrazioni aggiudicatrici, soprattutto in caso di subappalti numerosi, che agli operatori economici partecipanti alla gara di ridurre il carico di lavoro. Un'eccezione potrebbe essere fatta nel caso si debba dare avvio al contratto con lavorazioni da subappaltare immediatamente dopo la stipula del contratto con l'affidatario principale. In tal caso potrebbe risultare utile far partire da subito le verifiche sul subappaltatore, sulla base delle autodichiarazioni rese, nelle more del rilascio dell'autorizzazione al subappalto, che potrà avvenire solo dopo la stipula del contratto.

Quanto alla scelta lasciata agli Stati membri tra imporre l'obbligo di acquisire le informazioni sulle amministrazioni ovvero direttamente sul contraente principale, la natura di "contratto derivato" del contratto di subappalto e il regime di responsabilità vigente tra appaltatore e subappaltatore, fanno propendere per preferire la seconda ipotesi.

*Possibilità di "subappalto a cascata".* Tale possibilità sembra prevista dal paragrafo 5, comma 6, dell'art. 71 della Direttiva n. 24, laddove prevede che: "Le amministrazioni aggiudicatrici possono estendere o possono essere obbligate dagli Stati membri a estendere gli obblighi previsti al primo comma, (vale a dire gli obblighi informativi) ad esempio:

...b) ai subappaltatori dei subappaltatori del contraente principale o ai subappaltatori successivi nella catena dei subappalti."

Com'è noto, il subappalto di opere ricevute in subappalto (il cosiddetto "subappalto a cascata") è vietato nel nostro ordinamento ai sensi dell'art. 118, comma 9 del D.Lgs. n. 163/2006. Attualmente, in deroga a tale

principio generale, è prevista nel Regolamento (DPR n. 207/2010) la possibilità, per il subappaltatore in possesso dei requisiti relativi, di subappaltare la posa in opera di alcuni impianti, strutture e opere speciali.

Si ritiene che il recepimento della possibilità di subappalto a cascata possa costituire una forte criticità, ciò sia in relazione alla necessità di contrastare il diffondersi del fenomeno della criminalità organizzata che nel subappalto trova terreno fertile, sia per l'esigenza di contenere i fenomeni di eccessivi ribassi nella esecuzione delle opere che comportano sistematicamente la violazione della normativa in materia di sicurezza.

#### ***Articolo 72 - Modifica di contratti durante il periodo di validità***

- *Considerando da 107 a 111 Direttiva 2014/24/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

#### **Analisi testo**

La fase di esecuzione del contratto e, in particolare, l'aspetto delle possibili modifiche contrattuali, con la nuova direttiva viene affrontata per la prima volta dal legislatore comunitario.

In effetti la Direttiva n. 18 non si era occupata dell'argomento, concentrandosi sulla fase di affidamento del contratto di appalto.

La nuova disciplina dettata dalla Direttiva n. 24, come evidenziato nel considerando 107, è di derivazione giurisprudenziale.

*Condizioni della giurisprudenza CEG per l'introduzione di modifiche ad un contratto già concluso.*

La Corte di Giustizia Europea ha affrontato l'argomento con la sentenza 19 giugno 2008, n. C-454/06 (Presstext Nachrichtenagentur GmbH contro Republik Österreich (Bund) e altri).

La questione affrontata dalla Corte verteva principalmente nel comprendere quando le modifiche ad un contratto esistente siano così rilevanti da costituire l'aggiudicazione di un nuovo appalto e comportare pertanto l'obbligo di una nuova procedura ad evidenza pubblica. La Corte ha ritenuto che alcune modifiche contrattuali, soprattutto in contratti di lunga durata, devono considerarsi inevitabili e consentite e contestualmente ha affermato che deriva dai principi generali in materia di appalti pubblici un generale divieto di apportare modifiche oggettive e soggettive al contratto già concluso ed in corso di esecuzione.

La Corte individua quattro ipotesi nelle quali le modifiche sono considerate "sostanziali" in quanto "atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali": in tali ipotesi sussiste l'obbligo per le stazioni appaltanti di bandire una nuova gara. In particolare la Corte ha ritenuto che, al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, ai sensi della direttiva 92/50, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto.

La modifica di un appalto pubblico in corso di validità può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione

di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata.

Del pari, una modifica dell'appalto originario può considerarsi come sostanziale allorché essa estende l'appalto, in modo considerevole, a servizi inizialmente non previsti. Tale ultima interpretazione è corroborata dall'art. 11, n. 3, lett. e) ed f), della direttiva 92/50, il quale stabilisce, per gli appalti pubblici di servizi aventi ad oggetto, esclusivamente o principalmente, servizi elencati all'allegato I A di tale direttiva, talune restrizioni rispetto alla misura in cui le amministrazioni aggiudicatrici possono ricorrere alla procedura negoziata per attribuire servizi complementari a quelli oggetto di un appalto inizialmente aggiudicato.

Una modifica può altresì considerarsi sostanziale allorché altera l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario dell'appalto in modo non previsto dai termini dell'appalto originario.

#### *La Direttiva n. 24.*

La Direttiva n. 24 riprende le soluzioni individuate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Dall'analisi del testo si ricava che il legislatore comunitario ha individuato sostanzialmente tre tipologie di modifiche che possono potenzialmente presentarsi durante l'esecuzione di un contratto e, precisamente:

1. *Modifiche sostanziali (non ammesse) (paragrafo 4).* Una modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua validità è considerata sostanziale quando muta sostanzialmente la natura del contratto o dell'accordo quadro rispetto a quello inizialmente concluso. In particolare, una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:
  - a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;
  - b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale o nell'accordo quadro;
  - c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto o dell'accordo quadro;
  - d) se un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al paragrafo 1, lettera d).
2. *Modifiche sostanziali (ammesse, paragrafo 1., lettera c).* Sono le modifiche che pur essendo sostanziali, non richiedono una nuova procedura di appalto, purché siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:
  - a) la necessità di modifica è determinata da circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice diligente non ha potuto prevedere;
  - b) la modifica non altera la natura generale del contratto;
  - c) l'eventuale aumento di prezzo non è superiore al 50 % del valore del contratto iniziale o dell'accordo quadro. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare la direttiva;
  - d) se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali ai sensi del paragrafo 4..

Il considerando 109 contiene la ratio della disposizione in argomento laddove riporta che le amministrazioni aggiudicatrici si trovano a volte ad affrontare circostanze esterne che non era possibile prevedere quando hanno aggiudicato l'appalto, in particolare quando l'esecuzione dell'appalto copre un periodo lungo. In questo caso è necessaria una certa flessibilità per adattare il contratto a tali circostanze, senza ricorrere a una nuova procedura di appalto.

Nel considerando è anche contenuta la definizione di "circostanze imprevedibili", dovendosi intendersi come tali quelle che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile.

La disposizione non si applica qualora una modifica comporti una variazione della natura generale dell'appalto, ad esempio sostituendo i lavori, le forniture o i servizi oggetto dell'appalto con qualcosa di diverso, oppure comporti un cambiamento sostanziale del tipo di appalto poiché, in una situazione di questo genere, è possibile presumere un'influenza ipotetica sul risultato.

*3. Modifiche non sostanziali (ammesse, paragrafo 1., lettera b e paragrafo 2.).*

a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, o opzioni. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche od opzioni, nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate. Esse non apportano modifiche o opzioni che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro. Nel considerando n. 111 è previsto che, rispetto ai singoli contratti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la possibilità di prevedere modifiche mediante clausole di revisione o di opzione, senza che tali clausole conferiscano loro discrezionalità illimitata;

b) per lavori, servizi o forniture supplementari da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente:

i) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale; e

ii) comporti per l'amministrazione aggiudicatrice notevoli disagi o una consistente duplicazione dei costi;

Tuttavia, l'eventuale aumento di prezzo non deve eccedere il 50 % del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare la direttiva;

c) Inoltre, e senza ulteriore bisogno di verificare se le condizioni di cui al paragrafo 4, lettere da a) a d), sono rispettate, i contratti possono parimenti essere modificati senza necessità di una nuova procedura d'appalto a norma della direttiva se il valore della modifica è al di sotto di entrambi i valori seguenti:

i) le soglie fissate all'articolo 4; e

ii) il 10 % del valore iniziale del contratto per i contratti di servizio e fornitura e il 15 % del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori.



Tuttavia la modifica non può alterare la natura complessiva del contratto o accordo quadro. In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche.

Accanto a quelle sin qui illustrate, che configurano “modifiche oggettive” al contratto, la Direttiva n. 24/2014 contempla anche la possibilità di “modifiche soggettive” al contratto in essere ( paragrafo 1, lett. d)).

I contratti possono essere modificati senza una nuova procedura d'appalto:

d) se un nuovo contraente sostituisce quello a cui l'amministrazione aggiudicatrice aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze:

i) una clausola o opzione di revisione inequivocabile in conformità della lettera a);

ii) all'aggiudicatario iniziale succede, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione della presente direttiva; o

iii) nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice stessa si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori, ove tale possibilità sia prevista dalla legislazione nazionale a norma dell'articolo 71;

e) se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali ai sensi del paragrafo 4.

### **Opportunità e criticità**

Passando a confrontare le nuove disposizioni comunitarie con l'attuale ordinamento nazionale si rileva quanto segue.

La disciplina nazionale in materia di modifica del contratto appalesa un impianto normativo connotato da una **serie di limitazioni** alla possibilità di apportare modifiche al contratto in essere, ciò nel timore di possibili collusioni tra stazione appaltante e appaltatore che, appunto tramite la variante, incrementerebbero l'importo contrattuale in contravvenzione alle norme sulla concorrenza e/o consentirebbero all'appaltatore stesso di recuperare i ribassi eccessivi sempre più spesso presentati per potersi aggiudicare la gara.

Ad oggi il sistema dei limiti posti a quello che è stato definito “ius variandi” dell'amministrazione, risulta così composto:

- a) possibilità di introdurre modifiche solo nelle fattispecie specificamente previste dal legislatore, connotate tutte dal verificarsi di cause sopravvenute, impreviste e imprevedibili (artt. 132 e 114 del D.Lgs. n. 163/2006);
- b) divieto di apportare modifiche tali da mutare sostanzialmente la natura complessiva del contratto (artt. 161, comma 4 e 311, comma 6 del D.P.R. n. 207/2010);
- c) possibilità di apportare modifiche, nelle fattispecie di cui agli artt. 132, comma 1 e 114, entro il limite del quinto, in più o in meno, dell'importo del contratto, alle stesse condizioni del contratto, previa stipula di atto di sottomissione. Al di là di questo limite l'appaltatore ha diritto alla risoluzione

del contratto, ovvero, lo stesso appaltatore può rinegoziare le condizioni e stipulare un contratto aggiuntivo al precedente contratto;

- d) possibilità di apportare modifiche del contratto, in aumento o in diminuzione, finalizzate al miglioramento delle prestazioni contrattuali, sempreché non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto. L'importo in aumento relativo a tali modifiche del contratto non può superare il 5 per cento dell'importo originario del contratto (artt. 132, comma 3 e 114 del D.Lgs. n. 163/2006; art. 311, comma 3 del D.P.R. n. 207/2010);
- e) (per i lavori) non sono considerate modifiche del contratto (e pertanto sono sempre ammessi) gli interventi disposti dal direttore dei lavori per risolvere aspetti di dettaglio, che siano contenuti entro un importo non superiore al 20 per cento per i lavori di bonifica e messa in sicurezza di siti contaminati, non superiore al 10 per cento per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro e al 5 per cento per tutti gli altri lavori delle categorie di lavoro dell'appalto e che non comportino un aumento dell'importo del contratto stipulato per la realizzazione dell'opera (art. 132, comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006).

Andando a confrontare i due sistemi (nazionale e comunitario) si può affermare che la disciplina dettata attualmente dal Codice dei contratti pubblici sembrerebbe, sostanzialmente, in linea con il disposto comunitario in quanto:

- a) entrambe le discipline si fondano sul principio del divieto di mutamento sostanziale della natura del contratto;
- b) entrambe, in presenza di cause sopravvenute e impreviste, prevedono ipotesi tassative in presenza delle quali sono consentite modifica del contratto in corso di contratto, sebbene presentino carattere sostanziale;
- c) entrambe prevedono ipotesi di modifiche del contratto non sostanziali richieste dalla stazione appaltante (paragrafo 2, lettere i) e ii) della Direttiva n. 24/2014 e art. 132, comma 3, 2° cpv del D.Lgs. n. 163/2006).

Le differenze sono le seguenti:

- la disciplina comunitaria, con riferimento alle modifiche di cui alla sopra indicata lettera b), rispetto alla disciplina nazionale è più restrittiva, in quanto prevede l'obbligo di pubblicazione delle modifiche sulla GUCE (paragrafo 1, lettere b) e c); al riguardo, tuttavia, si veda l'intervento normativo a livello statale apportato con la legge di conversione del decreto n. 190 del 2014, con il quale si è posto l'obbligo di trasmissione di tutte le modifica del contratto relative a lavori pubblici ad ANAC);
- la disciplina comunitaria, con riferimento alle modifiche di cui alla sopra indicata lettera c), rispetto alla disciplina nazionale è meno restrittiva, in quanto il legislatore nazionale condiziona la possibilità di apportare tali modifiche contrattuali al verificarsi di circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto, cosa non richiesta a livello comunitario. Pertanto, in sede di recepimento, occorrerà valutare bene i margini di eccessiva discrezionalità che sembrerebbe consentire la disposizione comunitaria;
- la Direttiva comunitaria, a differenza di quella nazionale, dà una definizione di "modifica sostanziale"; si ritiene che in sede di recepimento si debba necessariamente intervenire al riguardo

fornendo una chiara e precisa definizione del concetto di “modifica sostanziale”, in quanto è su questo punto che si gioca gran parte della partita della modifica del contratto, che non può essere lasciata alla discrezionalità del funzionario di turno, con tutti gli aspetti connessi, siano essi positivi o negativi.

#### **Articolo 73 - Risoluzione dei contratti**

- *Considerando 112 Direttiva 2014/24/UE*
- *Articoli da 135 a 139 Codice di contratti*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

#### **Analisi testo**

La ratio dell'art. 73 della nuova direttiva risiede nel fatto che, come previsto nel considerando 112, le amministrazioni aggiudicatrici si trovano a volte ad affrontare circostanze che impongono la risoluzione anticipata di contratti pubblici al fine di rispettare gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione nel settore degli appalti pubblici.

Pertanto gli Stati membri assicurano che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la possibilità, almeno nelle seguenti circostanze e alle condizioni stabilite dal diritto nazionale applicabile, di risolvere un contratto pubblico durante il periodo di validità dello stesso, qualora:

- a) il contratto ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell'articolo 72;
- b) l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'articolo 57, paragrafo 1 (Motivi di esclusione), e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura d'appalto;
- c) l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato all'aggiudicatario in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati e dalla direttiva come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE.

#### **Opportunità e criticità**

L'attuale disciplina nazionale in materia contempla già, nella sostanza, i disposti comunitari. Tra le ipotesi di risoluzione del contratto individuate dalla nuova direttiva, quella di cui alla lettera b) presenta maggiori criticità e pone dubbi interpretativi ai quali in sede di recepimento il legislatore nazionale dovrà fare particolare attenzione. Alla lettera b), in particolare, si prevede che si procede a risoluzione se l'aggiudicatario si è trovato al momento dell'aggiudicazione in una delle situazioni di cui all'art. 57. Tale previsione però non risulta applicabile perchè se al momento dell'aggiudicazione emerge una delle situazioni di cui all'art. 57 non si dovrebbe procedere alla stessa e quindi non si ha un contratto da poter risolvere. Per poter risolvere il contratto i motivi di esclusione dovrebbero sopravvenire dopo l'aggiudicazione ed allora la direttiva vuol indicare che anche in costanza di contratto occorre controllare la permanenza dell'assenza dei motivi di esclusione ed in caso del sopravvenire di tale situazione risolvere il contratto?

**Articolo 74 – Aggiudicazione degli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici**

- Considerando 6, 28, 113, 114, 115, 116 e 117 Direttiva 2014/24/UE
- Art. 21 e Allegati II A e II B Direttiva 2004/18/CE
- Considerando 18 Direttiva 2004/18/CE
- Disposizione a recepimento obbligatorio

**Analisi testo**

La Direttiva 2004/18/CE nel disciplinare i “regimi particolari” esclude taluni servizi (quelli dell’allegato IIB) dalla sua piena applicazione. Durante il periodo di preparazione di quella che ora è la Direttiva 2014/24/UE, la Commissione ha svolto uno studio per la valutazione dell’impatto e dell’efficacia della normativa dell’UE in materia di appalti pubblici, i cui risultati hanno portato, fra l’altro, ad una riconsiderazione di quella decisione, che appunto voleva esclusi taluni servizi dalla piena applicazione della disciplina comunitaria sugli appalti (considerando 113).

In linea generale, le conclusioni di questo studio hanno indotto il legislatore comunitario a estendere la piena applicazione della nuova Direttiva in commento a una serie di servizi prima considerati in parte esclusi e a rideterminare quelle categorie di servizi che, per diverse ragioni, continuano invece ad avere una dimensione transfrontaliera non significativa (*services that continue to have a limited cross-border dimension*) tale per cui è ancora opportuno sottoporle solo a quello che ora viene chiamato regime “alleggerito” (considerando da 114 a 117).

E’ questo il motivo fondante dell’inserimento, all’interno della Direttiva, di regole *ad hoc* per l’aggiudicazione di appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici<sup>9</sup> di cui all’allegato XIV (Titolo II, Capo I). Al di là del regime alleggerito, tali regole hanno comunque come imperativo il rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici.

L’articolo 74, in particolare, nell’ambito dei “**particolari regimi di appalto**” previsti dalla direttiva in esame, apre il capo dedicato ai servizi sociali e agli altri servizi specifici, evidenziando come le **norme comunitarie** (pur se “*alleggerite*”, come precisato) siano obbligatoriamente applicabili (solo) ai **contratti pari o superiori a euro 750.000,00** (soglia dettata espressamente dall’art. 4, lett. d, per tali tipologie di servizi, superiore a quella indicata in generale per i servizi).

La previsione di una soglia differente per i servizi sociali ed altri servizi specifici rispetto a quella prevista per i servizi in generale rappresenta un’**innovazione**; la precedente direttiva 2014/18/CE, infatti, non aveva

<sup>9</sup> Si riporta per immediatezza la descrizione dei servizi di cui all’allegato XIV con la precisazione che, per una più precisa individuazione, si deve fare riferimento al codice CPV ivi indicato:

Servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi

Servizi amministrativi, sociali, in materia di istruzione, assistenza sanitaria e cultura

Servizi di sicurezza sociale obbligatoria (salvo si tratti di servizi non economici di interesse generale, nel qual caso non rientrano nell’ambito di applicazione della presente direttiva)

Servizi di prestazioni sociali

Altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative

Servizi religiosi

Servizi alberghieri e di ristorazione

Servizi legali, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell’articolo 10, lettera c *bis*)

Altri servizi amministrativi e delle amministrazioni pubbliche

Servizi della pubblica amministrazione forniti alla collettività

Servizi penitenziari, di pubblica sicurezza e di soccorso, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell’articolo 10, lettera e *bis*)

Servizi investigativi e di sicurezza,

Servizi internazionali

Servizi postali

Servizi vari: Servizi di rigenerazione pneumatici e Servizi di lavorazione del ferro

previsto - per i servizi di cui trattasi - una soglia specifica e “diversa”. In tal modo si “assottiglia” ulteriormente il campo di azione della normativa comunitaria.

Al di sotto della soglia di euro 750.000 tali appalti sono considerati come “privi di rilevanza comunitaria”, per le ragioni illustrate nei Considerando 114 (servizi alla persona), 115 (servizi alberghieri e di ristorazione), 116 (servizi legali) e 117 (servizi di soccorso, antincendio e servizi penitenziari).

Al di sopra della soglia di 750.000 euro gli Stati membri, come si vedrà, devono invece attenersi alle (poche) norme espressamente dettate dalla Direttiva, relative alla pubblicazione degli avvisi e dei bandi (art. 75) e ai principi per l’aggiudicazione degli appalti (art. 76), potendo tuttavia disciplinare autonomamente le procedure da utilizzare per l’aggiudicazione degli appalti dei servizi in questione.

A questo punto appare opportuno approfondire in questo commento i servizi alla persona, considerata l’importanza del contesto culturale in cui operano e della delicatezza che riveste questa particolare materia.

In via preliminare occorre fare una doverosa breve premessa.

I servizi sociali, in linea generale, sono considerati afferenti ai cosiddetti *servizi “non economici” di interesse generale* (nozione, come noto, “dibattuta”). I servizi in questione non dovrebbero rientrare nel campo di applicazione della direttiva, stante quanto espressamente ora previsto dal *Considerando 6* (ma era così anche prima).

Senonché, nel passaggio dalla più generale tematica dei servizi di interesse generale (S.I.G) e dei sistemi di gestione a quella più concreta degli *affidamenti*, in concreto, dei singoli servizi, ci si è posti, anche in passato, le seguenti domande: a) per quali motivi ed obiettivi si dovrebbero escludere, in tutto o in parte, i servizi in questione dall’applicazione delle regole della concorrenza (comunitaria o meno)? b) l’esclusione deriverebbe dalla materia (la delicatezza dei servizi alla persona, la soddisfazione di diritti fondamentali) o dalla non economicità degli stessi? c) se i servizi sono finanziati in modo consistente dal pubblico, sino ad arrivare ad una completa copertura del costo delle prestazioni, si potrebbe ancora parlare di servizi non economici?

Al fine di fornire una parziale, non definitiva ma pragmatica risposta, si è quindi ragionato sull’esistenza o meno, in concreto, di un potenziale “mercato”. Se esiste cioè, “a monte”, un consistente finanziamento pubblico dei servizi, vi è la possibilità che vi sia, “a valle”, una pluralità di prestatori interessata a concorrere.

In tale prospettiva si è iniziato a parlare di un mercato delle prestazioni sociali, di concorrenza (anche se “temperata”), di *esternalizzazioni*. Ciò per dei servizi che, di norma, venivano affidati, nel nostro Paese, solo al **Terzo settore**, a volte senza previa gara (si pensi alla dibattuta tematica del trasporto di pazienti in ambulanza, ora oggetto di particolare attenzione nel *Considerando 28*).

Ebbene, se vi è concorrenza –si è detto- occorre ragionare di regole, in modo tale che il tutto si possa svolgere ordinatamente.

Ecco che, da una iniziale totale “sottrazione” della materia dall’applicazione delle regole del mercato, come detto sopra, si è passati ad un regime specifico (**art.74 e ss.**) che individua **quali norme e principi**, comunitari e non, debbano e possano essere applicati ai servizi alla persona (o meglio, alle procedure di esternalizzazione degli stessi).

## Opportunità e criticità

L'elevazione della soglia determina: -“in negativo”, la possibilità di sottrarre appalti di rilevante importo alla concorrenza comunitaria; -in positivo l'opportunità per i legislatori (nazionale o **regionale**) di meglio adattare i principi della contrattualistica pubblica allo specifico e delicato settore dei servizi alla persona così come degli altri servizi specifici di cui all'allegato XIV.

Sempre con particolare riferimento ai servizi alla persona, è in fase di studio, a livello nazionale, un **disegno di legge delega** volto a “riformare” il **terzo settore** e anche in tale sede (quasi sempre i servizi alla persona sono affidati al terzo settore) si potrà quindi ragionare dei sistemi di affidamento dei servizi di cui trattasi (nella bozza di disegno di legge vi è una lettera specifica che parla del fatto che il decreto delegato dovrà affrontare il tema degli affidamenti).

Bisognerebbe comunque evitare il rischio di duplicazioni e/o triplicazioni. Ciò anche in quanto, come è facile immaginare, le **Regioni** “attuano” poi, a loro volta, i principi di cui alla nuova legge nazionale sul Terzo settore. Se è vero che non vi è necessaria “coincidenza” tra T.S. e servizi alla persona (che potrebbero essere prestati anche da soggetti profit) è pur vero che, almeno nelle Regioni del centro e del nord Italia tutti i servizi alla persona sono, di fatto, affidati a soggetti del terzo settore. Ebbene, posto che il legislatore nazionale deve necessariamente recepire la Direttiva comunitaria, mentre il legislatore nazionale è libero di scegliere se inserire o meno la disciplina degli affidamenti di cui trattasi nella legge di riforma del terzo settore, il recepimento della Direttiva appare a questo proposito l'occasione più appropriata per disciplinare anche le procedure di aggiudicazione dei servizi alla persona, per poi lasciare eventualmente alle Regioni (o addirittura agli enti locali) la possibilità di specificare e adattare le norme nazionali al contesto locale.

L'ultima parte del Considerando 114 (sempre ragionando delle opportunità connesse all'esercizio dell'autonomia dei singoli Paesi) prevede quindi che gli Stati membri siano liberi di fornire i servizi sociali tanto direttamente quanto mediante modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi o la concessione di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfino le condizioni definite in precedenza dall'amministrazione, *senza che vengano previsti limiti o quote*, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione.

Grande **autonomia/libertà** quindi, anche se, come si è visto, permane comunque la non facile differenziazione tra sistemi di gestione dei pubblici servizi e affidamento dei servizi.

In tale prospettiva un “capitolo a parte” dovrebbe essere dedicato all'**accreditamento**, strumento che, in alcune Regioni, da sistema di gestione improntato al principio di sussidiarietà, è divenuto un mero strumento di esternalizzazione (*sono previsti limiti e quote rigidi*), senza peraltro che vengano espletate procedure selettive (o meglio, sono previste in alcuni casi ma le stesse non sono sempre conformi ai canoni della contrattualistica pubblica).

### **Criticità per le MPMI**

La disposizione non pone particolari problematiche. Può costituire anzi l'occasione, come sopra esposto, per elaborare a livello nazionale e regionale, norme che consentano un ampio e agevole accesso alle procedure selettive per le MPMI, spesso non strutturate per affrontare gare modellate secondo i rigidi e complessi meccanismi di derivazione comunitaria.

**Articolo 75 – Pubblicazione degli avvisi e dei bandi**

- Considerando 114, 115, 116 e 117 Direttiva 2014/24/UE
- Articoli 21 e 35, paragrafo 4, Direttiva 2004/18/CEE
- Disposizione a recepimento obbligatorio

**Analisi testo**

La norma disciplina le modalità cui dovranno attenersi le amministrazioni aggiudicatrici per pubblicizzare la loro intenzione di procedere all'aggiudicazione di un appalto pubblico per i servizi di cui all'articolo 74 (paragrafo 1) e, successivamente, per comunicare l'avvenuta aggiudicazione (paragrafo 2), nonché le modalità di pubblicazione degli avvisi (paragrafo 4). Il tutto utilizzando (ai sensi del paragrafo 3) i modelli di formulari che saranno stabiliti dalla Commissione mediante atti di esecuzione.

Si tratta di norme parzialmente innovative, ad eccezione dell'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di pubblicare gli avvisi concernenti le aggiudicazioni (previsto dal combinato disposto degli artt. 21 e 35, paragrafo 4, Direttiva 2004/18/CE). Innovativo, in particolare, il sistema "avviso di preinformazione/*manifestazione di interesse*", che lascia immaginare sistemi "semplificati" (ma non semplici) di affidamento.

Sembra quindi che il nuovo assetto consista nella definizione di un sistema binario alternativo: 1) bando oppure 2) avviso di preinformazione ("pubblicato in maniera continua") con successiva manifestazione di interesse.

**Opportunità**

La nozione di *manifestazione di interesse*, fermo quanto sopra, sembra introdurre possibili forme di negoziazione a formazione progressiva, quali ad esempio l'istruttoria pubblica per la coprogettazione, prevista dal DPCM 30 marzo 2001, relativo ai sistemi di affidamento dei servizi alla persona (art.7), e da alcune leggi regionali sulla cooperazione sociale. Certo è che se il "dialogo" e la collaborazione tra pubbliche amministrazioni e terzo settore sono necessari (come effettivamente sono), la disposizione di cui trattasi potrà aprire diverse e interessanti possibilità.

**Criticità per le MPMI**

Le piccole realtà imprenditoriali, spesso presenti nel sociale, andrebbero supportate, non essendo certo facile negoziare con pubbliche amministrazioni che vanno centralizzando le attività di committenza.

**Articolo 76 – Principi per l'aggiudicazione degli appalti**

- Considerando 114 Direttiva 2014/24/UE
- Nessuna corrispondenza con la Direttiva 2004/18/UE
- Articolo 27 Codice di contratti
- Disposizione a recepimento obbligatorio (ad eccezione dell'ultimo capoverso del paragrafo 2)

**Analisi testo**

Il primo paragrafo dell'articolo in esame impone agli Stati membri di introdurre, a livello nazionale, norme per l'aggiudicazione degli appalti dei servizi di cui all'articolo 74 volte a garantire il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici.

Sussiste, come espressamente precisato nell'ultima parte del paragrafo 1, letto in combinazione con i considerando da 114 a 117, un'ampia discrezionalità in relazione alla determinazione delle norme procedurali applicabili, purché il tutto sia finalizzato a una miglior valorizzazione della specificità dei servizi in questione.

Nel nostro ordinamento sono già state dettate in passato, ad opera degli artt. 20, 21 e 27 del d.lgs. 163/2006 relativi ai contratti esclusi, norme in tal senso. Si ricorda, per quanto occorrer possa, come per i servizi esclusi debbano essere rispettati, secondo il legislatore italiano, i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità.

Si introducono poi, nel paragrafo 2 dell'articolo, anche principi e indicazioni (di maggior dettaglio) attinenti ai contenuti e ai criteri di aggiudicazione (disposizione facoltativa). Si prevede infatti, che *“Gli Stati membri assicurano che le amministrazioni aggiudicatrici possano prendere in considerazione le necessità di garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, anche economica, la disponibilità e la completezza dei servizi, le esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e vulnerabili, il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti e l'innovazione”*.

Per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione, l'ultima parte del paragrafo 2 in questione dispone che gli Stati possano prevedere, quale criterio di scelta del prestatore di servizi, quello che individua l'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, tenendo conto dei criteri di qualità e sostenibilità dei servizi sociali.

Si tratta di indirizzi importanti e, per l'ambito comunitario innovativi. Prima nulla si diceva in termini di “contenuti”. Le norme precedenti si limitavano infatti a richiedere, nella sostanza, la trasparenza ed il rispetto dei principi di non discriminazione e apertura al mercato.

### **Opportunità e criticità**

Il legislatore nazionale, ma ovviamente anche le **Regioni** e le singole stazioni appaltanti, avranno la *possibilità* di ragionare, nella materia di cui trattasi, soprattutto sui contenuti e sugli obiettivi (sociali), riducendo il peso di aspetti meramente procedurali e formali (che, molto spesso, hanno avuto prevalenza anche nelle selezioni in questione, decretando il sostanziale fallimento delle stesse). In particolar modo, il criterio di aggiudicazione suggerito, potrà meglio valorizzare la progettualità dei soggetti del terzo settore.

Un problema che si intravede nell'applicazione di questo indirizzo consiste non tanto nella possibilità o meno di effettuare gare al massimo ribasso (in astratto consentite dalla Direttiva, ma ormai non più praticate nel settore di cui trattasi), quanto nel peso da attribuire (o meno) all'elemento prezzo.

Nel quadro normativo vigente, per alcune procedure (per esempio quelle volte a reperire soggetti da accreditare) l'elemento prezzo è escluso, essendo la remunerazione delle prestazioni fissata in modo autoritativo. Tale evenienza sarebbe ora consentita, come si può desumere dalla lettura del Considerando 93 della Direttiva, che prevede altresì la possibilità di utilizzare, nel caso di prestazioni ove il *prezzo sia imposto ex ante*, criteri (per attribuire punteggi) inerenti all'utilizzo di persone svantaggiate o vulnerabili (elemento in passato considerato, tendenzialmente, solo come condizione di esecuzione dell'appalto).

Più delicato è l'argomento relativo alla possibilità o meno di attribuire valore (peso ponderale) anche agli elementi soggettivi (esperienza ed altro). Si tratta di problematica, già “discussa” dalla nostra giurisprudenza,



che andrà affrontata con molta prudenza dal legislatore. Si rimanda per questo tema al commento dell'articolo 67.

Con riferimento al settore dei servizi alla persona va tuttavia segnalato che, dove la contrattazione collettiva pone come generale obbligo quello del “travaso” del personale dalla cooperativa uscente a quella subentrante, non sarà facile applicare in maniera corretta criteri del genere. Il rischio potrebbe essere quello di far vincere cooperative sociali per l'esperienza del personale che poi potrebbe (legittimamente) non essere impiegato nel servizio (per il discorso del subentro).

### **Criticità per le MPMI**

La direttiva parla di *possibilità* di considerare elementi tipicamente contenutistici diversi dal prezzo, ma non appare ragionevole pensare ad una diversa strutturazione delle selezioni e dei rapporti convenzionali inerenti al sociale.

Le piccole realtà, anche in questo caso, andranno tenute in debito conto. Non è infatti (paradossalmente) facile, per MPMI costituite da operatori esperti/professionisti (ad esempio assistenti e educatori professionali), costruire un'offerta competitiva in una gara in cui le offerte sono valutate sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (gara necessariamente complessa, anche sotto il profilo procedurale). Il “professionista” è infatti, normalmente, impegnato “sull'assistito”, non è uso a formulare articolate offerte. Le grandi realtà sono invece strutturate con uffici gare che ben conoscono tutti gli aspetti e le modalità giuste per conseguire le aggiudicazioni.

Occorre insomma che il legislatore, seguendo del resto quanto espressamente previsto dalla normativa comunitaria, concepisca sistemi di gara “alleggeriti”.

### **Articolo 77 – Appalti riservati per determinati servizi**

- *Considerando 28, 118 e 119 Direttiva 2014/24/UE*
- *Disposizione a recepimento facoltativo*

### **Analisi testo**

L'articolo contiene una disposizione innovativa (e facoltativa per gli Stati Membri). Il primo paragrafo dispone infatti che gli Stati membri possano prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici riservino a determinate organizzazioni il diritto di partecipare alle procedure di appalti pubblici relative a determinati specifici servizi sanitari, sociali e culturali tassativamente elencati nell'articolo stesso.

La **riserva** può riguardare esclusivamente, secondo quanto disposto dal paragrafo 2, un'organizzazione che soddisfi tutte le seguenti condizioni:

- a) il suo obiettivo è il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi di cui al paragrafo 1;
- b) i profitti sono reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione. Se i profitti sono distribuiti o redistribuiti, ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative;

c) le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto sono basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati;

d) l'amministrazione aggiudicatrice interessata non ha aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi in questione a norma del presente articolo negli ultimi tre anni.

I contratti "riservati" ora in esame non possono avere una durata superiore ai tre anni (paragrafo 3). Gli avvisi di indizione di gara devono richiamare la norma ora in commento (paragrafo 4).

Trattandosi di un **regime speciale, riservato**, l'applicazione dello stesso e i suoi effetti sono posti sotto osservazione, nel senso che, ai sensi del paragrafo 5, la Commissione dovrà valutare gli effetti dell'articolo ora in esame e trasmettere, a tale proposito, una relazione al Parlamento europeo e al Consiglio.

### Opportunità e criticità

Si supera, con un intervento normativo, tutto il (precedente) dibattito inerente alla possibilità (o meno) di espletare *selezioni a concorrenza limitata* o addirittura *riservate* al terzo settore. Come è noto la giurisprudenza nazionale ha, tendenzialmente, sempre negato tale evenienza<sup>10</sup>.

Ora ciò sarà possibile. L'opportunità si avrà però solo nel caso in cui sussistano contemporaneamente tutte le condizioni previste e cioè:

- a) si tratti di attività sociale (elemento oggettivo, inerente appunto al contenuto delle prestazioni);
- b) vi sia un'effettiva corrispondenza, quanto a natura e struttura del soggetto "preferito", ai paradigmi del t.s. (elemento sostanziale e soggettivo);
- c) vi sia una finalità (missione), all'evidenza, affine a quella del servizio pubblico (profilo teleologico, soggettivo).

Vi è quindi da segnalare una criticità. La norma prevede infatti che la durata massima del contratto non possa superare i tre anni. Prevede altresì che non possa risultare aggiudicataria un'organizzazione che abbia, negli ultimi tre anni, ricevuto un appalto in modo riservato. Ebbene, si ritiene che tale norma possa avere, in positivo, una valenza pro concorrenziale. Sennonché, come è noto, i servizi alla persona sono molto spesso, a torto o a ragione, gestiti dalle stesse cooperative che, operando sul territorio, hanno progettato i servizi che, di volta in volta, gestiscono in maniera quasi istituzionalizzata. L'utente del resto, di norma, non ama la "rotazione" (si pensi a delicati servizi rivolti ai disabili, all'infanzia), ma la continuità. Il rischio insomma è che, per le nostre realtà regionali, la riserva, se utilizzata in modo acritico, potrebbe addirittura creare effetti "indesiderati".

### Criticità per le MPMI

Non vi sarebbero, in astratto, criticità per le micro imprese. Anzi, la riserva prevista dalla norma potrebbe essere accolta con favore, consentendo a soggetti sostanzialmente "professionali" e *no profit* di concorrere alla pari con strutture similari.

<sup>10</sup>

16 Cfr., tra le altre, le sentenze T.A.R. Marche, 7 aprile 2000, n. 521; Cons. Stato, sez. I, 12 novembre 2003, n. 3835; T.A.R. Campania, Napoli, 22 settembre 2003, n. 11452. Per un approfondimento sul dibattito passato a tale proposito, si veda la disamina operata in P.MICHIARA, I "servizi sociali privati senza scopo di lucro" e i principi del diritto comunitario in Riv. it. dir. com., 2009, 1103 ss.

Restano però ferme la perplessità e le criticità sopra esposte in merito al fatto che, una volta vinto un appalto riservato, non si dovrebbe poter partecipare nel triennio ad una seconda selezione riservata. Paradossalmente quindi le norme in questione potrebbero sfavorire, nella loro applicazione, proprio le MPMI che, di norma, dovrebbero essere le maggiori destinatarie delle procedure riservate.

### ***Concorsi di progettazione***

#### ***Articolo 78 – Ambito di applicazione***

- *Considerando 120, Direttiva 2014/24/UE*
- *Articoli 67-68, Direttiva 2004/18/CE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

### **Analisi testo**

In ordine alle regole sui concorsi progettazione la direttiva in commento ripropone sostanzialmente quanto già previsto dal regime precedente. Si osserva, anzitutto, che la definizione dettata dall'articolo 2 rimane immutata, affermandosi che sono concorsi di progettazione *“le procedure intese a fornire all'amministrazione aggiudicatrice, soprattutto nel settore della pianificazione territoriale, dell'urbanistica, dell'architettura, dell'ingegneria o dell'elaborazione di dati, un piano o un progetto, selezionato da una commissione giudicatrice in base ad una gara, con o senza assegnazione di premi”*.

Quanto all'ambito di applicazione, l'articolo in commento chiarisce che i concorsi di progettazione possono essere indetti nel contesto di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi (lett. a)) ovvero quando si prevedono premi di partecipazione o versamenti a favore dei partecipanti (lett. b)), ribadendo quindi quanto previsto dalla direttiva del 2004.

La previsione dell'art. 78, invece, non ripropone le delimitazioni sotto il profilo soggettivo e dei valori-soglia.

Nel regime precedente, infatti, erano previste due differenti soglie, al superamento delle quali scattava l'obbligo di applicare le norme in materia di concorsi di progettazione.

Nella nuova direttiva, manca un'apposita disposizione che limiti “in negativo” l'applicazione delle norme in commento, come previsto, invece, dall'art. 68 della direttiva del 2004 e dall'analoga norma di trasposizione dettata all'art. 100 del Codice degli appalti in ordine ai contratti segretati, a quelli aggiudicati in base a norme internazionali e a quelli relativi al settore delle telecomunicazioni.

### **MPMI**

È il considerando 120 a suggerire iniziative a favore della imprese di ridotte dimensioni, dichiarando che *“Tradizionalmente si è fatto ricorso ai concorsi di progettazione soprattutto nel settore della pianificazione territoriale, dell'urbanistica, dell'architettura, dell'ingegneria o dell'elaborazione di dati. Occorre tuttavia rammentare che tali strumenti flessibili potrebbero essere utilizzati anche per altri scopi, ad esempio per ottenere programmi di ingegneria finanziaria atti a ottimizzare il sostegno alle MPMI nel contesto dell'iniziativa Risorse europee congiunte per le micro, le piccole e le medie imprese (JEREMIE) o di altri programmi dell'Unione a sostegno delle MPMI in un determinato Stato membro. Il concorso di progettazione utilizzato per ottenere siffatti programmi di ingegneria finanziaria potrebbe altresì stabilire che i successivi contratti di servizio per la realizzazione di tale ingegneria finanziaria siano aggiudicati al*

vincitore o a uno dei vincitori del concorso di progettazione mediante una procedura negoziata senza pubblicazione”.

#### ***Articolo 79 – Bandi e avvisi***

- *Articoli 69-70, Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

#### **Analisi testo**

Con l’articolo 79 viene riproposto quanto previsto nel regime precedente agli articoli 69 e 70. Il paragrafo 5 precisa che i bandi e gli avvisi relativi ai concorsi di progettazione devono contenere le informazioni di cui all’allegato V, parti E ed F della direttiva in commento. Confrontando questi con le informazioni contenute nell’allegato VII D della vecchia direttiva non emergono rilevanti profili innovativi, potendoci limitare a segnalare che con il nuovo regime si richiede di indicare il tipo di amministrazione aggiudicatrice e la principale attività esercitata e, se del caso, l’indicazione che l’amministrazione aggiudicatrice è una centrale di committenza o che si tratta di una qualsiasi altra forma di appalto congiunto.

#### ***Articolo 80 – Organizzazione dei concorsi di progettazione e selezione dei partecipanti***

- *Articoli 66 e 72, Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Anche l’articolo in commento ripropone quanto già previsto dalla direttiva 2004/18 raccogliendo in un’unica norma le disposizioni precedentemente dettate agli articoli 66 e 72.

#### ***Articolo 81 – Composizione della commissione giudicatrice***

- *Articoli 73, Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Non vi sono modifiche da rilevare rispetto all’articolo 73 della vecchia direttiva.

#### ***Articolo 82 – Decisioni della commissione giudicatrice***

- *Articoli 74, Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Non vi sono modifiche da rilevare rispetto all’articolo 74 della vecchia direttiva.

#### **Governance**

#### ***Articolo 83 – Applicazione***

- *Considerando 121 Direttiva 2014/24/UE*

- *Artt. 75 e 76 Direttiva 2004/18/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

### **Analisi testo**

La direttiva detta alcune regole, sia organizzative che di contenuto, attraverso le quali gli Stati membri dovrebbero assicurare un monitoraggio dell'applicazione della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici, rendendone pubblici i risultati e condividendoli con la commissione al fine di "migliorare considerevolmente l'applicazione della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici" e disporre di un "quadro chiaro dei possibili problemi strutturali e delle tendenze generali delle politiche nazionali in materia di appalti, onde far fronte agli eventuali problemi in modo più mirato.

La norma dispone che gli Stati garantiscano il controllo delle norme sugli appalti pubblici attraverso Autorità o strutture di controllo ad hoc che abbiano il potere di segnalare violazioni delle norme o problemi sistemici sulla loro applicazione ad altri organi giurisdizionali, altre autorità di controllo e parlamenti nazionali.

Si intende qui che non di mera attività di monitoraggio si tratti, il cui obiettivo si limiterebbe all'individuazione di "problemi sistemici", quanto ad una vera e propria attività di vigilanza quale è quella in Italia già attribuita dall'art.6 e 7 del Codice all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, i cui compiti sono stati trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza (ANAC), di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, che è ridenominata Autorità nazionale anticorruzione.

Considerato che il nostro Paese ha già disciplinato e di fatto esercitato "la facoltà di definire le modalità di tale monitoraggio e di decidere chi dovrà effettuarlo in pratica", l'analisi può pertanto essere qui condotta relativamente a quanto la direttiva aggiunge rispetto all'assetto normativo nazionale esistente.

Il comma 3 dispone che i risultati dell'attività di controllo siano messi a disposizione mediante idonei strumenti di informazione. E' qui da capire se si intende debba essere resa pubblica qualsiasi attività di ispezione attivata ed il relativo esito – informativa puntuale che Anac ad oggi non produce – ovvero sia sufficiente che questa avvenga attraverso rapporti e relazioni, come quella annuale al Parlamento e e come quella che la stessa Commissione richiede entro il 18 aprile 2017 e da allora con cadenza triennale.

Quanto a tale relazione di controllo, questa dovrà riportare "le cause più frequenti di scorretta applicazione o di incertezza giuridica, compresi possibili problemi strutturali o ricorrenti nell'applicazione delle norme, sul livello di partecipazione delle MPMI agli appalti pubblici e sulla prevenzione, l'accertamento e l'adeguata segnalazione di casi di frode, corruzione, conflitto di interessi e altre irregolarità gravi in materia di appalti."

L'ambito di monitoraggio è da intendersi più esteso di quello già previsto dal comma 7 dell'art.6 del Codice, in particolare ai casi di "corruzione e conflitto di interessi" e ad una particolare attenzione alle MPMI. Nel primo caso l'aver ricondotto i compiti dell'ACP all'interno di quelli dell'ANAC pare in perfetta sintonia con questo più ampio raggio di osservazione. Impegno del tutto nuovo sarà invece quello di dedicare un monitoraggio specifico alla competitività delle MPMI sul mercato degli appalti pubblici.

Un doveroso inciso riguarda la quantità e le modalità di raccolta delle informazioni necessarie all'attività di monitoraggio. Nel considerato 121 si specifica che è facoltà degli stessi "di decidere se il monitoraggio debba basarsi su un controllo a posteriori estrapolato da campioni o su un controllo sistematico ex ante delle procedure di appalto pubblico contemplate dalla presente direttiva". Il nostro Paese ha come noto scelto la seconda via – per quanto la raccolta di informazioni sulla singola procedura avvenga comunque "ex-post" -

anche a scapito di un sempre maggiore ed ormai eccessivo onere informativo a carico delle stazioni appaltanti, tralasciando completamente la prima che poteva essere applicata almeno per alcuni temi con evidenti minori oneri per le SA.

Il comma 4 richiede agli Stati membri di fornire assistenza, anche grazie a orientamenti ed informazioni da rendere disponibili in forma gratuita, alle amministrazioni ed agli operatori economici. Con maggior precisione il considerato 121, specifica che: “anche migliori orientamenti e informazioni e un migliore sostegno alle amministrazioni aggiudicatrici e agli operatori economici potrebbero contribuire ampiamente ad accrescere l’efficienza degli appalti pubblici, migliorando le conoscenze, la certezza del diritto e la professionalizzazione delle prassi sugli appalti pubblici. Tali orientamenti dovrebbero essere messi a disposizione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli operatori economici qualora risultino necessari al fine di migliorare la corretta applicazione delle norme. Gli orientamenti da fornire potrebbero abbracciare tutti gli aspetti pertinenti degli appalti pubblici, quali la pianificazione degli acquisti, le procedure, la scelte delle tecniche e degli strumenti nonché le buone prassi nello svolgimento delle procedure. Per quanto riguarda le questioni giuridiche, gli orientamenti non dovrebbero necessariamente consistere in un’analisi giuridica completa di tali questioni; potrebbero limitarsi a un’indicazione generale degli elementi da prendere in considerazione per la successiva analisi dettagliata delle questioni, per esempio facendo riferimento alla giurisprudenza che potrebbe essere pertinente o a note orientative o ad altre fonti che hanno esaminato la questione specifica.”

Per quanto in parte tale sostegno già si espliciti in Italia attraverso strumenti specifici quali bandi e capitolati tipo, redazione di prezzari – e, non ultimo, un servizio di assistenza e consulenza giuridica agli operatori pubblici, il “Servizio Contratti Pubblici”, garantito dal Ministero delle Infrastrutture di concerto con le regioni attraverso ITACA, nonché da alcune Regioni anche autonomamente – il recepimento della direttiva potrà rappresentare l’occasione di disciplinare più puntualmente le iniziative ed attività a supporto della qualificazione del settore e di estenderlo anche agli operatori economici.

Il paragrafo 5 prevede la necessità per gli stati membri di indicare un punto di riferimento per la cooperazione con la Commissione per quanto attiene il monitoraggio sull’applicazione della normativa.

L’ultimo comma relativo alla conservazione dei documenti relativi ai contratti almeno per la loro intera durata, vede la nostra legislazione già adeguata, così come per quanto attiene alle norme di accesso a tali documenti ed alla loro limitazione ai fini della protezione dei dati e tutela della riservatezza e per le casistiche già previste dall’art.13 del Codice in materia di accesso agli atti ed ai divieti di divulgazione.

### **Opportunità/Criticità**

La prospettiva di condividere anche con gli altri Stati membri i risultati di una attività di monitoraggio e di veder valorizzata quella già realizzata nel nostro Paese e dunque la possibilità di estendere il dibattito e il confronto sull’efficacia delle norme e sulle problematiche della loro applicazione, rappresenta una opportunità evidente.

Il recepimento della direttiva, quantomeno per la parte incrementale rispetto a quanto già normato nel nostro Paese, potrà peraltro rappresentare anche l’occasione per mettere maggiore ordine nell’organizzazione di tali attività e nei compiti degli organi preposti.

### **Articolo 84 – Relazioni Uniche sulle procedure di aggiudicazione degli appalti**

- *Considerando 121 Direttive 2014/24/UE*

- *Articoli 75 e 76 Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

### **Analisi testo**

La norma in oggetto prevede l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di redigere una relazione per ogni appalto, accordo quadro e sistema dinamico di acquisizione previsto dalla direttiva in relazione alla procedura di aggiudicazione. Si evince qui pertanto indirettamente che il monitoraggio sull'applicazione delle norme è da intendersi limitato alla fase di affidamento e non a quella di esecuzione del contratto che, secondo una interpretazione estensiva dell'art.83, poteva essere utile ad una più ampia verifica dell'applicazione delle norme nazionali in materia.

Il contenuto minimo di tale relazione, elencato nel paragrafo 1 dell'articolo in oggetto, rappresenta anche una indicazione circa l'informazione minima essenziale richiesta ai fini dell'attività di monitoraggio di cui all'art.83.

In rapida analisi i dati richiesti sono riferibili a due ordini di categoria: i dati "oggettivi" del contratto, intendendo per tale l'intera procedura di affidamento (oggetto, partecipanti, aggiudicatario, subappaltatori etc.) che oggi, nel nostro ordinamento sono già raccolti ai sensi del comma 8 art.7 del Codice o da altre norme (L.190/2012, art.1 c. 32 cd "anticorruzione") o già presenti in sistemi informativi o gestionali (Avcpass); i dati "soggettivi" intendendo per tali i criteri ed i motivi seguiti dalla Stazione Appaltante per la scelta della procedura di affidamento e per l'individuazione dell'aggiudicatario. Vi rientrano informazioni solo in parte riconducibili a categorie predefinite e che in altri anzi richiedono l'estensione di una libera e propria motivazione.

Questo secondo gruppo comprende:

- d) il nome dell'aggiudicatario e le ragioni della scelta della sua offerta nonché, se è nota, la parte dell'appalto o dell'accordo quadro che l'aggiudicatario intende subappaltare a terzi;
- e) per le procedure competitive con negoziazione e i dialoghi competitivi, le circostanze di cui all'articolo 26 che giustificano il ricorso a tali procedure;
- f) le circostanze di cui all'articolo 32 che giustificano il ricorso alle procedure negoziate;
- g) le eventuali ragioni per le quali l'amministrazione aggiudicatrice ha deciso di non aggiudicare un appalto, concludere un accordo quadro o istituire un sistema dinamico di acquisizione;
- h) eventualmente, le ragioni per le quali per la presentazione delle offerte sono stati usati mezzi di comunicazione diversi dai mezzi elettronici;
- i) eventualmente, i conflitti di interesse individuati e le misure successivamente adottate.

Se è vero che la relazione può essere fatta coincidere con l'avviso di aggiudicazione "stilato a norma dell'articolo 50 o dell'articolo 75, paragrafo 2" qualora quest'ultimo contenga tutte le informazioni previste dal comma 1 di questo art.84, è da valutare se tale avviso sia il luogo adatto per specificare motivazioni più particolari come quelle di cui alle lettere d) ed i).

Per quanto attiene al paragrafo 2 relativo alla conservazione degli atti e dei documenti relativi alla procedura per almeno tre anni a partire dalla data di aggiudicazione, niente pare aggiungersi rispetto alla normativa

nazionale già vigente in materia.

Pertanto dal paragrafo 3 si evince che la relazione di cui al comma 1 è essa stessa parte della documentazione di cui al paragrafo 2 che è tenuta a conservare per essere comunicata alla Commissione o alle Autorità competenti qualora gli stessi ne facciano richiesta. Salvo l'obbligo di predisporre la relazione ai fini del possibile utilizzo da parte degli organi di controllo, non parrebbero sussistere quegli obblighi di pubblicità della stessa relazione che pure sono previsti per quell'avviso di aggiudicazione all'interno della quale può essere ricompresa.

### **Opportunità/Criticità**

L'obbligo di redigere la "relazione" prevede un ulteriore onere a carico delle stazioni appaltanti e dei suoi RUP, un onere solo parzialmente attenuato dalla previsione della possibile coincidenza fra la relazione e l'avviso di aggiudicazione che nel caso dovrà essere comunque più articolato.

Vero è che molte delle informazioni richieste sono già veicolate attraverso sistemi informativi di raccolta dati e già presenti all'interno di software gestionali o piattaforme di *e-procurement* dalle quali potranno essere recuperate al fine di precompilare in automatico la relazione. In tale prospettiva questo ulteriore adempimento normativo rappresenta un ulteriore spinta alla sempre più urgente e necessaria integrazione fra i flussi informativi ed i sistemi informativi e gestionali che lo trasportano.

### ***Articolo 85 – Presentazioni di relazioni nazionali e informazioni statistiche***

- *Considerando 121 Direttive 2014/24/UE*
- *Artt. 75 e 76 Direttiva 2004/18/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

### **Analisi testo**

La norma amplia e ridefinisce il contenuto delle comunicazioni statistiche che ogni Stato membro già doveva alla Commissione in forza degli artt. 75 e 76 della direttiva 2004/18/UE.

In merito, al paragrafo 1 la norma pone a carico della Commissione il compito di verificare qualità e completezza dei dati contenuti negli avvisi di cui agli articoli 48 (avvisi di pre-informazione), 49 (bandi di gara), 50 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati), 75 (pubblicazione degli avvisi e dei bandi) e 79 (bandi ed avvisi), riservandosi la facoltà di richiedere agli Stati membri "informazioni complementari" che gli stessi sono tenuti a fornire "in tempi ragionevoli".

Si deduce la necessità che gli Stati membri si dotino di strumenti per la rilevazione dei dati di possibile interesse della Commissione. Circostanza che richiederà una più approfondita analisi per verificare se e in quale misura dette informazioni siano già ricomprese negli obblighi informativi in essere a carico delle stazioni appaltanti.

Quanto alla relazione statistica, il cui contenuto era precisamente dettagliato nell'art.76 della precedente direttiva del 2004, il paragrafo 2, oltre a disporre la cadenza uniformandola a quella della relazione di cui all'articolo 83 paragrafo 4 di cui potrà rappresentare un allegato, si limita a fissarne l'ambito ma non il corredo informativo la cui definizione pare venire lasciata alla discrezione dello Stato membro ferma l'opportunità di ricomprensivi i dati relativi alle "informazioni complementari" di cui al paragrafo 1 e quelli già indicati nell'art.76 della direttiva 2004.



Quanto all'ambito, la relazione statistica dovrà contenere notizie relative a tutti "gli appalti che sarebbero rientrati nell'ambito di applicazione della presente direttiva se il loro valore avesse superato la soglia pertinente fissata all'articolo 4". Tale formulazione, per niente chiara, pare riferirsi agli appalti sotto la soglia comunitaria.

Il paragrafo 3 richiama infine gli Stati membri ad una collaborazione che potrebbe riassumersi nella condivisione dei risultati dell'attività di monitoraggio dell'applicazione della direttiva, nonché "sulle iniziative nazionali adottate per fornire orientamenti o per assistere nell'attuazione della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici, o per far fronte alle difficoltà che si pongono nell'attuazione di detta normativa."

Si richiamano dunque qui i principi ed i contenuti del precedente art.83 ed il richiamo diventa ancor più esplicito, sino a non comprendere il motivo per il quale il comma non sia stato invece riportato in tale articolo, quando si specifica che tali informazioni potranno essere inserite non nella relazione statistica, ma nell'ampia relazione di cui all'articolo 83 paragrafo 3.

### **Opportunità/Criticità**

Gli obblighi statistici verso la commissione impongono una revisione e l'eventuale adattamento dell'attuale sistema di raccolta dati e pubblicazione di avvisi a fini di monitoraggio. Oltre che nel contenuto anche in una logica che impone di mantenere traccia dell'appalto da cui hanno origine i possibili più lotti come effetto del frazionamento di cui all'art.46.

### **Articolo 86 – Cooperazione Amministrativa**

- *Considerando 121 Direttive 2014/24/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

### **Analisi testo**

La norma esprime quasi una dichiarazione di intenti, auspicando l'assistenza e la cooperazione reciproca in tema di *governance* e monitoraggio dell'applicazione delle direttive ma anche, più puntualmente, relativamente a materie specifiche (quelle di cui agli articoli 42, 43, 44, 57, 59, 60, 62, 64 e 69) per le quali si richiede un interscambio delle informazioni nei limiti delle norme sulla riservatezza.

La disposizione pare perdere forza leggendo il comma 2 che, richiamando le regole e le norme di interscambio delle informazioni, le limita ai soli "Stati membri interessati".

Solo a questi parrebbe dunque essere riferita anche l'obbligo, presumibilmente in capo alla Commissione, di attivare entro il 18 aprile 2015 un progetto pilota finalizzato "a valutare l'opportunità di utilizzare il sistema d'informazione del mercato interno (IMI) istituito dal regolamento (UE) n. 1024/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio ai fini dello scambio di informazioni di cui alla presente direttiva".

### **Opportunità/Criticità**

Dando per scontato l'interesse dell'Italia alla cooperazione ed all'interscambio dell'informazione con gli altri Stati membri interessati, si apre qui la strada per una necessaria prossima integrazione fra i flussi informativi nazionali e quelli disponibili sulla piazza europea, così come fra i sistemi informativi interni e sistemi di informazione quali il citato IMI.



## SCHEDE DI SINTESI

### ARGOMENTO: Articolo 1 - Oggetto e ambito di applicazione

#### Descrizione contenuto

L'articolo 1 propone una prima delimitazione dell'ambito oggettivo di applicazione della direttiva in commento, risultando innovativo rispetto alla precedente direttiva che non conteneva una analoga previsione.

L'articolo, in considerazione del fatto che le amministrazioni perseguono le proprie finalità istituzionali attraverso forme diverse di intervento pubblico che comportano un esborso di fondi pubblici, si propone di precisare quali tra queste forme rientra nell'ambito di applicazione della direttiva in commento, ferma restando la libertà di scelta degli Stati membri tra queste

#### Definizione

#### Riferimenti normativi

- Considerando 1-7 Direttiva 2014/24/EU
- Articolo 1 Codice Appalti

#### Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

Disposizione a recepimento obbligatorio

#### Recepimento del considerando: opportunità

#### Opportunità

#### Criticità

In relazione alla fattispecie di cui al paragrafo 6, nell'ambito del recepimento della direttiva sarebbe opportuno puntualizzarne la distinzione rispetto all'ipotesi di cooperazione pubblico-pubblico di cui all'articolo 12 paragrafi 4 e 5.

#### MPMI (elementi a favore o meno)

Da rilevare, nel considerando 2, il richiamo a facilitare la partecipazione delle MPMI agli appalti pubblici, che costituisce uno degli obiettivi dell'intera direttiva

**ARGOMENTO: Articolo 2 - Definizioni****Descrizione contenuto**

La disposizione in commento richiama lo schema utilizzato dalla direttiva precedente all'art. 1. Confrontando la nuova direttiva con quella abrogata può affermarsi, in via generale, che le definizioni sembrano più esaustive, condizionate anche dai recenti interventi giurisprudenziali comunitari.

Le definizioni risultano ampliate o affinate nei contenuti in relazione agli elementi di innovazione contenuti nella direttiva, quali, ad esempio, il “ciclo di vita”, l’*“innovazione”*, l’*“attività di committenza ausiliaria”*, il “documento di gara”.

All'interno dell'articolo 2 si ritrova la definizione del concetto di appalto e la distinzione tra appalti pubblici di lavori, forniture e servizi. Si riconferma il requisito dell'onerosità del contratto di appalto pubblico e con particolare riguardo agli appalti di lavori introduce ulteriori specificazioni che tengano conto anche di diverse e nuove modalità realizzative.

**Definizione****Riferimenti normativi**

- Considerando 8-10, Direttiva 2014/24/UE
- Articolo 1, Direttiva 2004/18/CEE
- Articolo 3 Codice Appalti

**Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo**

- Disposizione a recepimento obbligatorio

**Recepimento del considerando: opportunità****Opportunità**

- Si segnala l'esigenza di definire meglio, sempre con riferimento agli appalti di lavori, il concetto di onerosità, con particolare riferimento alle opere diverse da quelle realizzate a scomputo degli oneri di urbanizzazione, previste all'interno di convenzioni urbanistiche o accordi similari, dove spesso manca la previsione di un corrispettivo o di altra utilità economica quantificabile in modo certo.

**Criticità**

MPMI (elementi a favore o meno)

## ARGOMENTO: Articolo 3 – Appalti misti

Sotto argomento:

### Descrizione contenuto:

L'art. 3 della direttiva disciplina l'ambito oggettivo di applicazione in presenza di appalti misti prevedendo modalità diverse a seconda se le prestazioni ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva o se le stesse sono soggette all'applicazione delle direttive 23/2014 o 25/2014.

A questa disciplina, come si evince dal considerando 11, occorre fare riferimento quando le diverse parti dell'appalto non sono oggettivamente separabili e le norme da applicare dovrebbero essere determinate in funzione dell'oggetto principale dell'appalto. Il considerando, al fine di determinare se le diverse prestazioni sono o meno oggettivamente separabili, prevede che la determinazione deve essere effettuata caso per caso e che non sono sufficienti le intenzioni delle amministrazioni ma occorre che le stesse siano accompagnate da prove oggettive atte a giustificare e motivare l'esigenza di concludere un appalto unico. L'esigenza di concludere un appalto unico può essere dovuta a motivi di carattere sia tecnico che economico.

### Definizione

### Riferimenti normativi

- Considerando 8-10, Direttiva 2014/24/UE
- Articolo 1, Direttiva 2004/18/CEE

### Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Disposizione a recepimento obbligatorio

### Recepimento del considerando: opportunità

### Opportunità

### Criticità

-

MPMI (elementi a favore o meno)

**ARGOMENTO: Articolo 4 – Importi delle soglie**

Sotto argomento:

Descrizione contenuto:

L'articolo individua per i contratti pubblici le soglie di rilevanza comunitaria confermando l'impostazione prevista dalla Direttiva 18/2004. Viene aggiunta una nuova soglia di valore pari o superiore ai 750.000 Euro per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato XIV.

Definizione

Riferimenti normativi

- Considerando 17-20, Direttiva 2014/24/UE
- Articoli 7 e 78, Direttiva 2004/18/CEE
- Articolo 28 Codice Appalti

Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Disposizione a recepimento obbligatorio

Recepimento del considerando: opportunità

Opportunità

Criticità

MPMI (elementi a favore o meno)

**ARGOMENTO: Articolo 5 – Metodi di calcolo del valore stimato degli appalti****Sotto argomento:****Descrizione contenuto:**

L'articolo in commento conferma sostanzialmente la disciplina della direttiva del 2004, introducendo alcune novità, tese a chiarire meglio l'applicazione di taluni istituti. Una delle novità è contenuta al paragrafo 1, il quale riconferma che ai fini di determinare l'importo dell'appalto deve essere tenuto conto anche di eventuali opzioni e rinnovi aggiungendo però che per la disciplina dei rinnovi eventuali dei contratti occorre fare riferimento a quanto esplicitamente stabilito nei documenti di gara.

Il paragrafo 6 prevede le modalità per determinare l'importo dell'appalto in caso di Partenariati per l'innovazione per i quali occorre tener conto del valore delle attività di ricerca e sviluppo che si svolgeranno durante tutte le fasi del partenariato nonché delle forniture, dei servizi o dei lavori da mettere a punto e da fornire alla fine del partenariato.

Nel caso di appalto suddiviso in lotti per la determinazione della soglia rilevante ai fini della individuazione della procedura di scelta del contraente, la Direttiva, in un'ottica di continuità con quella precedente, prende a riferimento l'importo complessivo dei lotti (paragrafi 8 e 9).

**Definizione****Riferimenti normativi**

- Considerando 17-20, Direttiva 2014/24/UE
- Articolo 9, Direttiva 2004/18/CEE
- Articolo 29 Codice Appalti

**Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo**

- Disposizione a recepimento obbligatorio

**Recepimento del considerando: opportunità****Opportunità**

- Il recepimento è l'occasione per poter disciplinare e chiarire quando si è in presenza di una opzione, all'interno della quale potrebbe rientrare anche la proroga della durata contrattuale, e quando di un rinnovo contrattuale che è una possibilità che si può affiancare alle opzioni, in che modo gli importi indicati nei documenti di gara costituiscono un vincolo per l'attivazione degli stessi, se è possibile una negoziazione degli importi contrattuali in fase di rinnovo contrattuale. Tale disciplina risulta necessaria anche ai fini dell'applicazione della nuova disciplina contenuta all'art. 72 paragrafo 1 lett. a) che consente la modifica di contratti durante il periodo di validità.

**Criticità**



--

#### MPMI (elementi a favore o meno)

- La disciplina di diversi istituti della Direttiva in esame è ispirata all'esigenza di favorire l'accesso delle MPMI agli appalti. Questo aspetto è considerato in special modo nelle regole stabilite per la suddivisione degli appalti in lotti, laddove viene fatto obbligo alle amministrazioni aggiudicatrici di motivare le ragioni della mancata suddivisione in lotti.

### ARGOMENTO: Articolo 10 – Esclusioni specifiche per gli appalti di servizi

#### Sotto argomento:

#### Descrizione contenuto

Con l'articolo in commento si assiste ad una nuova formulazione delle esclusioni previste dalla direttiva precedente ed alla introduzione di nuove fattispecie.

Giova osservare che il regime delle esclusioni trova la sua ratio in considerazioni specifiche, che il legislatore comunitario ha esplicitato nei considerando, in forza delle quali per determinati appalti il principio di concorrenza, a livello transfrontaliero, viene meno o occorre assicurarne solo ove vi è un innalzamento del valore dell'appalto, come previsto per i servizi disciplinati dal Titolo III.

Un importante aspetto innovativo della nuova Direttiva consiste nella scomparsa della distinzione tra servizi assoggettati alla sua integrale applicazione e servizi assoggettati ad un regime attenuato (servizi di cui all'allegato IIB della Direttiva 2004/18/CE).

Dall'analisi del considerando n. 28 è possibile desumere una nuova classificazione dei servizi soggetti ad un regime diverso da quello ordinario che sono ora distinti tra servizi totalmente esclusi e servizi sottoposti ad un regime alleggerito.

Il nuovo regime comunitario dedica alcune norme specifiche alla categoria dei servizi sociali. Si assoggettano, infatti, gli appalti di servizi sociali all'applicazione integrale della direttiva se la base d'asta è di importo pari o superiore a 750.000 euro. Occorre evidenziare che, a differenza del regime precedente, i servizi sociali sono richiamati più volte (si vedano i considerando n. 6, 28, 114, 118 e poi il titolo III della direttiva).

#### Definizione

#### Riferimenti normativi

- Considerando 23-29, Direttiva 2014/24/UE
- Articolo 16, Direttiva 2004/18/CEE
- Articolo 19 Codice Appalti

#### Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Disposizione a recepimento obbligatorio

#### Recepimento del considerando: opportunità

#### Opportunità

- Nell'ambito dei servizi la distinzione fra servizi legali di cui alla lett. d) dell'art. 10 e altri servizi legali diventa rilevante ai fini di individuare le modalità per l'attribuzione degli stessi. Modalità di attribuzione che già, nella vigenza della Direttiva 18/2004 e sulla base della normativa nazionale D.Lgs 163/2006 e D. Lgs 165/2001, è stata caratterizzata da incertezza e sulla quale molte volte si sono pronunciate la giurisprudenza amministrativa e contabile al fine di discriminare la disciplina da applicare tra affidamento di servizi e affidamenti di consulenze (in ragione del rapporto fiduciario alla base dell'incarico). Il recepimento può essere quindi il momento per far chiarezza sulla disciplina da applicare.  
Il recepimento dell'articolo 10 della direttiva in commento sarà l'occasione per fare chiarezza su quali servizi siano totalmente esclusi dal suo ambito di applicazione e quali non lo siano e sulle modalità di affidamento rivedendo la disciplina attualmente contenuta in norme diverse.

Criticità

MPMI (elementi a favore o meno)

## ARGOMENTO: Articolo 12 - Esclusioni della Direttiva per affidamenti tra enti pubblici

Sotto argomento:

Descrizione contenuto:

L'articolo inserisce ex novo la regolamentazione degli affidamenti in house, quegli affidamenti tra enti nell'ambito del settore pubblico senza l'espletamento di una gara.

La distinzione è tra in house verticale, ovverosia un appalto assegnato da una amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, e l'in house orizzontale, la stipula di un accordo cooperativo tra organismi di diritto pubblico che siano anche amministrazioni aggiudicatrici per realizzare dei servizi pubblici, finalizzati ad un interesse comune.

Le principali novità della disciplina in house, in termini di condizioni di ammissibilità, sono due e si misurano sulla differenza con i principi espressi dalla CEG nelle sentenze che si sono succedute in materia di in house:

- affinché ci sia controllo analogo tra controllata e controllante, e dunque sussista un rapporto tale che giustifichi il ricorso all'affidamento diretto, l'affidatario deve svolgere la propria attività prevalente nei confronti dell'affidante nella misura non inferiore dell'80%;
- la presenza dei privati nella compagine società affidataria è consentita a condizione che non abbiano poteri di veto o di influenza determinate sulla persona giuridica controllata e che tale presenza sia espressamente prevista in una legge nazionale.

Definizione

Riferimenti normativi

- Articolo 12 della Direttiva 2014/24/UE
- Considerando 31,32,33 e 34 della Direttiva 2014/24/UE
- Considerando 5 della Direttiva 2014/24/UE
- Articolo 14 del TFUE (versione consolidata 2012)
- Articolo 51 del TFUE (versione consolidata 2012)
- Articolo 106 del TFUE (versione consolidata 2012)

#### Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Disposizione a recepimento obbligatorio

#### Recepimento del considerando: opportunità

- Alcuni temi dei considerando 31,32,33 e 34 consentono di focalizzare e chiarire la portata dei termini dell'articolo 12, ad esempio : a) c. 32 – il significato di “disposizione legislativa nazionale” da intendersi come prescrizione obbligatoria della presenza di privati nella compagine della società controllata; b) c. 32 - l'effetto neutrale della presenza dei privati nel capitale della controllante ai fini dell'affidamento alla controllata; c) c. 33 - i servizi forniti nella cooperazione in house orizzontale può riguardare anche attività complementari e non solo le stesse attività; d) c. 33 - i trasferimenti finanziari nell'in house orizzontale devono essere caratterizzati da considerazioni di pubblico interesse.

#### Opportunità

- Consente di regolare il fenomeno degli affidamenti in house a società pubbliche - Indica i valori dimensionali della minima attività prevalente con la società affidataria (80%) – Consente la partecipazione dei privati nella compagine societaria a condizione che non abbiano poteri di veto e non possano influire sulle scelte della società e che sia prescritto dalla legislazione nazionale.

#### Criticità

- 1) Uno degli aspetti su cui riflettere in fase di recepimento attiene: alla utilizzabilità o meno da parte della società affidataria in house delle qualifiche ottenute attraverso gli affidamenti diretti rientranti nell'attività prevalente in caso di partecipazione in gare pubbliche, bandite da altri soggetti aggiudicatori, ciò in relazione alla possibile incidenza dell'utilizzabilità delle qualifiche sul principio di parità di trattamento, in quanto gli altri operatori economici possono far leva solo sulle qualificazioni ottenute mediante aggiudicazioni a seguito di procedure concorrenziali.
- 2) Un altro aspetto da valutare per l'in house orizzontale attiene alla remunerazione da riconoscere agli enti pubblici a fronte delle attività di cooperazione, ovvero se attenersi ai costi e agli esborsi effettivamente sostenuti per le forniture del servizio prestato o ai prezzi di mercato. A tal fine occorrerà tener conto anche della Giurisprudenza comunitaria che differenzia il mercato dell'in house (con transazioni senza profitti) da quello degli altri operatori economici che rischiano sul mercato e del considerando della Direttiva che pone il vincolo del pubblico interesse nei pagamenti tra enti pubblici nelle attività di scambio cooperativo.
- 3) In fase di recepimento, nel caso di in house verticale si deve esaminare attentamente la previsione del penultimo comma del considerando 32, che consentirebbe ai privati con poteri di veto e di influenza dominante di essere presenti nell'amministrazione controllante, in quanto la stessa non sembra attuabile. Ciò per contrasto con il divieto di presenza nella controllata di privati con poteri di veto ed influenza dominante che “entrerebbero” mediante l'esercizio del controllo analogo da parte della controllante.
- 4) Nel caso di in house orizzontale tra organismi di diritto pubblico anche amministrazioni aggiudicatrici, che abbiano dei privati nella compagine con poteri di veto e influenza determinante, si deve valutare la possibilità di tali accordi in sede di recepimento della Direttiva (considerando 32 ultimo paragrafo) tenendo conto dell'impatto che tali accordi possono avere sulla concorrenza e le MPPI.
- 5) In fase di recepimento si dovrà valutare se prevedere o meno per la società affidataria in house limiti territoriali ovvero se limitare o no la loro attività all'ambito territoriale di “azione” degli enti partecipanti al suo capitale.

MPMI (elementi a favore o meno)
<ul style="list-style-type: none"><li>• Il giudizio di favore alle MPMI è sicuro poiché viene posto il limite del 20% di operatività delle società in house nel libero mercato liberando spazi di mercato alle MPMI. Inoltre ciò varrebbe per le società che operano nei servizi pubblici locali di rilevanza economica mentre per le c.d. società strumentali continuerebbe ad essere operativo il divieto imposto dal legislatore nazionale di operare sul mercato vigendo l'esclusività nei confronti dell'ente affidatario.</li></ul>

**ARGOMENTO: Articolo 14 – Servizi di ricerca e sviluppo**

Sotto argomento:

## Descrizione contenuto

Con questo articolo, viene sostanzialmente trasposto in una norma ad hoc quanto previsto dalla lettera f) dell'art. 14 delle esclusioni specifiche previste dalla direttiva 2004/18. Nella nuova formulazione, il testo chiarisce che la presente direttiva è applicabile nel caso in cui siano soddisfatte entrambe le condizioni seguenti:

- a) i risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice perché li usi nell'esercizio della sua attività, e
- b) la prestazione del servizio è interamente retribuita dall'amministrazione aggiudicatrice.

## Definizione

## Riferimenti normativi

- Considerando 35, Direttiva 2014/24/UE
- Articolo 16, lett. f), Direttiva 2004/18/CEE
- Articolo 19 Codice Appalti

## Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Disposizione a recepimento obbligatorio

## Recepimento del considerando: opportunità

## Opportunità

## Criticità

## MPMI (elementi a favore o meno)

**ARGOMENTO: Articolo 18 - Principi per l'aggiudicazione degli appalti**

Sotto argomento:

**Descrizione contenuto**

La disposizione in commento si inserisce nel novero delle previsioni che guardano alla promozione della qualità negli appalti pubblici, perché promuovano l'innovazione, rispettino l'ambiente e contrastino il cambiamento climatico, migliorando l'occupazione, la salute pubblica e le condizioni sociali.

L'introduzione, tra i principi generali, dell'obbligo per gli Stati membri di adottare le misure appropriate per garantire l'integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e del lavoro nelle procedure di gara nonché nell'esecuzione dei contratti, e far sì che gli operatori economici rispettino detti obblighi stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi o dal diritto internazionale, rappresenta una delle novità della nuova Direttiva.

**Definizione****Riferimenti normativi**

- Considerando 36-41, Direttiva 2014/24/UE
- Articolo 2, Direttiva 2004/18/CEE
- Articolo 2 Codice appalti

**Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo**

- Disposizione a recepimento obbligatorio

**Recepimento del considerando: opportunità****Opportunità**

- La disposizione in commento si inserisce nel novero delle previsioni che guardano alla promozione della qualità negli appalti pubblici, perché promuovano l'innovazione, rispettino l'ambiente e contrastino il cambiamento climatico, migliorando l'occupazione, la salute pubblica e le condizioni sociali.
- L'Europa promuove, da un lato, gli acquisti sociali, il cd. Socially Responsible Public Procurement, ovvero la scelta della amministrazioni di effettuare operazioni di acquisto non strettamente incentrate solo sui requisiti economici, ma anche dando un peso rilevante all'impatto sociale, economico ed ambientale del contratto e, dall'altro, spinge agli acquisti verdi, il cd. Green Public Procurement, affinché mediante gli appalti si realizzi la promozione e lo sviluppo sostenibile del territorio. Ma nel nuovo quadro normativo europeo, il già importante ruolo attribuito a queste esigenze può assumere un peso ancora maggiore in considerazione dell'impatto rilevante, anche in termini economici oltre che di crescita intelligente e sostenibile, che esse hanno sul mercato.

Criticità

MPMI (elementi a favore o meno)

## ARGOMENTO: Articolo 19 – Operatori economici

Sotto argomento:

Descrizione contenuto
<p>La disposizione in parte ricalca la precedente disciplina prevedendo che gli operatori economici, se in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche.</p> <p>Tuttavia, per gli appalti pubblici di servizi e di lavori nonché per gli appalti pubblici di forniture che comportano anche servizi e/o lavori di posa in opera e di installazione, alle persone giuridiche può essere imposto d'indicare nell'offerta o nella domanda di partecipazione il nome e le qualifiche professionali delle persone incaricate di fornire la prestazione di cui trattasi. Tale previsione di indicare nell'offerta o nella domanda di partecipazione il nome e la qualifica del personale può costituire quindi un elemento che assume valenza di requisito di capacità tecnica al fine della partecipazione o un elemento dell'offerta.</p>

Definizione

Riferimenti normativi
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Considerando 15, Direttiva 2014/24/UE</li> <li>• Articolo 4, Direttiva 2004/18/CEE</li> </ul>

Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Disposizione a recepimento obbligatorio (al paragrafo 2 è prevista una disposizione a recepimento facoltativo per gli Stati membri)</li> </ul>

Recepimento del considerando: opportunità

Opportunità
<ul style="list-style-type: none"> <li>• I giudici europei, ed oggi la Direttiva in commento, hanno confermato il principio della massima apertura delle gare pubbliche (<i>favor participationis</i>), il quale prevale su qualsiasi disposizione nazionale che precluda la partecipazione a soggetti privi di specifiche forme.</li> <li>• Quanto ai raggruppamenti temporanei d'impresa, il paragrafo 2 specifica che non vi è un obbligo di assumere una forma giuridica specifica. Il paragrafo 3, invece contiene una deroga alla disposizione precedente: "le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre ai gruppi di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica una volta che sia stato loro aggiudicato l'appalto, nella misura in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto".</li> <li>• In relazione alla possibilità introdotta dal paragrafo 2 dell'art. 19 per le amministrazioni di specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori devono ottemperare ai requisiti di capacità economica finanziaria o di capacità tecniche e professionali di cui all'art. 58, purché ciò sia proporzionato e giustificato da ragioni obiettive agli Stati membri è lasciata la possibilità di stabilire condizioni generali relative all'ottemperanza di tali modalità. Quindi in fase di recepimento il nostro legislatore può dettare una disciplina generale per indirizzare le amministrazioni. Tale disciplina è già presente nella normativa nazionale con disposizioni diverse per il settore dei lavori e di quello di forniture e servizi le quali però non sempre risultano di chiara applicazione da parte delle amministrazioni e sulle quali si potrebbe quindi intervenire in fase di recepimento.</li> <li>•</li> </ul>

Criticità

MPMI (elementi a favore o meno)

## ARGOMENTO: Articolo 20 – Appalti riservati

Sotto argomento:

Descrizione contenuto
<p>La Direttiva valorizza il ruolo delle imprese sociali che si propongono come scopo l'integrazione o reintegrazione sociale e professionale delle persone svantaggiate.</p> <p>L'articolo 20 costituisce una soluzione innovativa, coerente con i propositi fissati nell'Iniziativa per l'impresa sociale avviata nel 2011 dalla Commissione. La disposizione ricalca il modello del primo esempio di impresa sociale in Europa, rappresentato dalle cooperative sociali italiane di cui alla L. 8 novembre 1991, n. 381 (Disciplina delle cooperative sociali).</p>

Definizione

Riferimenti normativi



- Articolo 20 Direttiva 2014/24/UE
- Considerando 36, 93, 99, Direttiva 2014/24/UE
- Articolo 19 Direttiva 2004/18/CE
- Articolo 52 Codice appalti

#### Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Obbligatorio

#### Recepimento del considerando: opportunità

#### Opportunità

- In sede di recepimento, il legislatore dovrà valutare, tenendo conto della normativa vigente in materia di cooperazione sociale, se le cooperative costituite ai sensi della l. n. 381 del 1991 rispondono già alle caratteristiche previste dall'art. 20 ovvero "operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate" ovvero imprese con "almeno il 30% dei lavoratori (...) con disabilità o da lavoratori svantaggiati".
- Inoltre, anche ai fini della definizione di "persona svantaggiata" il legislatore dovrà tener conto delle definizioni già contenute nell'art. 4 della citata legge 8 novembre 1991, n. 381, dove si considerano "persone svantaggiate" esclusivamente gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno ai sensi dell'articolo 21 della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni..

#### Criticità

#### MPMI (elementi a favore o meno)

### ARGOMENTO: Articolo 21 – Riservatezza

#### Sotto argomento:

#### Descrizione contenuto

La disposizione in commento amplia le previsioni della direttiva precedente, prevedendo che l'amministrazione aggiudicatrice non riveli informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate, compresi anche (ma non solo) segreti tecnici o commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte.

La nuova direttiva ripropone in massima parte quanto previsto da quella vigente, aggiungendo al secondo comma che "Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre agli operatori economici condizioni intese a proteggere la natura confidenziale delle informazioni che le amministrazioni aggiudicatrici rendono disponibili durante tutta la procedura di appalto".

--

Definizione
-------------

--

Riferimenti normativi
-----------------------

- Considerando 51, Direttiva 2014/24/UE
- Articolo 6, Direttiva 2004/18/CE
- Articolo 13 Codice Appalti

Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo
---

- **Disposizione a recepimento obbligatorio**

Recepimento del considerando: opportunità
---

--

Opportunità
-------------

--

Criticità
-----------

Il tema della tutela della riservatezza in rapporto al diritto di accesso e alla necessità di contemperare gli interessi contrapposti degli operatori economici, che nell'attuale normativa presenta criticità operative per le amministrazioni, richiede un ulteriore approfondimento ed una riconsiderazione della disciplina anche valorizzando la facoltà di far prevalere una eventuale, diversa, normativa nazionale.

MPMI (elementi a favore o meno)
---------------------------------

--

<b>ARGOMENTO: Articolo 22 – Regole applicabili alle comunicazioni</b>
---

Sotto argomento:
------------------

Descrizione contenuto
-----------------------

Questo articolo introduce l'obbligo della comunicazione tramite strumenti elettronici in tutte le fasi della procedura di gara, compresa la presentazione dell'offerta e quindi l'abbandono della modalità cartacea.

Definizione
-------------

--

Riferimenti normativi
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Considerando 52-57, Direttiva 2014/24/UE</li> <li>• Articolo 42, Direttiva 2004/18/CEE</li> <li>• Articolo 77 Codice Appalti</li> </ul>

Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Disposizione a recepimento obbligatorio (salvo il paragrafo 4 a recepimento facoltativo)</li> <li>•</li> </ul>

Recepimento del considerando: opportunità
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Un uso estensivo dei mezzi di comunicazioni elettronica ed una piena informatizzazione della procedura dovranno divenire la norma (considerando 52)</li> </ul>

Opportunità/Criticità
<p>Questa nuova modalità è di forte impatto in quanto richiede un profondo cambiamento e un diverso approccio da parte delle amministrazioni e degli operatori economici legati alle modalità tradizionali, nonché una normativa che tenga conto delle specificità della presentazione dematerializzata della documentazione di gara. Tali cambiamenti necessitano di tempi adeguati per consentire alle amministrazioni di riorganizzare la gestione delle gare in questa nuova prospettiva.</p> <p>Inoltre, un rischio da tener presente nel passaggio alla modalità telematica è quello della proliferazione dei sistemi di negoziazione, con duplicazioni e assenza di coordinamento, che andrebbe evitato in quanto comporterebbe un aumento della spesa per le amministrazioni. Ciò potrebbe creare delle difficoltà in sede di partecipazione alle imprese, le quali sarebbero chiamate ad utilizzare una molteplicità di sistemi diversi, nonché alle amministrazioni più piccole che dovrebbero adattarsi all'utilizzo di sistemi potenzialmente diversi. Al contrario invece partendo dalle esperienze esistenti, anche a livello territoriale, occorre condividere il più possibile le stesse e cercare di rendere omogenee le modalità di partecipazione e le dichiarazioni da presentare. In tal modo si facilita la partecipazione delle imprese alle procedure e si aiutano anche le amministrazioni più piccole che, utilizzando il sistema telematico, avrebbero le fasi della procedura di gara già impostate.</p> <p>In relazione alla possibilità concessa dall'articolo 90 di fruire di termini più ampi di recepimento, il legislatore dovrà tener conto, da un lato della necessità di dare un impulso alle amministrazioni in tale direzione e dall'altro dei tempi necessari alle amministrazioni per affrontare il cambiamento.</p> <p>Per l'applicazione di questa disposizione il nostro legislatore può posticipare la sua applicazione, in forza di quanto previsto all'art. 90, fino al 18 ottobre 2018, mentre per le centrali di committenza il termine può essere posticipato solo fino al 18 aprile 2017.</p>

MPMI (elementi a favore o meno)

<b>ARGOMENTO: Articolo 24 – Conflitti di interessi</b>
--

Sotto argomento:
------------------

Descrizione contenuto
-----------------------

La Direttiva in commento sembra non voler sottovalutare una preoccupazione ricorrente in grado di arrecare gravi danni al bilancio pubblico e nuocere alla reputazione dell'UE e del Paese interessato. L'articolo 24 intende rimarcare la vulnerabilità alla corruzione del settore degli appalti, prevedendo che "le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure adeguate per prevenire, individuare e porre rimedio in modo efficace a conflitti di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici".

#### Definizione

#### Riferimenti normativi

- Considerando 16, Direttiva 2014/24/UE

#### Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Disposizione a recepimento obbligatorio

#### Recepimento del considerando: opportunità

#### Opportunità

- La nuova Direttiva non dà una definizione esaustiva di "conflitto di interessi", non essendo un concetto armonizzato a livello di Unione Europea, ma ne prevede solo una nozione minima: "Il concetto di conflitti d'interesse copre almeno i casi in cui il personale di un'amministrazione aggiudicatrice o di un prestatore di servizi che per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti o può influenzare il risultato di tale procedura ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto"

#### Criticità

- Occorre chiarire quando la situazione di conflitto d'interessi può influire negativamente sull'esecuzione dell'appalto pregiudicando così la capacità professionale dell'operatore economico, considerando che l'articolo 57 della presente direttiva la annovera tra le cause di esclusione a recepimento facoltativo.
- La direttiva indica come criterio generale di individuare misure che risolvano le ipotesi di conflitto presenti senza precludere la possibilità di partecipazione degli operatori economici alle procedure di appalto. L'esclusione dell'operatore dalla partecipazione alle procedure è vista come ultima ratio dall'art. 57 paragrafo 4 lett. e) se il conflitto non può essere risolto con altre misure meno intrusive. Questa ipotesi di esclusione è ricompresa fra le cause di esclusione a recepimento facoltativo per l'analisi delle quali si rinvia all'art. 57.

#### MPMI (elementi a favore o meno)

### ARGOMENTO : Articolo 26 - Scelta delle procedure

Sotto argomento:

#### Descrizione contenuto

L'articolo individua le procedure che le amministrazioni aggiudicatrici devono applicare per aggiudicare appalti. Le procedure di scelta del contraente disciplinate dalla nuova Direttiva riprendono sostanzialmente le fattispecie previste dalla Direttiva 2004/18/CE. Tuttavia, si riscontra un'attenzione particolare per la flessibilità offerta da tecniche procedurali capaci di portare ad una definizione partecipata del contenuto dell'offerta o ad una condivisa individuazione, definizione o sviluppo dei mezzi più idonei a soddisfare le esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici, quali la negoziazione e il dialogo con gli operatori economici del mercato di riferimento. Questa flessibilità è voluta anche per porsi a vantaggio degli scambi transfrontalieri.

Le procedure sono delineate in modo tale da offrire la soluzione procedurale più adatta a soddisfare le esigenze delle amministrazioni, combinando il grado di conoscenza tecnica del prodotto da parte dell'amministrazione aggiudicatrice e la disponibilità del prodotto che offre il mercato, fino ad arrivare ad occuparsi dell'ipotesi di inesistenza nel mercato di prodotti atti a soddisfare le esigenze delle amministrazioni.

#### Definizione

#### Riferimenti normativi

- Articolo 26 Direttiva 2014/24/EU
- Considerando 42 Direttiva 2014/24/EU
- Allegato
- Articolo 28 Direttiva 2004/18/CE
- Articolo 54 Codice appalti

#### Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Questo articolo è a recepimento obbligatorio ad eccezione del paragrafo 5, comma 2 e del paragrafo 6.

#### Recepimento del considerando: opportunità

- Il considerando introduce il preciso indirizzo del legislatore comunitario in tema di flessibilità nella scelta delle procedure d'appalto: esiste una correlazione tra la flessibilità offerta dalla negoziazione nelle procedure di appalto e il successo delle offerte transfrontaliere, così come tra la prima e il grado di soddisfazione delle "esigenze" delle amministrazioni aggiudicatrici. L'opportunità risiede non tanto in un recepimento di una disposizione specifica, quanto nel recepimento (sotteso) delle motivazioni che hanno ispirato il potenziamento delle procedure negoziate (dove giustificate).

#### Opportunità

- Le opportunità offerte riguardano da un lato la volontà di rafforzamento dell'istituto della negoziazione e dall'altro la chiarezza data dall'individuazione dell'ambito di applicabilità delle procedure previste, con rafforzamento appunto di diverse forme di negoziazione ma entro perimetri ben delimitati.
- L'articolo individua le procedure che le amministrazioni aggiudicatrici devono applicare per aggiudicare appalti. Sono delineate in modo tale da offrire la soluzione procedurale più adatta a soddisfare le esigenze delle amministrazioni, combinando il grado di conoscenza tecnica del prodotto da parte dell'amministrazione aggiudicatrice e la disponibilità del prodotto che offre il mercato, fino ad arrivare ad occuparsi dell'ipotesi di inesistenza nel mercato di prodotti atti a soddisfare le esigenze delle amministrazioni.

#### Criticità

- Viene riscontrato un elevato grado di ambiguità nella definizione delle offerte irregolari o inaccettabili.

MPMI (elementi a favore o meno)
<ul style="list-style-type: none"> <li>Non si riscontrano specifiche opportunità o criticità per le MPMI nel contesto della disciplina generale delle procedure di aggiudicazione. Si richiama tuttavia l'attenzione su quanto previsto nel considerando 78 in fase di preparazione delle procedure di gara, con particolare riguardo alle valutazioni che le amministrazioni aggiudicatrici sono incoraggiate a fare in merito all'adeguatezza degli appalti alle necessità delle MPMI.</li> </ul>

## ARGOMENTO : Articolo 27 - Procedura aperta

Descrizione contenuto
<p>La procedura aperta viene confermata quale procedura ordinaria da applicarsi agli appalti, salvo il verificarsi di condizioni (individuata dalla direttiva) che ne consentono la deroga</p> <p>Ciò che si differenzia nella trattazione della procedura consiste in un primo aspetto di tipo formale, nel senso che con la precedente Direttiva, all'articolo 38, venivano individuati tutti i termini minimi da rispettare per l'esperimento delle varie procedure, mentre con la Direttiva 24, i termini minimi sono articolati dettagliatamente nell'ambito di ogni singola procedura; vi sono poi aspetti di tipo sostanziale che riguardano prevalentemente la riduzione dei termini minimi per l'esperimento delle procedure.</p> <p>Aspetti innovativi e sostanziali riguardano innanzitutto la riduzione dei termini minimi previsti, infatti per la procedura aperta si passa dai 52 ai 35 giorni per la presentazione dell'offerta; è stato modificato anche il termine minimo, che ora è di 15 giorni (prima 22) a seguito della pubblicazione di un avviso di preinformazione che rispetta determinate caratteristiche.</p> <p>Altra novità riguarda la possibilità di riduzione di ulteriori 5 giorni dei tempi minimi previsti. Tale facoltà era consentita in precedenza se l'amministrazione aggiudicatrice forniva l'accesso elettronico libero, diretto e completo al capitolato d'oneri e ad ogni documento complementare, mentre ora è consentita nel caso in cui l'amministrazione "... accetta che le offerte possano essere presentate per via elettronica...".</p> <ul style="list-style-type: none"> <li></li> </ul>

Definizione

Riferimenti normativi
<ul style="list-style-type: none"> <li><b>Articolo 27 Direttiva 2014/24/UE</b></li> <li>Considerando 46, 80 e 81 (termini) Direttiva 2014/24/UE</li> <li>Articolo 28 Direttiva 2004/18/CE</li> <li>Articolo 55 Codice appalti</li> </ul>

Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo
<ul style="list-style-type: none"> <li><b>Obbligatorio</b></li> </ul>

Recepimento del considerando: opportunità
<ul style="list-style-type: none"> <li>n. 46 – recepimento del nuovo concetto di urgenza debitamente dimostrata</li> </ul>

Opportunità
<ul style="list-style-type: none"> <li>Specifica individuazione di termini minimi relativamente alle diverse casistiche che consentono la riduzione dei termini ordinari, anch'essi ridotti in via generale;</li> <li>Termini: urgenza motivata, non necessariamente estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili o non imputabili all'amministrazione aggiudicatrice;</li> <li>Previsione esplicita del principio di adeguatezza dei termini</li> </ul>

Criticità
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Adeguamento nel brevissimo periodo dei sistemi informativi al fine di rispettare il principio di segretezza nonché le specifiche tecniche richieste dall'UE per la presentazione di offerte in formato elettronico elemento che consente la riduzione del termine;</li> <li>• La previsione di diverse forme di pubblicità a livello nazionale (consecutive tra loro), può comportare una contrazione dei tempi disponibili per la formulazione delle offerte date dal fatto che la decorrenza dei termini si ha dall'invio del bando all'Unione Europea (rischio di riduzione della conoscibilità)</li> </ul>

MPMI (elementi a favore o meno)
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Una eccessiva contrazione dei termini, per quanto legittima, può comportare una riduzione della concorrenza nei confronti delle MPMI meno attrezzate</li> </ul>

## ARGOMENTO: Articolo 28 - Procedura ristretta

Descrizione contenuto
<p>La procedura ristretta è confermata quale procedura ordinaria da applicarsi agli appalti, salvo il verificarsi (individuate dalla direttiva) che ne consentano la deroga.</p> <p>Per la procedura ristretta i nuovi termini sono di 30 giorni sia per la ricezione delle domande di partecipazione (prima 37), sia per la presentazione delle offerte (prima 40); quest'ultimo può essere ulteriormente ridotto a 10 giorni se preceduto da un avviso di preformazione che rispetti determinate caratteristiche.</p> <p>Altra novità riguarda la possibilità di riduzione di ulteriori 5 giorni dei tempi minimi previsti. Tale facoltà era consentita in precedenza se l'amministrazione aggiudicatrice forniva l'accesso elettronico libero, diretto e completo al capitolato d'oneri e ad ogni documento complementare, mentre ora è consentita nel caso in cui l'amministrazione "... accetta che le offerte possano essere presentate per via elettronica..."</p>

Definizione

Riferimenti normativi
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Articolo 28 Direttiva 2014/24/EU</li> <li>• Considerando 46, 80 e 81 Direttiva 2014/24/EU</li> <li>• Articolo 28 Direttiva 2004/18/CE</li> <li>• Articolo 55 Codice appalti</li> </ul>

Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Questo articolo è a recepimento obbligatorio ad eccezione del paragrafo 4</li> </ul>

Recepimento del considerando: opportunità
<ul style="list-style-type: none"> <li>• N. 46 recepimento del nuovo concetto di urgente debitamente dimostrata</li> </ul>

Opportunità

- Specifica individuazione di termini minimi avuto riguardo ai diversi presupposti
- Da rilevare ancora (articolo 28, paragrafo 4), la facoltà per gli Stati membri di prevedere per le procedure ristrette, la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di concordare con i candidati selezionati il termine per la ricezione delle offerte, comunque mai inferiore a 10 giorni, e la possibilità di garantire a tutti i candidati il medesimo termine (da intendersi come tempo a disposizione) per la formulazione e la presentazione dell'offerta.
- Previsione esplicita del principio di adeguatezza dei termini.

#### Criticità

- Con riferimento alla facoltà di cui al paragrafo 4 (accordo PA-OE per concordare il termine per la ricezione offerte), rischio di falsare la concorrenza senza indicazione sulle modalità di esercizio di questa eventuale facoltà;
- Adeguamento nel brevissimo periodo dei sistemi informativi al fine di rispettare il principio di segretezza nonché le specifiche tecniche richieste dall'UE per la presentazione di offerte in formato elettronico elemento che consente la riduzione del termine;
- La previsione di diverse forme di pubblicità a livello nazionale (susseguenti tra loro), può comportare una contrazione dei tempi disponibili per la formulazione delle offerte date dal fatto che la decorrenza dei termini si ha dall'invio del bando all'Unione Europea (rischio di riduzione della conoscibilità)

#### MPMI (elementi a favore o meno)

- Una eccessiva contrazione dei termini, per quanto legittima, può comportare una riduzione della concorrenza nei confronti delle PMI meno attrezzate

### ARGOMENTO: Articolo 29 - Procedura competitiva con negoziazione

#### Descrizione contenuto

Si tratta di una procedura, che sostituisce di fatto la procedura negoziata con pubblicazione di bando, da applicare quando l'amministrazione aggiudicatrice ha la necessità di approfondire le caratteristiche del lavoro, della fornitura o del servizio che intende appaltare e che il mercato è in grado di offrire compiendo alcuni adattamenti. La procedura competitiva con negoziazione si esplica in un procedimento progressivo di definizione dell'oggetto dell'appalto che prende avvio dopo una proposta iniziale dei concorrenti selezionati. La negoziazione mira dunque a migliorare l'offerta esistente in modo da garantire che l'appalto sia adeguato alle specifiche esigenze della pubblica amministrazione.

#### Definizione

#### Riferimenti normativi

- Articolo 29 Direttiva 2014/24/EU
- Considerando 42, 43, 44, 45 e 46 Direttiva 2014/24/EU
- Allegato

#### Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Questo articolo è a recepimento obbligatorio.



Recepimento del considerando: opportunità
•
Opportunità
<ul style="list-style-type: none"> <li>L'opportunità principale di questo tipo di procedura si concretizza nella flessibilità e nell'adattamento del mercato alle specifiche esigenze delle stazioni appaltanti. Attraverso la negoziazione, le amministrazioni aggiudicatrici potranno sopperire alla mancanza di <i>knowhow</i> tecnico coinvolgendo gli operatori economici di settore nell'individuazione delle migliori soluzioni disponibili sul mercato, risparmiando sulle consulenze esterne.</li> </ul>
Criticità
<ul style="list-style-type: none"> <li>La procedura competitiva con negoziazione comporta alcune criticità legate al fatto che tale tipologia di negoziazione potrebbe presentare rischi di arbitri ed abusi che compromettono la parità di trattamento dei concorrenti. Sarebbe opportuno che il legislatore nazionale, in sede di recepimento, disciplinasse o desse indicazioni per definire le fasi e le modalità di negoziazione, a garanzia della trasparenza e della tracciabilità del processo.</li> </ul>
MPMI (elementi a favore o meno)
<ul style="list-style-type: none"> <li>Non si riscontrano specifiche opportunità o criticità per le MPMI nell'ambito di questa procedura, fatto salvo quanto già evidenziato in merito all'individuazione di un termine eccessivamente ridotto, che potrebbe comportare una riduzione della concorrenza a scapito delle MPMI meno attrezzate rispetto ad altre.</li> </ul>

## ARGOMENTO: Articolo 30 -Dialogo competitivo

Descrizione contenuto
<p>La prima novità introdotta dalla nuova Direttiva 24 alla disciplina del dialogo competitivo riguarda l'ampliamento dei <u>presupposti</u> di utilizzazione di questo tipo di procedura.</p> <p>La nuova formulazione di questo articolo apre la possibilità di fare ricorso al dialogo competitivo in maniera più generalizzata avendo riguardo alla finalità del dialogo ovvero l'individuazione e la definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le necessità delle amministrazioni aggiudicatrici</p> <p>Si tratta di una procedura da applicare nel caso di appalti di una certa complessità da applicare quando . l'amministrazione aggiudicatrice ha la necessità di individuare e definire il mezzo più idoneo a soddisfare le proprie esigenze, che il mercato non è in grado di offrire attraverso soluzioni immediatamente disponibili.</p>
Definizione
Riferimenti normativi
<ul style="list-style-type: none"> <li>Articolo 30 Direttiva 2014/24/EU</li> <li>Considerando 42 e 43 Direttiva 2014/24/EU</li> <li>Allegato</li> <li>Articolo 29 Direttiva 2004/18/CE</li> <li>Articolo 58 Codice degli appalti</li> </ul>

Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo
---

- Questo articolo è a recepimento obbligatorio.

#### Recepimento del considerando: opportunità

##### Opportunità

- Ampliamento dello spettro di utilizzabilità di questo tipo di procedura, pur se temperato da più stringenti criteri di aggiudicazione. Il ricorso al dialogo competitivo offre la flessibilità necessaria per raggiungere risultati di aggiudicazione migliori rispetto al ricorso a procedure aperte o ristrette senza negoziazione, in tutti i casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici non sono in grado di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche, finanziarie o giuridiche.
- Eliminazione dal codice dei contratti dell'ambiguità contenuta nel disposto che permette il ricorso al dialogo competitivo quando "la stazione appaltante non dispone ... di studi in merito alla identificazione e quantificazione dei propri bisogni...". La direttiva dà per scontata la conoscenza del bisogno (elemento essenziale) e quindi si limita ad esplicitare cosa si intende per individuazione e definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le necessità (preesistenti) delle stazioni appaltanti.

##### Criticità

- Non vanno sottovalutati in sede di recepimento quegli aspetti che permettono spazi di discrezionalità, che potrebbero essere causa di violazione dei principi comunitari.
- Appare particolarmente delicato il tema di come le amministrazioni aggiudicatrici possano capire, e quindi giudicare, quale tra le soluzioni da discutere sia quella che rappresenta "il mezzo più idoneo a soddisfare le proprie necessità", posto che l'utilizzo di questa procedura presuppone una scarsa familiarità, dovuta ad un'intrinseca complessità tecnica, con i prodotti o servizi offerti in un determinato settore del mercato.

#### MPMI (elementi a favore o meno)

### ARGOMENTO: Articolo 31 - Partenariato per l'innovazione

#### Sotto argomento:

##### Descrizione contenuto

Il partenariato per l'innovazione è una procedura introdotta "ex novo" che consente alle amministrazioni di sviluppare "in prima persona" prodotti innovativi non acquisibili sul mercato. Il partenariato per l'innovazione comprende sia lo sviluppo di prodotti, servizi o lavori innovativi che il loro successivo acquisto.

##### Definizione

##### Riferimenti normativi

- Articolo 31 della Direttiva 2014/24/UE
- Considerando 47-49 della Direttiva 2014/24/UE
- La procedura rappresenta una novità assoluta e pertanto non trova alcun riscontro né nella Direttiva

2004/18/CE, né nel Codice degli appalti.

#### Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Obbligatorio

#### Recepimento del considerando: opportunità

- Il considerando 49 precisa che la procedura si attiva quando sorge l'esigenza di soddisfare soluzioni non disponibili sul mercato. La legge di recepimento potrebbe prevedere di esplicitare nella determina a contrarre l'iter attraverso il quale si è giunti a tale conclusione.
- La legge di recepimento potrebbe focalizzare il principio, contenuto nei considerando che il partenariato per l'innovazione dovrebbe incentivare lo sviluppo di soluzioni innovative senza ostacolare limitare o distorcere la concorrenza.

#### Opportunità

- Promuovere l'innovazione immettendo sul mercato prodotti e servizi innovativi.
- Sviluppare direttamente prodotti innovativi senza necessità di ricorrere ad una procedura d'appalto distinta per l'acquisto.

#### Criticità

- Necessità, in sede di recepimento, di definire requisiti minimi di selezione che dovrebbero comunque essere sufficientemente flessibili con lo scopo sia di garantire l'effettivo accesso al mercato che di ridurre la discrezionalità delle singole amministrazioni pubbliche.
- Necessità, in sede di recepimento, di regolamentare la procedura strutturandola per fasi ben definite affinché l'iter consenta di soddisfare le esigenze dell'Amministrazione senza perdere di vista i seguenti aspetti : 1) la durata e il valore delle varie fasi devono riflettere il grado d'innovazione della soluzione proposta e la sequenza di attività di ricerca e innovazione necessarie per lo sviluppo di una soluzione innovativa non ancora disponibile sul mercato 2) il valore stimato delle forniture, dei servizi e dei lavori non deve essere sproporzionato rispetto all'investimento richiesto per il loro sviluppo.

#### MPMI (elementi a favore o meno)

- Il partenariato per l'innovazione riducendo l'assunzione di rischi da parte dell'operatore economico permette una maggior partecipazione delle MPMI.

### **ARGOMENTO: Articolo 32 - Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione**

#### Sotto argomento:

#### Descrizione contenuto

La procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando è una procedura eccezionale a cui ricorrere solo in pochi e limitati casi.

#### Definizione

Riferimenti normativi
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Articolo 32 della Direttiva 2014/24/UE</li> <li>• Considerando 50 della Direttiva 2014/24/UE</li> <li>• Articolo 31 della Direttiva 2004/18/CE</li> <li>• Art. 57 del codice degli appalti</li> </ul>
Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Facoltativo. Gli Stati membri però non possono prevedere ulteriori fattispecie rispetto a quelle disciplinate dalla Direttiva</li> </ul>
Recepimento del considerando: opportunità
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Nel considerando viene evidenziato che la procedura dovrebbe essere utilizzata solo in circostanze del tutto eccezionali quali cause di estrema urgenza non imputabili all'amministrazione od assenza di competitività. Viene posto l'accento sul concetto di esclusività che deve essere reale e motivata. A fini esplicativi, vengono fatti anche esempi concreti. Sarebbe opportuno esplicitare tali concetti anche nel nostro ordinamento evidenziando con maggior forza l'eccezionalità della procedura.</li> </ul>
Opportunità
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Esplicitare il concetto di nessuna offerta o nessuna offerta appropriata</li> <li>• Introdurre come previsto dalla direttiva l'ipotesi di domanda di partecipazione non ritenuta appropriata</li> <li>• Valutare se sussistano i presupposti per reintrodurre la procedura negoziata per lavori complementari</li> <li>• Riflettere sull'opportunità di mantenere nell'ordinamento la procedura negoziata prevista dall'art.122 del Codice appalti</li> <li>• Parallelismo con gli artt. 72 e 29 della Direttiva che disciplinano il rinnovo espresso</li> </ul>
Criticità
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Il ricorso alla procedura negoziata per lavori o servizi complementari è limitato al triennio successivo alla conclusione dell'appalto iniziale. La dicitura dell'art. 57 è più chiara perché si riferisce «alla stipulazione del contratto iniziale» e per questo va mantenuta.</li> <li>• La direttiva non disciplina le modalità di selezione degli operatori economici. L'articolo 57, in tal senso, garantisce maggior concorrenza e trasparenza.</li> </ul>
MPMI (elementi a favore o meno)
<ul style="list-style-type: none"> <li>• La procedura negoziata senza previa pubblicazione è un istituto che va mantenuto poiché garantisce l'accesso delle MPMI al mercato. A garanzia delle stesse le modalità di selezione dei concorrenti devono comunque avvenire sulla base di meccanismi sufficienti a garantire una buona concorrenzialità.</li> </ul>
<b>ARGOMENTO: Articolo 33 – Accordi quadro</b>
Sotto argomento:
Descrizione contenuto

Il contenuto dell'articolo è sovrapponibile con la previsione dell'art. 59 del D.lgs. 163/2006 (articolo 32 della direttiva precedente), confermando le intenzioni del legislatore del 2004 in ordine alla flessibilità e alla semplificazione dei procedimenti.

#### Definizione

#### Riferimenti normativi

- Considerando 63-66, Direttiva 2014/24/UE
- Articolo 33, Direttiva 2004/18/CEE
- Articolo 59 Codice Appalti

#### Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- **Disposizione a recepimento obbligatorio**

#### Recepimento del considerando: opportunità

#### Opportunità

- La definizione fornita dall'articolo in commento richiama fedelmente quella fornita dall'art.3 comma 13 del Codice vigente. Il contenuto dell'articolo è infatti sovrapponibile con la previsione dell'art. 59 del D.lgs. 163/200632 della direttiva precedente, confermando le intenzioni del legislatore del 2004 in ordine alla flessibilità e alla semplificazione dei procedimenti.

#### Criticità

- 

#### MPMI (elementi a favore o meno)

- 

### **ARGOMENTO: Articolo 34 – Sistemi dinamici di acquisizione**

#### Sotto argomento:

#### Descrizione contenuto

L'articolo in commento rappresenta un aggiornamento del "sistema dinamico di acquisizione" (o più brevemente SDA) che costituisce una procedura di scelta del contraente che deve essere gestita interamente attraverso strumenti telematici di negoziazione e rientra quindi fra le procedure di "e-procurement".

Il legislatore comunitario è intervenuto sulla disciplina dello SDA da un lato al fine di prevedere l'obbligatorietà del suo recepimento, mentre nella direttiva 18 il recepimento era facoltativo, e dall'altro per introdurre delle misure di semplificazione derivanti dagli esiti dalle esperienze svolte dalle amministrazioni.

Definizione
Riferimenti normativi <ul style="list-style-type: none"> <li>• Considerando 63-66, Direttiva 2014/24/UE</li> <li>• Articolo 33, Direttiva 2004/18/CEE</li> <li>• Articolo 60 Codice Appalti</li> </ul>
Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo <ul style="list-style-type: none"> <li>• Disposizione a recepimento obbligatorio</li> </ul>
Recepimento del considerando: opportunità
Opportunità <ul style="list-style-type: none"> <li>• Si constata come la novità più rilevante risieda nella scelta di seguire le norme della procedura ristretta.</li> <li>• Questa modifica semplifica il precedente iter che vedeva la necessità di pubblicare un primo bando per l'istituzione dello SDA, un secondo bando per ogni appalto specifico in risposta al quale nuovi operatori potevano chiedere di abilitarsi per quella specifica procedura e poi la spedizione della lettera di richiesta dell'offerta. La procedura quindi richiedeva tre passaggi con un iter complesso e lungo. La modifica, attraverso il rinvio alla procedura ristretta, vede ora la necessità solo della pubblicazione del bando per l'istituzione dello SDA e la spedizione della lettera d'invito a i fornitori abilitati, è stato quindi eliminato il bando intermedio. Ulteriore misura di semplificazione attiene all'eliminazione della necessità di presentare una prima offerta indicativa sui contenuti della quale vi erano molti interrogativi.</li> </ul>
Criticità
MPMI (elementi a favore o meno) <ul style="list-style-type: none"> <li>• In linea con i principi ispiratori della nuova Direttiva, l'articolo in commento "per offrire alle MPMI ulteriori possibilità di partecipare a un sistema dinamico di acquisizione su larga scala, gestito per esempio da una centrale di committenza, l'amministrazione aggiudicatrice interessata dovrebbe avere la facoltà di articolare il sistema in categorie oggettivamente definite di prodotti, lavori o servizi. Tali categorie dovrebbero essere definite in riferimento a fattori oggettivi che potrebbero includere, per esempio, l'importo o quantitativo massimo degli appalti specifici da aggiudicare nell'ambito della categoria in questione o un'area geografica specifica in cui gli appalti specifici devono essere eseguiti. Se un sistema dinamico di acquisizione è diviso in categorie, l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe applicare criteri di selezione appropriati alle caratteristiche della categoria in questione"(considerando 65).</li> </ul>

**ARGOMENTO: Articolo 35 – Aste elettroniche**

Sotto argomento:

## Descrizione contenuto

L'articolo rappresenta un aggiornamento della precedente disciplina la quale, è stata rivista al paragrafo 8 relativamente allo svolgimento dell'asta e a conclusione della stessa.

## Definizione

## Riferimenti normativi

- Considerando 67, Direttiva 2014/24/UE
- Articolo 54, Direttiva 2004/18/CEE
- Articolo 85 Codice Appalti

## Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Disposizione a recepimento obbligatorio

## Recepimento del considerando: opportunità

- È opportuno precisare che le aste elettroniche non sono normalmente adatte per determinati appalti pubblici di lavori e determinati appalti pubblici di servizi che hanno per oggetto prestazioni intellettuali come la progettazione di lavori (considerando 67), in quanto possono essere oggetto di aste elettroniche solo gli elementi adatti alla valutazione automatizzata con strumenti elettronici, senza intervento o valutazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, in particolare gli elementi quantificabili che possono essere espressi in cifre o percentuali.

## Opportunità

- La collocazione di questo strumento di e-procurement nella nuova Direttiva appare senz'altro più coerente che in quella precedente

## Criticità

- 

## MPMI (elementi a favore o meno)

-

**ARGOMENTO: Articolo 36 – Cataloghi elettronici**

Sotto argomento:

**Descrizione contenuto**

L'articolo in commento rappresenta una delle novità introdotte dalla nuova disciplina europea. Da un punto di vista generale, si può affermare che i cataloghi elettronici vanno a completare la gamma degli strumenti dedicati all'e-procurement introdotti dalla Direttiva del 2004 per dare risposta al costante sviluppo di nuove tecniche di acquisto elettronico. In fase di recepimento sarà possibile rendere obbligatorio l'uso di cataloghi elettronici per alcuni tipi di appalto.

I cataloghi elettronici sono un formato per la presentazione e organizzazione delle informazioni in un modo comune per tutti gli offerenti e che si presta al trattamento elettronico. Le offerte presentate in forma di foglio elettronico potrebbero essere un esempio (considerando 68). Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero poter esigere cataloghi elettronici in tutte le procedure disponibili ove sia richiesto l'uso di mezzi di comunicazione elettronici.

**Definizione****Riferimenti normativi**

- Considerando 68, Direttiva 2014/24/UE

**Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo**

- Disposizione a recepimento obbligatorio

**Recepimento del considerando: opportunità****Opportunità**

. Si ritiene che i cataloghi elettronici possano consentire un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica, in particolare in termini di risparmi di tempo e denaro.

**Criticità****MPMI (elementi a favore o meno)**



**ARGOMENTO : Articolo 37 - Attività di centralizzazione delle committenze e centrali di committenza**

Sotto argomento:

**Descrizione contenuto**

Si tratta di una disposizione già presente nella vecchia direttiva che viene riproposta con delle innovazioni.

Dalla lettura combinata dell'articolo 37 e del considerando 69 e dalla definizione di cui all'art. 2 punto 14 emerge che la centrale di committenza, dovrebbe poter svolgere due tipologie di attività:

- l'acquisizione di forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici, come fanno i grossisti, comprando, immagazzinando e rivendendo. In questo caso siamo di fronte ad un soggetto altamente specializzato che gestisce tutto il processo e se ne assume in pieno la responsabilità
- l'aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici, come fanno gli intermediari, aggiudicando appalti, gestendo sistemi dinamici di acquisizione o concludendo accordi quadro ad uso delle amministrazioni aggiudicatrici. Il ruolo di intermediazione può essere svolto in autonomia o in nome e per conto delle amministrazioni aggiudicatrici.

**Definizione**

Art. 2 14 "attività di centralizzazione della committenza"  
 15 "attività di committenza ausiliarie"  
 16 "centrale di committenza"  
 17 "prestatore di servizi in materia di appalti"

**Riferimenti normativi**

- Articolo 37 Direttiva 2014/24/EU
- Art. 2 definizione da 14 a 17
- Considerando 59, 69 e 70 Direttiva 2014/24/EU
- Articolo 1 par. 10 e art. 11 Direttiva 2004/18/CE
- Articolo 33 Codice appalti

**Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo**

- Facoltativo

**Recepimento del considerando: opportunità**

- 

**Opportunità**

Il recepimento della nuova direttiva potrebbe essere un'opportunità per un riordino organico e sistematico della normativa esistente, in coerenza con le nuove disposizioni, tenendo conto delle risorse di personale ed economiche necessarie per garantire una gestione efficiente dei contratti pubblici e del diverso ruolo delle centrali di committenza che possono operare per l'aggregazione della domanda o per svolgere procedure su delega. Inoltre, un riordino deve

tener conto delle differenze esistenti tra i lavori da un lato e i servizi e le forniture dall'altro. Infatti l'aggregazione della domanda ha un senso per l'acquisto di servizi e forniture standardizzabili, per i lavori l'accentramento delle funzioni di committenza richiede una valutazione più ampia, estesa all'intero ciclo del contratto. In ogni caso, pur condividendo l'obiettivo di qualificazione e razionalizzazione della spesa, non va trascurato il ruolo e il valore che le centrali di committenza regionali possono avere per l'economia del territorio, anche in funzione di una maggiore partecipazione delle micro e piccole imprese al mercato pubblico

#### Criticità

Particolarmente delicata appare quindi l'inclusione nelle attività di committenza ausiliarie dell'attività consistente nella **“preparazione e gestione delle procedure di appalto in nome e per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata”** in relazione alla quale si potrebbe infatti pensare che la Direttiva abbia inteso prospettare un'ipotesi di gara “su delega” espletabile anche da operatori privati prestatori di servizi in materia di appalti, configurando una fattispecie di esercizio privato di pubbliche funzioni. Ciò in quanto l'art. 2, al punto 17), riconduce alla nozione di “operatori di servizi in materia di appalti” gli organismi **pubblici o privati** che offrono attività di committenza ausiliarie sul mercato.

Dal considerando 70 si evince poi che l'affidamento di attività di committenza ausiliarie dovrebbe essere disposto secondo le procedure di aggiudicazione di cui alla Direttiva in esame, esclusivamente se queste attività non sono collegate all'esercizio delle funzioni di centralizzazione delle committenze da parte di amministrazioni aggiudicatrici e se sono effettuate con contratto a titolo oneroso.

L'erogazione di siffatte prestazioni però da parte di soggetti privati non risulta regolata e sviluppata in alcun modo nell'articolato: l'art. 37, par. 4, nell'escludere espressamente dal campo di applicazione della Direttiva stessa la fornitura di “attività di centralizzazione delle committenze” da parte di amministrazioni aggiudicatrici, si limita a prevedere che detti servizi possono altresì includere la fornitura di attività di committenze ausiliarie, fornendo quindi precisazioni in merito alle modalità di affidamento delle funzioni in argomento senza dettagliarne i contenuti oltre a quanto già indicato nelle definizioni.

Ne segue che in sede di recepimento dovranno essere attentamente verificati e valutati l'esatto significato e i possibili contenuti della prestazione ausiliaria consistente nella “preparazione e gestione delle procedure di appalto in nome e per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata”.

A tale riguardo si sottolinea come altamente problematica un'eventuale riconoscimento agli operatori privati, da individuare con gara d'appalto, del compito di gestire procedure di aggiudicazione in nome e per conto di amministrazioni aggiudicatrici, atteso l'elevato grado di imparzialità che si richiede nell'espletamento di siffatte funzioni, e avuto riguardo altresì all'esigenza di garantire, nelle attività di gestione delle gare d'appalto, il rispetto dei principi di trasparenza e la tutela della legalità anche in adempimento dei recenti obblighi introdotti dalla legislazione in materia di anticorruzione e pubblicità che solo le pubbliche amministrazioni sono tenute ad osservare.

#### MPMI (elementi a favore o meno)

In fase di recepimento occorre porsi il problema di coordinare l'interesse e la necessità di una maggiore razionalizzazione della spesa e trasparenza con le ripercussioni che ciò può provocare sul mercato e sulle condizioni di accesso ad esso da parte delle micro e piccole imprese, nonché con la spinta alla suddivisione in lotti presente nella direttiva comunitaria.

#### ARGOMENTO : Articolo 38 - Appalti congiunti occasionali

Sotto argomento:

#### Descrizione contenuto

Si tratta di una novità normativa, che nella precedente direttiva era contenuta nei principi generali e che, invece nella Direttiva 24 trova spazio in un articolo dedicato.

Gli appalti congiunti occasionali, pur essendo configurabili come sistemi di acquisizione meno sistematici se

confrontati con il sistema delle centrali di committenza e, quindi, meno istituzionalizzati, sono ugualmente valorizzati dal legislatore comunitario in considerazione dell'importante ruolo che essi possono svolgere, non da ultimo con riferimento ai vantaggi che un loro utilizzo porterebbe nello sviluppo di progetti innovativi. La direttiva promuove l'utilizzazione degli appalti congiunti occasionali, in ragione della loro versatilità di impiego, nei casi in cui vi sia un puntuale interesse trasversale di due o più amministrazioni.

#### Definizione

#### Riferimenti normativi

- Articolo 38 Direttiva 2014/24/EU
- Considerando 71 Direttiva 2014/24/EU

#### Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Disposizione a recepimento obbligatorio

#### Recepimento del considerando: opportunità

- Considerando 71 - Questa disposizione, anche alla luce di quanto riportato nel considerando, si pone come una possibile alternativa al ricorso, da parte delle stazioni appaltanti, alle centrali di committenza, attraverso appalti congiunti occasionali, con altre amministrazioni, anche se in questo caso si tratta di sistemi di acquisizione meno sistematici.

#### Opportunità

- In fase di recepimento è necessario individuare regole più precise che definiscano in maniera dettagliata l'attribuzione delle responsabilità in capo ai soggetti coinvolti e le diverse modalità organizzative e di coordinamento che un appalto congiunto può assumere.

#### Criticità

- In merito al riferimento della Direttiva alla necessità di precisare specificamente alcuni elementi dell'appalto congiunto, non appare un'indicazione di facile applicazione, non essendo agevole individuare una casistica e procedere ad una classificazione delle diverse soluzioni prospettabili. Le ipotesi in concreto riconducibili alla fattispecie sono ravvisabili genericamente nella realizzazione di interventi di competenza di più amministrazioni aggiudicatrici (es. realizzazione di opere a rete), sovente oggetto di accordi di programma, o di interventi complessi assistiti da contributo comunitario, statale e/o regionale, tutti connotati da un comune
- Una regolamentazione puntuale delle modalità è fondamentale per evitare criticità che possono presentarsi dal punto di vista dell'applicazione e nella gestione delle procedure. Servono regole precise che definiscano in maniera dettagliata l'attribuzione delle responsabilità in capo ai soggetti coinvolti e le diverse modalità organizzative e di coordinamento che un appalto congiunto può assumere.

#### MPMI (elementi a favore o meno)

- Nella definizione delle regole è necessario porre attenzione accurata alla valutazione delle condizioni di accesso per le MPMI, in particolare per le modalità di suddivisione delle gare in lotti

**ARGOMENTO : Articolo 39 - Appalti che coinvolgono amministrazioni aggiudicatrici di Stati membri diversi**

Sotto argomento:

## Descrizione contenuto

L'articolo consente :

- la possibilità, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, di avvalersi di centrali di committenza ubicate in un altro Stato membro, lasciando la possibilità di scelta allo Stato membro di limitarla ad una delle due opzioni previste dall'art. 2, par. 1 punto 14, lettera a) o b).
- la possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici di diversi Stati membri, di aggiudicare congiuntamente un appalto, concludere un accordo quadro o gestire un sistema dinamico di acquisizione, attraverso la definizione di un accordo che disciplina le modalità organizzative e la responsabilità delle parti.
- la possibilità di dare vita ad un soggetto congiunto, fornendo alcune indicazioni di massima su quali procedure utilizzare sulla base di un accordo condiviso. L'accordo può durare per un tempo indeterminato, se indicato nell'atto costitutivo, o limitato ad un periodo determinato.

## Definizione

## Riferimenti normativi

- Articolo 39 Direttiva 2014/24/EU
- Considerando 73 Direttiva 2014/24/EU

## Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Disposizione a recepimento obbligatorio a recepimento facoltativo delle amministrazioni

## Recepimento del considerando: opportunità

## Opportunità

- Gli appalti transfrontalieri se opportunamente regolamentati, possono essere un'occasione per sfruttare al meglio le potenzialità del mercato interno e ,attraverso regole chiare, agevolare la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici.

## Criticità

- Le tre diverse forme di appalti transfrontalieri prospettate dalla nuova Direttiva comportano l'attivazione di procedimenti ad elevata complessità, l'applicazione di normative di altri Stati e pertanto presuppongono un livello adeguato di preparazione e qualificazione della committenza. In sede di recepimento, il legislatore dovrebbe tenere conto di questi aspetti, fornendo indicazioni sufficientemente precise sulle procedure da seguire per l'attivazione delle formule di collaborazione volte alla realizzazione degli appalti transfrontalieri

e indicando, anche in modo non esaustivo, le ipotesi nelle quali è necessario/possibile farvi ricorso, anche nell'ottica di evitare possibili restrizioni alla concorrenza e di assicurare l'efficienza ed economicità delle procedure di aggiudicazione.

#### MPMI (elementi a favore o meno)

- Nella definizione delle regole c'è una complessità legata al nostro tessuto produttivo fatto prevalentemente di micro e piccole imprese che potrebbe non avere una corrispondenza nei paesi transfrontalieri. Sarebbe, pertanto opportuno una valutazione in termini di condizioni di accesso delle MPMI.

### ARGOMENTO : Articolo 40 - Consultazioni preliminari di mercato

Sotto argomento:

#### Descrizione contenuto

La disposizione dell'articolo 40 costituisce un elemento di modernizzazione delle procedure poiché la norma è volta a garantire alle stazioni appaltanti la possibilità di accrescere le proprie conoscenze per superare asimmetrie informative, sia in ordine ad un'adeguata pianificazione sia ai fini della gestione della gara d'appalto. La disposizione è di particolare rilevanza se viene considerata alla luce dei principi di trasparenza ed imparzialità. La disposizione consente alle amministrazioni di attivare una consultazione preliminare di tipo tecnico che precede l'avvio della procedura ai fini della preparazione dell'appalto e per informare gli operatori economici degli appalti da essi programmati e dei requisiti relativi.

#### Definizione

#### Riferimenti normativi

- Articolo 40 - direttiva 2014/24/UE
- Considerando: 43 e 49 direttiva 2014/24/UE
- Considerando n. 8, Direttiva 18/2004/UE

#### Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Disposizione a recepimento obbligatorio

#### Recepimento del considerando: opportunità

#### Opportunità

- Uno degli aspetti di maggiore novità, è che il dialogo tecnico viene più propriamente chiamato per quello che è ovvero **una (potenziale) consultazione preliminare di tipo tecnico che precede l'avvio della procedura (e non l'aggiudicazione della gara)**. Non a caso nell'articolo 40 della direttiva 24/14, la norma introduce proprio il Capo III (*Svolgimento della procedura*) del Titolo II (*Disposizioni applicabili agli appalti pubblici*),

Sezione I rubricata *Preparazione* (appunto del procedimento di acquisizione).

- Nell'attuale formulazione, oltre alla riflessione sulle consultazioni che, devono essere organizzate e strutturate **in modo da garantire un contributo trasparente e visibile (accessibile agli interessati), il legislatore comunitario funzionalizza il contributo tecnico ai fini della preparazione dell'appalto e per informare gli operatori economici degli appalti da essi programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi.**
- La nuova norma amplia la platea dei soggetti interessati *coinvolgendo esperti ed autorità indipendenti e non solo gli operatori del mercato.*

#### Criticità

- La questione che immediatamente si pone riguarda l'eventuale corrispettivo da corrispondere a questi soggetti se il contributo reso viene considerato in termini di consulenza. In ogni caso dall'avviso deve emergere che il contributo è meramente tecnico ed è finalizzato non a realizzare progettazione ma verificare, come rilevato, esperienze e/o acquisire conoscenze tecniche. Infine, verificare la stessa fattibilità dell'appalto

#### MPMI (elementi a favore o meno)

**ARGOMENTO: Articolo 41- Partecipazione precedente di candidati o offerenti**

Sotto argomento:

**Descrizione contenuto**

L'articolo codifica in legge un principio affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in base al quale l'aver partecipato ad una consultazione preliminare di mercato o alla preparazione della procedura di gara non pregiudica la partecipazione alla gara se l'operatore economico non ha tratto un vantaggio concorrenziale rispetto agli altri concorrenti.

**Definizione****Riferimenti normativi**

- Articolo 41 Direttiva 2014/24/EU
- Non si rilevano riferimenti nei considerando
- L'istituto rappresenta una novità e pertanto non trova alcun riscontro né nella Direttiva 2004/18/CE, né nel Codice degli appalti.

**Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo**

- Obbligatorio

**Recepimento del considerando: opportunità**

- Non si rilevano considerando

**Opportunità**

- Garantire una procedura di gara qualificata utilizzando competenza e professionalità di soggetti esperti ;
- Garantire una maggior competitività consentendo la partecipazione alla gara in condizioni di parità di trattamento a chi ha contribuito alla definizione della procedura.
- La disposizione va letta in armonia con l'art. 57 par 4 lettera f) che consente all'Amministrazione (od obbliga l'Amministrazione ad escludere se lo Stato membro lo preveda) di escludere l'operatore dalla procedura d'appalto se vi è stata una distorsione della concorrenza derivante dal coinvolgimento nelle procedure di cui all'art. 41 che non può essere risolta con altre misure meno intrusive e con l'art.57 comma 6 che consente agli operatori di dimostrare la propria affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo d'esclusione (self-cleaning).

**Criticità**

- Necessità di definire, in sede di recepimento, quali siano le misure che L'Amministrazione aggiudicatrice deve adottare per garantire che la concorrenza non sia falsata. Lasciare alle stesse eccessiva discrezionalità nella scelta potrebbe determinare l'elusione del principio di parità di trattamento.

**M PMI (elementi a favore o meno)**

- La norma, lasciando alle amministrazioni l'onere di determinare le misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata potrebbe penalizzare le imprese più piccole meno coinvolte nella preparazione

della gara e conseguentemente più esposte al rischio di trovarsi in una posizione di svantaggio concorrenziale.

## ARGOMENTO: Articolo 42 - Specifiche tecniche

Sotto argomento:

### Descrizione contenuto

La Direttiva 2014/24/EU conferma la linea volta ad assicurare che le specifiche tecniche vengano fissate in termini di requisiti funzionali e non siano redatte in modo da risultare discriminatorie. È mantenuta la possibilità di fare riferimento a standard a condizione che sia sempre consentito il ricorso a soluzioni alternative equivalenti.

### Definizione

### Riferimenti normativi

- Articolo 42 direttiva 2014/24/EU
- Considerando 74, 76 e 77 direttiva 2014/24/UE
- Allegato VII, punto 1, punto 2-5 Direttiva 2014/24/UE
- Direttiva 18/2004: considerando 29, articolo 23 e allegato VI
- Art. 68 Codice appalti

### Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Obbligatorio

### Recepimento del considerando: opportunità

- Nel considerando 74 le specifiche tecniche fissate in termini di requisiti funzionali e in materia di prestazioni, sono viste come strumenti appropriati per stimolare l'innovazione nell'ambito degli appalti pubblici e quindi se ne auspica un applicazione il più ampia possibile.

### Opportunità

- Il considerando 76 conferma la specificazione che per gli appalti destinati all'uso da parte di persone fisiche è necessario tener conto dei criteri di accessibilità per le persone con disabilità. Ai fini di una maggiore inclusione sociale dei soggetti disabili questa dovrebbe essere una disposizione di carattere generale verso la quale riporre la massima attenzione in fase di recepimento.

### Criticità

### MPMI (elementi a favore o meno)



**ARGOMENTO: Articolo 43 - Etichettature**

Sotto argomento:

**Descrizione contenuto**

È una disposizione che le amministrazioni aggiudicatrici possono utilizzare per quegli acquisti che hanno specifiche caratteristiche ambientali o sociali o di altro tipo. Nell'articolo si precisa che le etichettature devono essere riferite all'oggetto del contratto, non discriminatorie, accessibili a tutti, e rilasciate da soggetti terzi rispetto agli operatori economici. In sostanza l'indicazione di particolari etichettature non deve essere discriminante nei confronti degli operatori economici.

**Definizione****Riferimenti normativi**

- Articolo 43 direttiva 2014/24/EU
- Considerando 75 Direttiva 2014/24/UE
- Art. 23, paragrafo 6 Direttiva 2004/18/UE (ecoetichettature)

**Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo**

- Obbligatorio

**Recepimento del considerando: opportunità**

- -----

**Opportunità**

- -----

**Criticità**

- Nel considerando 75 si individuano come parti interessate: organismi pubblici o privati, imprese o qualsiasi tipo di organizzazioni non governative. Inoltre, gli organismi o organizzazioni nazionali o governativi possono essere coinvolti nella definizione dei requisiti delle etichettature senza per questo perdere lo status di parte terza. Mentre la direttiva nulla dice in merito ai criteri per l'individuazione per le parti interessate. Pertanto il legislatore, in sede di recepimento potrebbe fornire indicazioni in merito.

**MPMI (elementi a favore o meno)**

- L'acquisizione da parte delle imprese di alcune etichettature rappresenta un costo e può richiedere tempi più lunghi per la presentazione delle offerte. Un utilizzo spropositato di etichettature, senza una oggettiva motivazione, si può tradurre in una preclusione al mercato delle imprese più piccole. Per tale motivo, l'utilizzo delle stesse deve essere strettamente valutato in relazione alle caratteristiche dei singoli appalti al fine di evitare possibili restrizioni al mercato.

**ARGOMENTO: Articolo 44 - Relazioni di prova, certificazioni e altri mezzi di prova**

Sotto argomento:

**Descrizione contenuto**

Si tratta di una disposizione dà la facoltà alle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere agli operatori economici, a comprova delle specifiche tecniche richieste, dei criteri di aggiudicazione o delle condizioni relative all'esecuzione dell'appalto, una relazione di prova di un organismo di valutazione della conformità o un certificato rilasciato da un organismo di valutazione della conformità.

Le amministrazioni devono comunque accettare mezzi di prova alternativi appropriati se l'operatore economico non ha la possibilità di accesso ai certificati o alle relazioni di prova, o la possibilità di ottenerli nei tempi richiesti, per cause a lui non imputabili.

**Definizione****Riferimenti normativi**

- Articolo 44 direttiva 2014/24/EU
- Vi è una parziale corrispondenza con la Direttiva 2004/18/UE (articolo 23 paragrafi 4 e 5)

**Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo**

- Obbligatorio

**Recepimento del considerando: opportunità**

- -----

**Opportunità**

- -----

**Criticità**

- La richiesta delle certificazioni o delle relazioni di prova a tutti gli operatori economici potrebbe tradursi in un appesantimento del procedimento. In sede di recepimento ai fini di una maggiore semplificazione e alleggerimento del carico burocratico per le imprese, si potrebbe optare per una soluzione che garantisca le stazioni appaltanti e vantaggi le imprese, oppure chiedere le certificazioni di prova solo all'impresa che risulta aggiudicataria.

**MPMI (elementi a favore o meno)**

-----

**ARGOMENTO: Articolo 45 - Varianti**

Sotto argomento:

**Descrizione contenuto**

L'articolo disciplina la possibilità da parte degli operatori economici di presentare varianti in sede di presentazione dell'offerta.

Nella direttiva 2014/24/UE, l'uso delle varianti in sede di offerta, è ritenuto uno strumento privilegiato per favorire l'innovazione. Nel caso in cui le amministrazioni aggiudicatrici autorizzano o richiedono la presentazione (obbligatoria) di varianti, si prevede l'obbligo di esplicitarlo nel bando o nell'invito a confermare interesse. In mancanza di tale indicazione le varianti non sono autorizzate. La norma precisa altresì che le varianti devono essere sempre collegate all'oggetto dell'appalto.

I documenti di gara, dispone il paragrafo 2, devono contenere anche i requisiti minimi che le varianti devono rispettare nonché ogni requisito specifico per la loro presentazione.

**Definizione****Riferimenti normativi**

- Articolo 45 Direttiva 2014/24/UE
- Articolo 24 Direttiva 2004/18/UE
- Considerando 48 Direttiva 2014/24/UE
- Articolo 76 Codice appalti

**Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo**

- Obbligatorio

**Recepimento del considerando: opportunità**

- -----

**Opportunità**

- Dalla lettura del considerando, il legislatore sollecita l'uso delle varianti come chiave di accesso per l'individuazione di possibili soluzioni innovative di cui l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe non avere contezza. L'innovazione in questo caso costituisce chiaramente una spinta verso un costante miglioramento delle commesse pubbliche.

**Criticità**

- Un primo problema da risolvere in sede di recepimento riguarda l'affermazione contenuta nel considerando 48 in merito al quale le varianti andrebbero usate "quanto più spesso possibile". E' chiaro che la vaghezza di questo indirizzo va concretizzata all'interno della disciplina delle varianti con una scelta che non lo destini ad essere di fatto inapplicato.

- Degno di attenzione è poi il tema legato alla problematicità di valutare la conformità delle varianti quando il criterio di aggiudicazione adottato sia quello basato esclusivamente sul prezzo o costo (l'articolo 67, paragrafo 2 effettivamente contempla questa ipotesi). In questo caso, che sembrerebbe consentito dal tenore letterale della disposizione, infatti, non ci sarebbe un'offerta tecnica nella quale inserire i contenuti della variante. Allo stesso modo, la comparazione degli elementi economici incontrerebbe delle difficoltà per carenza di omogeneità dei termini di confronto, in quanto riferiti a delle prestazioni diverse tra loro.
- Va inoltre segnalato che l'articolo in commento non è apparso sempre aderente al testo in lingua originale, per questo si è scelto di far riferimento alla sua versione in lingua originale.

#### MPMI (elementi a favore o meno)

La norma nella sua interpretazione di fatto rappresenta un'apertura verso una gamma più ampia di soluzioni e non è escluso che ciò possa rappresentare un vantaggio per le imprese più piccole ma non per questo meno innovative.

**ARGOMENTO : Articolo 46 - Suddivisione degli appalti in lotti**

Sotto argomento:

**Descrizione contenuto**

L'articolo 46 introduce una dettagliata disciplina sulla suddivisione degli appalti in lotti indirizzando le amministrazioni verso tale modalità. A tal fine l'articolo 46 prevede la possibilità per le amministrazioni di aggiudicare un appalto per lotti, lasciando alle stesse di determinare le dimensioni e l'oggetto dei lotti, ma richiede di indicare, in caso di non suddivisione dell'appalto in lotti, le motivazioni della mancata suddivisione.

La disciplina prevede poi che le amministrazioni aggiudicatrici indichino 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 i lotti.

Viene, inoltre, riconosciuta alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di 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. In tal caso, sempre nei documenti di gara, devono essere indicati i criteri oggettivi e non discriminatori che saranno applicati per l'aggiudicazione dei singoli lotti. Tali criteri serviranno per individuare l'aggiudicatario quando un offerente risulti aggiudicatario di più lotti.

**Definizione****Riferimenti normativi**

- Articolo 46 Direttiva 2014/24/EU
- Considerando 59, 78 e 79 Direttiva 2014/24/EU
- Articolo non previsto nella Direttiva 2004/18/CE
- Articolo 2 comma 1-bis Codice appalti
- Codice Europeo delle Buone Pratiche

**Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo**

- Disposizione a recepimento obbligatorio con previsioni a recepimento facoltativo ai paragrafi 3 e 4

**Recepimento del considerando: opportunità**

- 

**Opportunità****Criticità**

Il tema della suddivisione in lotti riveste particolare importanza anche per il legislatore comunitario il recepimento è l'occasione per riflettere anche su alcuni aspetti:

- 1) si parla di appalto diviso in lotti quando si vuole far riferimento ad una procedura di gara la quale ha al suo

- interno una tipologia di prestazione suddivisa in più lotti sulla base di un criterio territoriale/funzionale o di un diverso criterio. Diversamente in caso di un'opera realizzata per stralci non si è in presenza di un appalto suddiviso in lotti ma di un solo appalto che riguarda una parte dell'opera;
- 2) il concetto di lotto deve essere inteso quale lotto funzionale e quindi la prestazione oggetto del lotto deve soddisfare le esigenze dell'amministrazione ed essere funzionale. Occorre rivedere quanto previsto nella L.180/2001 dove si fa riferimento semplicemente a lotti o lavorazioni ;
  - 3) sull'applicazione di tale previsione da parte delle centrali di committenza le quali saranno chiamate, avendo fra le proprie finalità l'aggregazione della spesa, a dare concreta attuazione alla suddivisione in lotti delle prestazioni oggetto delle loro procedure.
  - 4) Il paragrafo 3 contiene una disposizione facoltativa in forza della quale gli stati membri possono consentire alle amministrazioni, nel caso in cui ad un offerente possano essere aggiudicati più lotti, di poter associare alcuni o tutti i lotti. Per esercitare tale facoltà le amministrazioni devono indicare nel bando o nell'invito a confermare l'interesse che si riservano questa possibilità ed indicare i lotti o gruppi di lotti che possono essere associati. Tale possibilità sembra aprire la possibilità alle amministrazioni di poter incidere dopo la valutazione delle offerte e l'individuazione della classifica sull'aggiudicazione aggiudicando ad un soggetto più lotti anche laddove lo stesso non sarebbe l'aggiudicatario di tutti.

La disposizione non risulta però di facile applicazione.

#### MPMI (elementi a favore o meno)

- In tema di suddivisione degli appalti in lotti, la disposizione comunitaria risulta fondamentale per favorire la partecipazione delle MPMI alle gare di appalto. Per tali ragioni, in sede di attuazione è necessario che lo Stato italiano valuti la vigente disciplina al fine di modificare l'attuale previsione della suddivisione in lotti "ove possibile ed economicamente conveniente".

### ARGOMENTO : Articolo 47 - Fissazione di termini

Sotto argomento:

#### Descrizione contenuto

La disposizione sancisce il principio secondo il quale, fatti salvi i termini minimi stabiliti dalla presente direttiva le amministrazioni aggiudicatrici nel fissare i termini di presentazione delle offerte devono tener conto della complessità dell'appalto. Inoltre, si dispone che i tempi devono essere superiori a quelli minimi se per la presentazione delle offerte è necessario un sopralluogo o una consultazione in loco della documentazione, per consentire agli operatori economici di acquisire tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte.

Il paragrafo 3 dell'articolo individua i casi in cui le amministrazioni devono concedere delle proroghe ai termini di presentazione delle offerte.

#### Definizione

#### Riferimenti normativi

- Articolo 47 Direttiva 2014/24/EU
- Considerando 80, 81, 82 Direttiva 2014/24/EU
- Collegamento con artt. Da 27 a 31 Direttiva 2014/24/EU
- Art. 38 Direttiva 2004/18/UE

Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo
<ul style="list-style-type: none"> <li>• obbligatorio</li> </ul>
Recepimento del considerando: opportunità
Opportunità
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Si tratta di una disposizione che dà la possibilità alle amministrazioni aggiudicatrici, fatti salvi i termini minimi stabiliti dalla presente direttiva (artt. Da 27 a 31) di allungare i termini di presentazione delle offerte sulla base della complessità dell'appalto</li> </ul>
Criticità
<ul style="list-style-type: none"> <li>• In fase di recepimento sarebbe opportuno definire meglio il principio di complessità dell'appalto, l'importanza assegnata all'informazione supplementare e il concetto di estrema urgenza onde evitare un'eccessiva discrezionalità.</li> </ul>
MPMI (elementi a favore o meno)
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Nella definizione dei termini di presentazione le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero sempre tener conto della complessità dell'appalto e dei tempi necessari per preparare le offerte soprattutto in funzione di una maggiore partecipazione delle piccole imprese. Anche nel caso di ricorso a mezzi elettronici la valutazione in merito alla possibilità di ridurre i termini va fatta tenendo conto delle condizioni di accesso delle piccole imprese a mezzi elettronici. Stessa attenzione vale nel caso di modifiche significative ai documenti di gara, quelle apportate alle specifiche tecniche. In ogni caso le modifiche non devono essere tali da allargare la platea dei potenziali interessati</li> </ul>

## ARGOMENTO : Articolo 48 - Avvisi di preinformazione

Sotto argomento:
Descrizione contenuto
<p>L'articolo introduce la possibilità per le amministrazioni sub-centrali di indire una gara, con procedura ristretta o procedura competitiva con negoziazione, attraverso un avviso di preinformazione dove si invitano gli operatori economici a manifestare il proprio interesse. In tal caso, l'avviso deve contenere una serie di informazioni aggiuntive (allegato V, parte B, sezione I e II), fare riferimento ai lavori, servizi e forniture da aggiudicare, deve essere inviato alla pubblicazione da almeno 35 gg non oltre 12 mesi dalla data di invio dell'invito a confermare interesse. Non c'è obbligo di pubblicazione sul profilo del committente e il periodo di copertura non può essere superiore ai 12 mesi, fatta eccezione per servizi sociali o altre tipologie.</p> <p>In analogia all'impostazione della Direttiva 2004/18/CE, l'utilizzo di avviso di preinformazione consente alle amministrazioni aggiudicatrici di ridurre i termini per la presentazione delle offerte.</p>
Definizione

Riferimenti normativi
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Articolo 48 Direttiva 2014/24/EU</li> <li>• Allegato V, parte A e B (I e II) Direttiva 2014/24/EU</li> <li>• Art. 35, paragrafo 1 e allegato VII A Direttiva 2004/18/UE</li> </ul>
Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo
<ul style="list-style-type: none"> <li>• obbligatoria</li> </ul>
Recepimento del considerando: opportunità
Opportunità
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Dal punto di vista procedurale la possibilità di indire una gara attraverso un avviso di preinformazione potrebbe rappresentare una semplificazione e, in linea con la precedente Direttiva, consente alle amministrazioni aggiudicatrici di ridurre i termini per la presentazione delle offerte.</li> </ul>
Criticità
<ul style="list-style-type: none"> <li>• La possibilità di indire gare, anche più di una, con un avviso di preinformazione se da un lato semplifica, dall'altro impone una necessità di programmazione, che potrebbe non essere così scontata.</li> <li>• Questa modalità potrebbe sembrare una semplificazione ma l'iter previsto per lo svolgimento dell'appalto e nei vari passaggi rischia di allungare ulteriormente i tempi necessari per pervenire all'aggiudicazione delle procedure.</li> </ul>
MPMI (elementi a favore o meno)
<ul style="list-style-type: none"> <li>• La possibilità di ridurre i termini per la presentazione delle offerte, potrebbe non garantire i tempi necessari alle imprese più piccole, ove si considerino la scelta di accorciare i termini ordinari. L'opportunità di mantenere tempi più lunghi, per garantire una maggiore partecipazione delle MPMI dovrebbe sempre essere presa in considerazione dalle amministrazioni aggiudicatrici, valutando di volta in volta la specificità, il contesto e la tipologia di appalto.</li> </ul>

## ARGOMENTO : Articolo 49 – Bandi di gara

Sotto argomento:

Descrizione contenuto
L'art. 49 si limita a rinviare ai contenuti riportati nello specifico Allegato, rispetto ai quali non vi sono novità sostanziali da rilevare in merito alle informazioni minime dei bandi di gara.
Definizione



Riferimenti normativi
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Art. 49 Direttiva 2014/24/EU</li> <li>• Allegato V, parte C Direttiva 2014/24/EU</li> <li>• Allegato VII, parte A Direttiva 2004/18/UE</li> </ul>
Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo
<ul style="list-style-type: none"> <li>• obbligatorio</li> </ul> <p>L'art. 49 si limita a rinviare ai contenuti riportati nello specifico Allegato, rispetto ai quali non vi sono novità sostanziali da rilevare in merito alle informazioni minime dei bandi di gara.</p>
Recepimento del considerando: opportunità
Opportunità
Criticità
M PMI (elementi a favore o meno)

## ARGOMENTO : Articolo 50 - Avvisi relativi agli appalti aggiudicati

Sotto argomento:

Descrizione contenuto
<p>Gli avvisi sulle gare aggiudicate devono essere pubblicati entro 30 giorni dalla conclusione di un contratto o accordo.</p> <p>L'avviso di aggiudicazione, per gare indette con avviso di preinformazione, deve specificare l'intenzione di non procedere ad altri appalti per il periodo di vigenza dell'avviso.</p> <p>Tra gli elementi di novità si evidenzia come nel caso di accordi quadro non c'è obbligo di comunicare l'aggiudicazione dei singoli appalti. Peraltro agli Stati membri è riconosciuta la facoltà di imporre alle amministrazioni aggiudicatrici di pubblicare gli esiti dei singoli affidamenti in forma semplificata, vale a dire raggruppando gli avvisi per gli accordi quadro su base trimestrale, da inviare entro 30 giorni dalla fine di ciascun trimestre.</p> <p>Nel caso di sistema dinamico di acquisizione l'avviso di aggiudicazione è obbligatorio e può avvenire per singolo appalto o su base trimestrale secondo lo schema sopra evidenziato con invio entro 30 gg. La scelta delle modalità è rimessa alle amministrazioni.</p> <p>In linea generale viene mantenuta la regola in base alla quale non c'è obbligo di avviso di aggiudicazione se esistono</p>

motivi di riservatezza o di interesse pubblico.

#### Definizione

#### Riferimenti normativi

- Art. 50 Direttiva 2014/24/EU
- Allegato V, parte D Direttiva 2014/24/EU
- Allegato VII, parte A Direttiva 2004/18/UE

#### Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- obbligatorio

#### Recepimento del considerando: opportunità

#### Opportunità

- Tra gli elementi di novità si evidenzia una possibile semplificazione nel caso di accordi quadro poiché non sussiste obbligo di comunicare l'aggiudicazione dei singoli appalti.

#### Criticità

- Tra gli elementi di novità si evidenzia come nel caso di accordi quadro non c'è obbligo di comunicare l'aggiudicazione dei singoli appalti. Peraltro agli Stati membri è riconosciuta la facoltà di imporre alle amministrazioni aggiudicatrici di pubblicare gli esiti dei singoli affidamenti in forma semplificata, vale a dire raggruppando gli avvisi per gli accordi quadro su base trimestrale, da inviare entro 30 giorni dalla fine di ciascun trimestre. Non appare del tutto chiaro perché la scelta di effettuare la pubblicazione a livello europeo sia rimessa agli Stati membri, pertanto si ritiene che questo aspetto richieda un'attenta valutazione e verifica in sede di recepimento.

#### MPMI (elementi a favore o meno)

- Nell'impianto della nuova Direttiva appalti, l'avviso relativo agli appalti aggiudicati rappresenta un'utile strumento per monitorare in concreto il raggiungimento di uno degli obiettivi chiave che hanno ispirato il legislatore comunitario, ossia favorire l'accesso delle MPMI al mercato degli appalti pubblici. Infatti, l'allegato V, parte D, prevede anche informazioni relative alla dimensione di impresa degli offerenti e la specifica della dimensione dell'aggiudicatario. Per poter fornire questa informazione le amministrazioni aggiudicatrici dovranno acquisire già in sede di offerta le informazioni/dichiarazioni necessarie per verificare l'appartenenza dei candidati/offerenti alla categoria delle piccole medie imprese. Questo aspetto potrebbe per es. essere previsto nel DGUE.

### ARGOMENTO : Articolo 51 - Redazione e modalità di pubblicazione del bando e degli avvisi

Sotto argomento:

#### Descrizione contenuto

L'articolo sancisce il principio secondo cui i bandi e gli avvisi di cui agli articoli 48, 49 e 50 contengono le informazioni indicate nell'allegato VI nel formato di modelli di formulari, compresi i modelli per le rettifiche. Nell'articolo inoltre viene sottolineato il ruolo dell'Ufficio delle Pubblicazioni dell'Unione Europea che garantisce che il testo integrale e la sintesi degli avvisi di preinformazione o degli avvisi di indizione di gara continuino ad essere pubblicati, nel primo caso per dodici mesi e comunque fino ad aggiudicazione della gara, nel secondo caso per tutto il periodo di validità del sistema dinamico di acquisizione.

#### Definizione

#### Riferimenti normativi

- Articolo 51 Direttiva 2014/24/UE
- Articolo 36 Direttiva 2004/18/UE

#### Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- obbligatorio

#### Recepimento del considerando: opportunità

#### Opportunità

#### Criticità

#### MPMI (elementi a favore o meno)

### ARGOMENTO : Articolo 52 - Pubblicazione a livello nazionale

Sotto argomento:

#### Descrizione contenuto

L'articolo sancisce il principio secondo cui i bandi e gli avvisi di cui agli articoli 48, 49 e 50 nonché il loro contenuto

non sono pubblicati a livello nazionale prima della pubblicazione a norma dell'articolo 51
--

Definizione

Riferimenti normativi
Articolo 52 Direttiva 2014/24/UE Art. 36 Direttiva 2004/18/CE

Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo
obbligatorio

Recepimento del considerando: opportunità

Opportunità
Vedi MPMI (elementi a favore o meno)

Criticità

MPMI (elementi a favore o meno)
Per le imprese, soprattutto le più piccole, le modalità di pubblicazione e la maggiore diffusione possibile delle informazioni, può fare una grande differenza. Compatibilmente con le disposizioni della Direttiva, sarebbe opportuno adottare modalità che garantiscano la maggiore diffusione possibile

## **ARGOMENTO : Articolo 53 - Disponibilità elettronica dei documenti di gara**

Sotto argomento:

Descrizione contenuto
Sancisce il principio secondo cui le amministrazioni aggiudicatrici offrono un accesso gratuito, illimitato e diretto, per via elettronica, ai documenti di gara a decorrere dalla data di pubblicazione di un avviso conformemente all'articolo 51 o di un invio di un invito a confermare interesse. L'accesso elettronico ai documenti di gara diviene la regola, sicché nei casi in cui ai sensi degli artt. 21, par. 2, e 22, par. 1, tale accesso non risulti disponibile, il termine di presentazione delle offerte è prorogato di 5 giorni.

Definizione	
Riferimenti normativi	
<ul style="list-style-type: none"><li>– Articolo 53 Direttiva 2014/24/UE</li><li>– Art. 38, paragrafo 6 e art. 39, paragrafo 2, Direttiva 2004/18/CE</li></ul>	
Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo	
obbligatorio	
Recepimento del considerando: opportunità	
Opportunità	
Il nuovo impulso dato alle <b>comunicazioni elettroniche costituisce</b> espressione di una forte volontà del legislatore comunitario di creare un <u>sistema tendenzialmente basato sulla massima semplificazione, sull'immediatezza, sulla sicurezza e sulla standardizzazione dei processi comunicativo-informativi</u> che involga anche la <b>presentazione delle offerte e delle domande di partecipazione</b> . Ne deriva un quadro in seno al quale <b>l'utilizzo di mezzi elettronici costituisce la regola</b> , cui fanno eccezione casi specificamente disciplinati	
Criticità	
Sia le amministrazioni che le imprese non sempre hanno padronanza delle tecnologie informatiche e del loro utilizzo.	
MPMI (elementi a favore o meno)	
Serve un'azione di formazione e informazione su entrambi i fronti e un investimento per omogeneizzare le tecnologie informatiche delle amministrazioni, anche ai fini di semplificare le condizioni di accesso delle imprese, soprattutto le più piccole.	
<b>ARGOMENTO : Articolo 54 <i>Inviti ai candidati</i></b>	
Sotto argomento:	
Descrizione contenuto	
Nel confermare l'impostazione della precedente Direttiva, l'articolo al paragrafo 1, secondo comma, come elemento di novità precisa che <i>“Se come mezzo di indicazione di gara è usato un avviso di preinformazione ai sensi dell'articolo 48, paragrafo 2, le amministrazioni aggiudicatrici invitano simultaneamente e per iscritto gli operatori economici che già hanno espresso interesse a confermare nuovamente interesse”</i> . L'allegato IX poi, differenzia i contenuti dell'invito fornendo indicazioni specifiche nel caso di gara indetta attraverso l'avviso di preinformazione.	

--

Definizione

Riferimenti normativi
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Articolo 40 Direttiva 2004/18/ CE</li> <li>▪ Allegato IX</li> <li>▪</li> </ul>

Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo
Obbligatorio

Recepimento del considerando: opportunità

Opportunità

<b>ARGOMENTO : Articolo 55 - Informazione dei candidati e degli offerenti</b> <b>Redattori:</b>
--

Sotto argomento:
------------------

Descrizione contenuto
Viene sottolineata l'importanza dell'informazione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici rispetto alle decisioni prese nell'ambito di una procedura di appalto (compresa la decisione di non aggiudicare l'appalto o non concludere l'accordo quadro). Questo alla luce dei principi di pubblicità trasparenza. Viene citato il riferimento alla Direttiva 89/665 CEE del Consiglio che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso.

Definizione

Riferimenti normativi
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Articolo 55, Direttiva 2014/24/UE</li> <li>• Direttiva 2004/18/ CE: SEZIONE 3 – CONTENUTO E MEZZI DI TRASMISSIONE DELLE INFORMAZIONI (Articolo 40 — Inviti a presentare offerte, a partecipare al dialogo o a negoziare Articolo 41 — Informazione dei candidati e degli offerenti negli articoli)</li> <li>• Considerando 82 Direttiva 24</li> </ul>

Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo
Obbligatorio
Recepimento del considerando: opportunità
Opportunità
Rispetto alla Direttiva 2004/18/CE, si segnalano questi elementi innovativi: viene indicato il termine, pari a 15 giorni, entro il quale le informazioni devono essere fornite e viene altresì prescritto di fornire, su richiesta del concorrente che abbia presentato un'offerta valida, informazioni relative allo svolgimento e all'andamento delle negoziazioni e del dialogo con gli offerenti.
Criticità
MPMI (elementi a favore o meno)

**ARGOMENTO: Articolo 56 SELEZIONE DEI PARTECIPANTI –PRINCIPI GENERALI**

Sotto argomento:

**Descrizione contenuto**

L'articolo detta i principi generali sui criteri di selezione e di aggiudicazione. Introduce al contempo due elementi di novità di natura procedimentale:

- previsione della possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di non aggiudicare un appalto al concorrente che abbia presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, qualora accerti che l'offerta stessa non soddisfa gli obblighi di cui all'art. 18, par. 2 (violazione degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione europea, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi e dalle norme internazionali elencate nell'allegato X).
- previsione della possibilità di invertire, nelle procedure aperte, le fasi di verifica dei requisiti (vale a dire dei verifiche della documentazione amministrativa) e di valutazione dell'offerta;
- previsione dell'ampliamento dell'oggetto del soccorso istruttorio, consentendo la produzione di documenti mancanti.

**Definizione****Riferimenti normativi**

- Articolo 56 Direttiva 2014/24/EU
- Considerando 84 Direttiva 2014/24/EU
- Articolo 44, paragrafo 1, e articolo 51 Direttiva 2004/18/CE
- Articolo 38, comma 2 bis, e articolo 46 del Codice degli appalti

**Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo**

- Obbligatorio ad eccezione:
  - della disciplina del soccorso istruttorio rispetto alla quale è riconosciuta agli Stati membri la facoltà di dettare disposizioni "contrarie" ossia preclusive della possibilità di richiedere integrazioni;
  - delle disposizioni relative alla inversione delle fasi della procedura di gara, per le quali è riconosciuta agli Stati membri la facoltà di escludere o limitare, in fase di recepimento, l'uso di detta procedura, come configurata al paragrafo 2 dell'articolo in commento.

**Recepimento del considerando: opportunità**

- -----

**Opportunità**

- Il par. 1 dell'articolo, al secondo comma, riconosce alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di non aggiudicare un appalto al concorrente che abbia presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, qualora accerti che l'offerta stessa non soddisfa gli obblighi di cui all'art. 18, par. 2 (violazione degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione europea, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi e dalle norme internazionali elencate nell'allegato X). Tale aspetto consente agli Stati membri di dettare una disciplina che permetta di accrescere i livelli di tutela dell'ambiente e degli altri valori considerati dalla norma a prescindere dal fatto che l'offerta presentata rappresenti la soluzione più vantaggiosa per l'amministrazione.
- Il par. 2 prevede la possibilità, nelle procedure aperte, di invertire le fasi di verifica dei requisiti (da intendersi come fase di verifica della documentazione amministrativa) e di valutazione dell'offerta: ciò presenta significativi



vantaggi sia per le amministrazioni aggiudicatrici, sia per gli operatori economici, in termini di risparmio di tempo e di oneri amministrativi.

- Il par. 3 si contraddistingue per l'ampliamento dell'ambito oggettivo di applicazione del soccorso istruttorio, con possibilità di richiedere la presentazione anche di documenti mancanti, nell'ottica di favorire la massima partecipazione alle gare, privilegiando gli aspetti sostanziali rispetto agli adempimenti di natura strettamente formale.

#### Criticità

- In merito alla fattispecie della violazione degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, la fattispecie sembra sovrapporsi alla causa di esclusione contemplata dall'art. 57 della Direttiva. Pertanto, questo aspetto dovrebbe essere chiarito in fase di recepimento: nello specifico, la violazione potrebbe assumere rilevanza in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, secondo quanto dispone l'art. 69, che al par. 2, lett. d), richiama espressamente il rispetto degli obblighi di cui all'art. 18, par. 2 tra gli elementi di valutazione dell'anomalia (come peraltro si evince dal considerando 40).
- Il recepimento della novellata disciplina comunitaria rappresenta altresì l'occasione per un ulteriore approfondimento della tematica del soccorso istruttorio, al fine di conformare l'assetto normativo nazionale al concreto rispetto dei principi comunitari di non discriminazione e di parità di trattamento dei concorrenti, anche per ciò che concerne il divieto di "goldplating" in rapporto alla sanzione pecuniaria posta a carico degli operatori economici che da una norma di recente introduzione che ha novellato il Codice dei contratti.

#### MPMI (elementi a favore o meno)

La facoltà di inversione delle fasi di gara nelle procedure aperte e la scelta di ampliare l'ambito oggettivo del soccorso istruttorio, accordando prevalenza agli aspetti sostanziali, si traducono in una soluzione di semplificazione capace in qualche modo di avvantaggiare gli operatori economici meno organizzati e strutturati per la partecipazione alle gare.

### ARGOMENTO : Articolo 57 - Selezione dei partecipanti - motivi di esclusione

#### Sotto argomento:

#### Descrizione contenuto

- L'articolo ridefinisce i motivi d'esclusione ampliandone il contenuto. L'ottica che ha guidato il legislatore è finalizzata a dissuadere gli operatori economici dal compiere atti che incidono sulla sua affidabilità determinandone l'esclusione ma a salvare operatori che si sono resi colpevoli di meri errori formali. Elemento innovativo è il self cleaning una disposizione che consente all'operatore di dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo d'esclusione.

#### Definizione

#### Riferimenti normativi

- Articolo 57 della Direttiva 2014/24/UE
- Considerando 100,101 e 102 della Direttiva 2014/24/UE
- Articolo 45 della Direttiva 2004/18/CE
- Articolo 38 del Codice degli appalti

## Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Obbligatorio .

Ad eccezione delle seguenti disposizioni :

- facoltà degli Stati membri di introdurre disposizioni che obbligano le amministrazioni ad escludere dalla partecipazione un operatore economico (par. 2 comma 2);
- facoltà degli Stati membri di prevedere una deroga, in via eccezionale, alle esclusioni obbligatorie (par. 3 ),
- facoltà degli Stati membri di introdurre disposizioni che obbligano le Amministrazioni aggiudicatrici ad escludere dalla partecipazione alla procedura un operatore nelle situazioni di esclusione facoltativa (par.4 comma 1 e par. 5 comma 2);

## Recepimento del considerando: opportunità

- I considerando propongono interessanti esempi di ipotesi di inaffidabilità e di misure di self-cleaning. Sarebbe opportuno nell'applicare i motivi di esclusione facoltativa recepire i principi di proporzionalità e di reiterazione
- E' necessario prestare particolare attenzione alla disposizione del considerando 102 che attribuisce allo Stato membro la facoltà di decidere se consentire alle Amministrazioni di valutare le misure di self-cleaning adottate dall'operatore o rimettere tale valutazione ad altra Autorità di livello centrale o decentrato.

## Opportunità

- Ricognizione ed armonizzazione delle ipotesi escludenti contenute in norme extra Codice appalti
- Opportunità di mantenere nell'ordinamento ipotesi escludenti per le quali non è possibile operare un'effettiva verifica quali ad es. il divieto di intestazione fiduciaria
- Opportunità di dettagliare alcune fattispecie di esclusione che incidono sulla moralità professionale
- Favorire la massima partecipazione mediante il riconoscimento di misure efficaci atte a dimostrare l'affidabilità dell'operatore nonostante l'esistenza di un motivo d'esclusione.

## Criticità

- Necessità di dettagliare ulteriormente le ipotesi escludenti indicate nella direttiva in termini talvolta generici, quali ad esempio le ipotesi di cui al paragrafo. 4 lettera a), c) e) ed f)
- Valutare attentamente le modalità di recepimento del paragrafo. 4 lettera a) in particolar modo in relazione al rispetto degli obblighi dei contratti collettivi nazionali di lavoro
- Valutare attentamente le modalità di recepimento del self-cleaning tenuto conto del fatto che la norma non specifica l'arco temporale di riferimento.
- Valutare attentamente le modalità di determinazione del periodo massimo di esclusione anche alla luce delle ipotesi delittuose previste dal codice penale

## MPMI (elementi a favore o meno)

- La scelta di una de-quotazione dei vizi formali accordando prevalenza agli aspetti sostanziali può avvantaggiare gli operatori economici meno organizzati e strutturati per la partecipazione alle gare.

**ARGOMENTO : Articolo 58 - Criteri di selezione**

Sotto argomento:

**Descrizione contenuto**

L'articolo definisce i criteri di selezione ed introduce disposizioni atte ad arginare la discrezionalità delle Amministrazioni nel definire i requisiti di capacità economica e finanziaria. Principio generale della norma è che tutti i requisiti devono essere attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto.

**Definizione****Riferimenti normativi**

- Articolo 58 Direttiva 2014/24/EU
- Allegato XI e XII della Direttiva 2014/24/UE
- Considerando 83 Direttiva 2014/24/EU
- Articoli 46, 47 e 48 Direttiva 2004/18/CE
- Articoli 39, 41 e 42 del Codice appalti

**Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo**

- I criteri di selezione possono essere solo quelli indicati dalla direttiva ma devono essere definiti in base ad una valutazione di attinenza e proporzionalità.

**Recepimento del considerando: opportunità**

- Nel considerando sono contenute indicazioni in merito alle circostanze che possono determinare la necessità di richiedere requisiti di fatturato più rigorosi.

**Opportunità**

- Il par. 3 commi 1 e 2, fissa precisi limiti al fatturato.
- La norma offre l'opportunità di valutare se applicare i criteri di capacità economica e finanziaria e tecniche professionali anche ai lavori e ai servizi attinenti all'architettura

**Criticità**

- Alcune criticità si rilevano in relazione al requisito di indipendenza finanziaria introdotto al par. 3 i cui contenuti sono di difficile definizione.
- Il par. 4 comma 2 attribuisce rilevanza al «conflitto d'interessi» nel riconoscimento della capacità professionale. E' necessario chiarire il significato della norma in relazione anche all'art. 24 della Direttiva che disciplina la fattispecie

**MPMI (elementi a favore o meno)**

- La scelta di arginare la discrezionalità della pubblica Amministrazione introducendo limiti ai criteri di selezione può garantire maggior tutela alle MPMI. Elemento a sfavore delle stesse potrebbe essere il recepimento del requisito di cui al par. 4 comma 2 (indipendenza finanziaria) che potrebbe invece penalizzarle.

**ARGOMENTO: Articolo 59 - Documento di gara unico europeo- (DGUE)**

Sotto argomento:

**Descrizione contenuto**

Il Documento di gara unico europeo (DGUE), secondo la definizione fornita dal paragrafo 1 dell'articolo in esame, consiste in un'autodichiarazione aggiornata, con valore di prova documentale preliminare, prodotta dall'operatore economico in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi, comprensiva altresì delle informazioni relative all'operatore ausiliario nel caso in cui il concorrente si avvalga della capacità di altri soggetti. Nello specifico, nel DGUE l'operatore economico dichiara che:

- non si trova in una delle situazioni che costituiscono motivo di esclusione ai sensi dell'art. 57;
- soddisfa i criteri di selezione di cui all'art. 58 (abilitazione professionale, capacità economico/finanziaria e capacità tecnico/professionali);
- soddisfa i criteri stabiliti dal bando per la riduzione dei candidati ai sensi dell'art. 65 nelle procedure ristrette, di dialogo competitivo, di procedura competitiva con negoziazione e di partenariato per l'innovazione).

Quanto alla forma, il DGUE è presentato dall'operatore economico sulla base di un modello di formulario predisposto e aggiornato dalla Commissione europea con atti di esecuzione e che sarà reso disponibile su e-Certis.

Il DGUE potrà essere presentato esclusivamente in forma elettronica (per tale disposizione peraltro è previsto un termine più ampio di recepimento, vale a dire il 18 aprile 2018).

Quanto alla verifica dei requisiti dichiarati, il par. 4 dell'art. 59 fissa il principio generale in base al quale 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, salve alcune ipotesi di deroga tassativamente enumerate dalla norma.

**Definizione****Riferimenti normativi**

- Articolo 59 Direttiva 2014/24/EU
- Considerando 84 e 86 Direttiva 2014/24/EU
- L'istituto del DGUE rappresenta una novità assoluta e pertanto non trova alcun riscontro né nella Direttiva 2004/18/CE, né nel Codice degli appalti.

**Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo**

- Obbligatorio

**Recepimento del considerando: opportunità**

- -----

**Opportunità**

- Il DGUE dovrebbe portare ad una notevole semplificazione a vantaggio non solo delle amministrazioni aggiudicatrici ma anche degli operatori economici, nonché assicurare una maggiore uniformità nella redazione delle autodichiarazioni e nella documentazione da utilizzare negli scambi transfrontalieri.
- Per altro verso, questo elemento di novità della Direttiva offre l'occasione per meglio definire o coordinare le diverse forme di semplificazione previste dallo Statuto delle imprese a favore delle MPMI, sulla cui concreta

applicazione esistono oggettive difficoltà interpretative e applicative, con particolare riguardo al controllo del possesso dei requisiti speciali.

- Le deroghe all'obbligo di richiedere e produrre documenti complementari rappresentano un'ulteriore occasione per il legislatore nazionale per operare una razionalizzazione del sistema, attraverso l'eliminazione di duplicazioni di adempimenti documentali, e, in generale, la riduzione degli oneri amministrativi a carico delle amministrazioni aggiudicatrici e degli operatori economici.

#### Criticità

Le forme di semplificazione standardizzazione alla base del DGUE potrebbero non tenere conto delle peculiarità del nostro ordinamento, sicché si evidenzia l'esigenza di coordinare l'applicazione del DGUE stesso, così come concepito dalle Direttive ed implementato dalla Commissione europea attraverso appositi atti di esecuzione, alla disciplina generale in materia di documentazione amministrativa di cui al D.P.R. 44572000 e ss.mm.ii., al divieto per le pubbliche amministrazioni di richiedere certificati ai privati, nonché alla disciplina speciale relativa alla qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro, basata sulle SOA, ove si intendesse mantenere siffatto sistema o introdurre uno di analogo.

#### MPMI (elementi a favore o meno)

Dall'introduzione del DGUE dovrebbero derivare significativi vantaggi per le MPMI, sotto il profilo della uniformità dei documenti da produrre nelle procedure di affidamento e della riduzione degli oneri amministrativi connessi alla produzione di un considerevole numero di "certificati" o documenti relativi ai requisiti e ai criteri di selezione.

**ARGOMENTO: Articolo 60 - Mezzi di prova**

Sotto argomento:

## Descrizione contenuto

Sulla disciplina dei mezzi di prova non si evidenziano significativi e sostanziali elementi di novità rispetto alle corrispondenti disposizioni dettate dalla Direttiva 2004/18/CE. Piuttosto, la scelta sistematica operata dalla Direttiva 2014/24/UE, è quella di trattare in un unico articolo la materia dei mezzi di prova, salvo elencare nell'allegato XII i mezzi di prova atti a documentare la capacità economica/finanziaria e la capacità tecnica/professionale degli operatori economici.

## Definizione

## Riferimenti normativi

- Articolo 60 Direttiva 2014/24/EU
- Considerando: -----
- Articolo 45, paragrafo 3, articolo 47, paragrafi 1 e 5, articolo 48, paragrafo 2, Direttiva 2004/18/CE
- Codice degli appalti: articoli 38-42

## Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Obbligatorio.

## Recepimento del considerando: opportunità

- -----

## Opportunità

- Nel sancire il principio che non possono essere richiesti mezzi di prova diversi da quelli da essa indicati, la Direttiva ripropone sostanzialmente l'impostazione della Direttiva 2004/18/CE, quanto alla enumerazione e ai contenuti della documentazione da acquisire a comprova del possesso dei requisiti degli operatori economici. Come elementi di novità si evidenziano:
  - l'estensione dell'arco temporale documentabile con riferimento ai lavori analoghi realizzati e all'elenco dei servizi e forniture svolti;
  - l'introduzione del mezzo di prova/requisito consistente nell'indicazione *dei sistemi di gestione e di tracciabilità della catena di approvvigionamento che l'operatore economico potrà applicare durante l'esecuzione del contratto*;
  - la specificazione, rispetto alla Direttiva 2004/18/CE, che i titoli di studio e professionali possono essere utilizzati come mezzi di prova purché non siano valutati tra i criteri di aggiudicazione;
  - l'estensione dell'ambito del requisito delle misure di gestione ambientale, che acquista valenza generale, mentre nella Direttiva 2004/18/CE l'impostazione era più restrittiva, in quanto esso poteva essere utilizzato limitatamente agli appalti pubblici di lavori e servizi, unicamente nei casi appropriati.

## Criticità

- La norma in esame non pone particolari problematicità.

MPMI (elementi a favore o meno)

L'estensione dell'arco temporale documentabile relativamente ai lavori, servizi e forniture analoghi, determinando un'attenuazione dei requisiti in argomento, rappresenta un elemento di effettivo vantaggio per le MPMI, che in tal modo vedono aumentare le opportunità di accesso al mercato degli appalti pubblici.

**ARGOMENTO: Articolo 61 - e-Certis**

Sotto argomento:

## Descrizione contenuto

e-Certis consiste in un elenco degli archivi informatici, la cui consultazione consente di individuare i certificati e gli attestati più frequentemente richiesti nelle procedure di gara nei paesi membri, in Turchia e nei tre Paesi dello Spazio economico europeo (Islanda, Liechtenstein e Norvegia). La Direttiva rende obbligatorio sia l'utilizzo di e-Certis, sia l'inserimento delle informazioni nel sistema.

## Definizione

## Riferimenti normativi

- Articolo 61 Direttiva 2014/24/EU
- Considerando: 87
- L'istituto del DGUE rappresenta una novità assoluta e pertanto non trova alcun riscontro né nella Direttiva 2004/18/CE, né nel Codice degli appalti

## Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Obbligatorio.

## Recepimento del considerando: opportunità

- -----

## Opportunità

- Trattasi di uno strumento di ausilio alle imprese e alle amministrazioni aggiudicatrici, già operativo, da utilizzare nell'individuazione dei documenti e certificati, in particolare quelli da considerare equivalenti e delle informazioni da presentare e acquisire in relazione ad appalti pubblici indetti in uno dei Paesi sopra citati. Ad oggi peraltro, come sottolineato dalla stessa Commissione europea, dette indicazioni sono sprovviste di valore legale.

## Criticità

- La scelta del legislatore comunitario di rendere obbligatorio l'utilizzo di e-Certis, non può prescindere da un riconoscimento del valore legale dell'elencazione dei certificati individuati dal sistema.

## MPMI (elementi a favore o meno)

La regolamentazione di e-Certis nella Direttiva si colloca nella prospettiva di offrire maggiori opportunità agli operatori economici ed in particolare alle MPMI, agevolando la presentazione di offerte transfrontaliere, grazie ai vantaggi che derivano dal supporto fornito dal sistema nella individuazione della documentazione richiesta dalle amministrazioni aggiudicatrici nelle procedure di aggiudicazione.



**ARGOMENTO : Articolo 62 - Norme di garanzia della qualità e norme di gestione ambientale**

Sotto argomento:

## Descrizione contenuto

L'articolo 62, 1° paragrafo, fissa i principi generali relativi alle norme di garanzia della qualità riproponendo sostanzialmente l'impostazione dell'art. 49 della Direttiva 2004/18/CE.

Le amministrazioni aggiudicatrici, qualora richiedano agli operatori economici la presentazione di certificati attestanti il possesso di determinate norme di garanzia della qualità, compresa l'accessibilità per i disabili, devono fare riferimento ai sistemi di garanzia della qualità basati sulle serie di norme europee in materia, certificati da organismi accreditati. Viene introdotta la possibilità di ammettere gli operatori economici che non hanno la possibilità di ottenere tali certificati entro i termini richiesti, per motivi non imputabili agli stessi operatori economici, a condizione che possano dimostrare che le misure di garanzia della qualità **proposte** soddisfano le norme di garanzia della qualità richieste dall'amministrazione aggiudicatrice.

## Definizione

## Riferimenti normativi

- Articolo 62 Direttiva 2014/24/EU
- Articolo 49 e 50 Direttiva 2004/18/CE
- Articolo 43 Codice appalti

## Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Obbligatorio

## Recepimento del considerando: opportunità

## Opportunità

In fase di recepimento in relazione alla possibilità di ammettere gli operatori economici che non hanno la possibilità di ottenere i certificati entro i termini richiesti, per motivi non imputabili agli stessi operatori economici, a condizione che possano dimostrare che le misure di garanzia della qualità **proposte** soddisfano le norme di garanzia della qualità richieste dall'amministrazione aggiudicatrice sarebbe opportuno sostituire "**proposte**" con "**attuare**" dall'operatore economico all'interno della propria azienda, in quanto si ritiene che le certificazioni in possesso degli operatori fanno riferimento di situazioni verificate ed accertate dagli Organismi deputati al rilascio di tali certificazioni; quindi, l'operatore economico non in possesso di tali certificazioni deve dimostrare di avere già attuato all'interno della propria azienda tali sistemi di garanzia della qualità.

Le modifiche introdotte dalla nuova direttiva riguardano l'ammissibilità di altre prove documentali alternative alle certificazioni, alle condizioni previste dai paragrafi 1 e 2, e lo scambio di informazioni fra gli Stati membri per la verifica della documentazione presentata dagli operatori economici per provare il possesso dei requisiti previsti dalle amministrazioni aggiudicatrici in materia di norme ambientali e di qualità.

Il recepimento delle modifiche apportate dall'articolo 62, consentono da un lato una maggiore partecipazione degli operatori economici non in possesso delle eventuali certificazioni richieste dalle amministrazioni aggiudicatrici in materia di norme ambientali e di qualità, e dall'altro limitano possibili contenziosi nelle procedure di gara per la non ammissione degli operatori economici non in possesso delle certificazioni di che trattasi.

## Criticità

MPMI (elementi a favore o meno)

**ARGOMENTO : Articolo 63 - Affidamento sulle capacità di altri soggetti**

Sotto argomento:

**Descrizione contenuto**

L'art. 63 ripropone la possibilità per gli operatori economici di fare affidamento alle capacità di altri soggetti, già introdotto dall'art. 47, paragrafo 2 e 3, (**Capacità economica e finanziaria**), e dall'art. 48, paragrafi 3 e 4, (**Capacità tecniche e professionali**) della Direttiva 2004/18/CE) senza porre limitazioni relativamente ai “criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e ai criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4” per i quali gli operatori economici possono fare affidamento sulle capacità di altri soggetti.

**Definizione****Riferimenti normativi**

- Articolo 63 Direttiva 2014/24/EU
- Articolo 47 e 48 Direttiva 2004/18/CE
- Articolo 49 Codice appalti

**Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo**

- obbligatorio con previsione a recepimento facoltativo al paragrafo 1, ultima parte secondo capoverso.

**Recepimento del considerando: opportunità**

- 

**Opportunità**

- La fase di recepimento rappresenta inoltre un'opportunità per meglio definire, oltre a quest'aspetto, l'ambito oggettivo di applicazione dell'avvalimento, che la direttiva, in forza del richiamo operato ai paragrafi 3 e 4 dell'articolo 58 ai requisiti di capacità economica/finanziaria e organizzativa/professionale, delimita questo istituto escludendone dal proprio ambito i requisiti di idoneità professionale. In particolare, andrebbe stabilito che cosa si intende per idoneità professionale (ad esempio iscrizione alla CCIAA per determinate attività) e iscrizione a registi (ad esempio albo gestori ambientali, albi professionali salvo quanto precisato per i titoli professionali, ecc.). A tale fine un criterio pertinente potrebbe fare riferimento alla distinzione tra requisiti/presupposti prescritti dalla legge per l'esercizio di una data attività economica/professionale e “ulteriori requisiti richiesti dalle amministrazioni aggiudicatrici in considerazione delle caratteristiche dei singoli appalti.
- I primi requisiti, così come altri requisiti soggettivi, andrebbero in ogni caso esclusi dall'avvalimento con particolare riguardo alle ipotesi in cui l'appalto debba essere eseguito dall'impresa ausiliaria.

**Criticità**

- L'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE non pone limitazioni relativamente ai “criteri relativi alla capacità

economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e ai criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4” per i quali gli operatori economici possono fare affidamento sulle capacità di altri soggetti.

- Il primo paragrafo dell'articolo 63 della Direttiva 2014/24/UE prevede che qualora vengano richiesti criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici, non in possesso di tali requisiti, possono partecipare alle procedure di gara, ed essere ammessi, facendo affidamento alle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguiranno i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste.
- Tale aspetto appare innovativo in quanto viene ammessa la possibilità per gli operatori economici, privi di tali requisiti, di fare affidamento alle capacità di altri soggetti ai soli fini della partecipazione alla gara, prevedendo però che l'esecuzione dei lavori e servizi (non è specificato nulla per le forniture) dovranno essere realizzati dal soggetto che mette a disposizione tali requisiti.
- Questa previsione richiede una attenta valutazione in sede di recepimento soprattutto per quegli appalti di servizi per i quali la presenza del titolo di studio è essenziale per lo svolgimento delle attività oggetto dell'appalto.
- Un'ulteriore aspetto controverso che può essere definito in fase di recepimento riguarda i rapporti tra subappalto/subaffidamento e avvalimento.
- Il secondo periodo del 1° paragrafo dell'art. 63, introduce la verifica da parte dell'amministrazione aggiudicatrice (in conformità agli articoli 59, 60 e 61) dei requisiti dell'operatore economico ausiliario che devono soddisfare i criteri di selezione o per i quali non devono sussistere i motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 57. Prevedendo, altresì, che possa essere imposto all'operatore economico ausiliario di sostituire il soggetto ausiliario che non soddisfa “un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione”.
- Anche tale previsione richiede una valutazione in sede di recepimento in quanto, in caso di mancato soddisfacimento dei criteri di selezione o dei motivi di esclusione obbligatoria, prevede la sostituzione del soggetto che presta i requisiti e non l'esclusione dell'operatore. Inoltre la norma prevede la possibilità per gli stati membri di imporre la sostituzione in presenza di motivi non obbligatori di esclusione.
- Il secondo paragrafo dell'art. 63 consente alle amministrazioni aggiudicatrici di esigere che alcune attività relative a “compiti essenziali” siano eseguite direttamente dal soggetto offerente, o in caso di raggruppamenti di operatori economici da un partecipante al raggruppamento, nell'ambito dei contratti di appalto di lavori e servizi, mentre per le forniture questa possibilità è limitata alle operazioni di posa in opera ed installazione. Tali prestazioni, quindi, sarebbero sottratte all'applicazione dell'istituto dell'avvalimento, che incontrerebbe limitazioni precise anche nel diritto comunitario, al fine di assicurare alla stazione appaltante un corretto svolgimento delle prestazioni previste nel contratto.
- Non appaiono chiare, in quanto non specificate, quali siano le attività relative a “compiti essenziali” che verrebbero sottratte all'istituto dell'avvalimento.

MPMI (elementi a favore o meno)

## ARGOMENTO : Articolo 64 - Elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti e certificazione da parte di organismi di diritto pubblico privato

Sotto argomento:

### Descrizione contenuto

L'art. 64 ripropone quanto già previsto dall'art. 52 (**Elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti e certificazione da parte di organismi di diritto pubblico o privato**) della Direttiva 2004/18/CEE), salvo il richiamo agli elementi innovativi introdotti dalla Direttiva 2014/24/UE.

L'articolo 64 fissa i principi generali relativi alle norme per l'istituzione di elenchi ufficiali di imprenditori, di fornitori, o di prestatori di servizi riconosciuti, prevedendo, altresì, una certificazione da parte di organismi di certificazione conformi alle norme europee in materia di certificazione come dall'allegato VII, riproponendo sostanzialmente l'impostazione dell'art. 52 della Direttiva 2004/18/CE .

Gli Stati membri devono adeguare le condizioni di iscrizione negli elenchi ufficiali , nonché quelle di rilascio di certificati da parte degli organismi di certificazione alle disposizioni previste nell'articolo 64 della direttiva.

Il paragrafo 5, secondo comma, dell'articolo 64 prevede che “Le amministrazioni aggiudicatrici degli altri Stati membri applicano il paragrafo 3 e il primo comma del presente paragrafo soltanto agli operatori economici stabiliti nello Stato membro che detiene l'elenco ufficiale”.

### Definizione

### Riferimenti normativi

- Articolo 64 Direttiva 2014/24/EU
- Articolo 52 Direttiva 2004/18/CE
- Articolo 45 Codice appalti

### Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Obbligatorio

### Recepimento del considerando: opportunità

### Opportunità

Il recepimento delle disposizioni di cui all'articolo 64 della Direttiva 24/2014, essendo nel contenuto sostanzialmente identiche a quanto previsto dall'articolo 52 della Direttiva 18/2004, già recepito nel Codice dei contratti, non comporta sostanziali cambiamenti all'articolo 45 del Codice dei Contratti fatto salvo il richiamo agli elementi innovativi introdotti dal paragrafo 8 dell'art. 64 ove si prevede che gli Stati membri mettono a disposizione, previa richiesta, le informazioni relative ai documenti presentati come prova del fatto che gli operatori economici soddisfano i requisiti per essere iscritti nell'elenco ufficiale degli operatori economici riconosciuti, o del fatto che gli operatori economici di un altro Stato membro possiedono una certificazione equivalente.

Criticità
-----

MPMI (elementi a favore o meno)
-----

**ARGOMENTO : Articolo 65 - Riduzione del numero di candidati**

Sotto argomento:

## Descrizione contenuto

L'articolo nel prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ridurre il numero di candidati nelle procedure ristrette, nelle procedure competitive con negoziazione, nelle procedure di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione, la Direttiva 2014/24/EU ripropone negli esatti termini quanto già previsto nella Direttiva 2004/18/CE, quanto ai criteri e ai principi da rispettare.

## Definizione

## Riferimenti normativi

- Articolo 65 Direttiva 2014/24/EU
- Articolo 44, paragrafo 3,
- Articolo 62, commi 1-6, Codice appalti

## Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Obbligatorio

## Recepimento del considerando: opportunità

- 

## Opportunità

Sarebbe opportuno, in sede di recepimento, prevedere e normare i criteri di selezione da prevedere nei documenti di gara al fine di limitare la discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice.

## Criticità

-----

## MPMI (elementi a favore o meno)

**ARGOMENTO : Articolo 66 - Riduzione del numero di offerte e soluzioni**

Sotto argomento:

## Descrizione contenuto

L'articolo nel prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ridurre il numero delle offerte da negoziare, la Direttiva 2014/24/EU ripropone quanto già previsto nella Direttiva 2004/18/CE, quanto ai criteri e ai principi da rispettare.

## Definizione

## Riferimenti normativi

- Articolo 66 Direttiva 2014/24/EU
- Articolo 44, paragrafo 4,
- Articolo 62, comma 7, articolo 66, comma 4 e articolo 58, comma 9, Codice appalti

## Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Obbligatorio

## Recepimento del considerando: opportunità

- 

## Opportunità

In fase di recepimento, sarebbe opportuno normare i criteri di riduzione del numero di offerte da negoziare o di soluzioni da discutere da indicare nei documenti di gara al fine di limitare la discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice.

## Criticità

-----

## MPMI (elementi a favore o meno)



**ARGOMENTO : Articolo 67 - Criteri di aggiudicazione**

Sotto argomento:

**Descrizione contenuto**

L'articolo innovando la precedente disciplina regolamenta i criteri di aggiudicazione. La prima novità attiene al diverso utilizzo del termine “Offerta economicamente più vantaggiosa” il quale non indica più un criterio di valutazione delle offerte ma un concetto generale, ovvero che l'amministrazione deve scegliere la migliore soluzione dal punto di vista economico tra quelle offerte.

L'articolo conferma che l'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento per garantire un raffronto oggettivo del valore relativo delle offerte al fine **di determinare, in condizioni di effettiva concorrenza, quale sia l'offerta economicamente più vantaggiosa.**

L'offerta economicamente più vantaggiosa può essere individuata sulla base:

- prezzo più basso o del costo più basso, con un approccio nuovo che valuta l'intero costo in termini di costo/efficacia dell'acquisizione per l'amministrazione
- miglior rapporto qualità/prezzo che dovrebbe sempre includere un elemento relativo al prezzo o al costo. In tal caso l'offerta è valutata sulla base di criteri qualitativi, ambientali e/o sociali connessi all'oggetto dell'appalto.

Con il criterio del miglior rapporto qualità/ prezzo si indica quindi quello che attualmente è il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa .

La direttiva contiene poi alcune importanti novità relativamente all'aspetto economico delle offerte al fine di indirizzare le amministrazioni a valutare con attenzione l'incidenza degli aspetti economici nella scelta del criterio di valutazione delle offerte ed apre la possibilità di valutare non solo i costi diretti legati all'acquisizione ma anche quelli indiretti.

**Definizione****Riferimenti normativi**

- Articolo 67 Direttiva 2014/24/EU
- Considerando da 89 a 99 Direttiva 2014/24/EU
- Articolo 53 Direttiva 2004/18/CE
- Articolo 83 Codice appalti

**Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo**

- Obbligatorio con previsione all'interno paragrafo 2 ultimo capoverso di una disposizione a recepimento facoltativo

**Recepimento del considerando: opportunità**

- Nei considerando sono contenute indicazioni per indirizzare le amministrazioni nella fase di definizione dei

criteri di valutazione sia per il controllo in fase di esecuzione di quanto offerto ad es. in caso di valutazione dell'esperienza del personale.

#### Opportunità

- La Direttiva introduce attraverso l'attenzione ai criteri ambientali e sociali, la possibilità di utilizzare in senso ampio i criteri di valutazione andando a valutare elementi collegati alla prestazione.
- La nuova direttiva risolve la problematica sulla valutazione dell'esperienza del personale coinvolto nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali soprattutto per gli affidamenti di servizi nei quali l'esperienza e la capacità dello stesso incide direttamente sul livello di qualità delle prestazioni. Tale previsione può essere applicata anche per gli appalti di lavori laddove, in relazione ai lavori da svolgere, l'esperienza del personale può costituire un elemento di differenziazione per l'esecuzione dell'opera.
- Per sfruttare bene questa opportunità bisogna però partire dalla considerazione che questa possibilità può essere utilizzata solo in presenza di prestazioni intellettuali o specialistiche per le quali la formazione e l'esperienza del personale riveste un ruolo importante e non in tutte le tipologie di appalti di servizi o lavori, anche in considerazione del vincolo che si viene a costituire per l'impresa sull'utilizzazione di quel personale e sua sostituibilità solo previo consenso dell'amministrazione.
- La definizione del criterio per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa diventa quindi un momento fondamentale per l'amministrazione e la scelta deve trovare i suoi fondamenti nella progetto della fornitura, del servizio o dell'opera in quanto i criteri di aggiudicazione devono essere strettamente collegati con le caratteristiche del progetto messo a gara e tradursi poi in vincoli contrattuali nella fase di esecuzione del contratto. La fase di progettazione costituisce quindi un momento fondamentale perchè occorre individuare, unitamente al progettista, gli elementi da valutare per pervenire all'aggiudicazione, tradurre gli stessi nella documentazione di gara e nel contratto.

#### Criticità

- La previsione all'interno dell'art. 67 per gli stati membri di proibire o limitare il ricorso al solo criterio del prezzo o del costo per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa richiede una attenta valutazione in fase di recepimento da parte del legislatore nazionale.
- Il recepimento di questa disposizione implica valutazioni complesse da effettuarsi in relazione:
- -all'ampia casistica dei beni oggetto di acquisto da parte delle amministrazioni che in alcuni casi non si prestano ad aggiudicazioni su parametri qualità/prezzo ;
- sulla maggiore complessità dell'aggiudicazione nel caso di valutazione di fattori di qualità e prezzo che in presenza di importi modesti rischia di appesantire l'attività delle amministrazioni ed essere disincentivante anche per la partecipazione delle imprese.
- Anche la possibilità di limitare tale possibilità per alcune amministrazioni richiede una valutazione attenta in quanto se la limitazione avviene verso le piccole amministrazioni si rischia di bloccare la loro attività in quanto le stesse si potrebbero trovare in difficoltà ad utilizzare sempre il criterio qualità/prezzo.
- L'esclusione del criterio del solo prezzo comporta poi, in presenza di un mercato che attualmente è orientato al prezzo più basso, un impatto sulle amministrazioni e sulle imprese che devono utilizzare nuove modalità di approccio per la definizione e gestione dell'aggiudicazione sulla base di parametri prezzo/ qualità e quindi un necessario accompagnamento delle stesse verso il cambiamento.

#### MPMI (elementi a favore o meno)

- L'applicazione del criterio qualità/prezzo può costituire per le imprese, nel medio/lungo periodo, un'opportunità per far emergere le loro capacità o assicurare una maggiore concorrenza, ma, nell'immediato, richiede maggiori oneri per la formulazione delle offerte tecniche

**ARGOMENTO : Articolo 68 - Costo del ciclo di vita**

Sotto argomento: Criteri di aggiudicazione valutazione fra gli elementi economici del costo del ciclo di vita

**Descrizione contenuto**

Questo articolo introduce una novità in tema di valutazione economica delle offerte con un approccio del prezzo in termini di costo/efficacia al fine di consentire la valutazione economica di una fornitura, di un lavoro o di un servizio tenendo conto di tutti i costi derivanti dallo stesso e legati al suo ciclo di vita dall'acquisizione, all'utilizzo fino allo smaltimento.

La valutazione dei costi legati all'intero ciclo di vita è in linea con l'attenzione che la direttiva riserva alle tematiche ambientali.

Ai fini della valutazione di tali costi nei documenti di gara devono essere indicati i dati che gli offerenti devono fornire ed il metodo che l'amministrazione impiegherà per determinare i costi del ciclo di vita. La valutazione non è lasciata alla discrezionalità dell'amministrazione ma deve fondarsi su metodi predefiniti.

**Definizione**

Ciclo di vita : tutte le fasi consecutive e/o interconnesse compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi, e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento e alla fine del servizio o all'utilizzazione

**Riferimenti normativi**

- Articolo 68 Direttiva 2014/24/EU
- Considerando 92, 95 e 96 Direttiva 2014/24/EU
- Allegato XIII
- Articolo non previsto nella Direttiva 2004/18/CE
- Articolo non previsto nel Codice appalti

**Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo**

- Disposizione a recepimento obbligatorio

**Recepimento del considerando: opportunità**

- 

**Opportunità**

La valutazione dei costi complessivi legati all'acquisizione di una fornitura o alla realizzazione di un'opera è in linea con l'attenzione che la direttiva riserva alle finalità ambientali, sociali e implica un cambiamento di approccio da parte delle amministrazioni nella valutazione dell'impatto economico derivante dall'acquisto di un prodotto o dalla realizzazione di un'opera.

**Criticità**

L'applicazione di tale modalità non può essere immediata in quanto richiede la definizione di metodologie comuni che devono essere inserite nella documentazione di gara per rendere trasparente i dati che sono oggetto di esame e i costi/parametri che le imprese devono fornire ai fini della valutazione.

MPMI (elementi a favore o meno)

I costi e i dati che le imprese devono fornire, se complessi, possono favorire le imprese più grandi a sfavore delle MPMI e quindi impedire di fatto alle stesse la partecipazione alle gare.

## ARGOMENTO: Articolo 69 - Offerte anormalmente basse

Sotto argomento:

### Descrizione contenuto

L'art. 69 riproduce nella sostanza il contenuto dell'art. 55 della Direttiva 18/2004 precisando meglio le situazioni in presenza delle quali un'offerta può essere respinta da parte delle amministrazioni.

La disposizione prevede che le amministrazioni in presenza di un'offerta che appare anormalmente bassa devono imporre agli operatori di fornire spiegazioni sul prezzo e sui costi proposti.

### Definizione

### Riferimenti normativi

- Articolo 69 Direttiva 2014/24/EU
- Considerando 103 Direttiva 2014/24/EU
- Allegato X
- Articolo 55 Direttiva 2004/18/CE
- Articoli 86,87,88 Codice appalti

### Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

Disposizione a recepimento obbligatorio

### Recepimento del considerando: opportunità

### Opportunità

La disposizione prevede che le amministrazioni in presenza di un'offerta che appare anormalmente bassa devono imporre agli operatori di fornire spiegazioni sul prezzo e sui costi proposti.

La norma precisa meglio la necessità del rispetto delle condizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro attraverso una nuova formulazione.

L'art. 69 al paragrafo 2 lett. d) richiama, a tal fine, la necessità che l'operatore economico rispetti gli obblighi previsti dall'art. 18 paragrafo 2 ovvero gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi e dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X ed alla lett. e) si prevede il rispetto dei medesimi obblighi da parte del subappaltatore.

Criticità
<p>L'art. 69 nel rafforzare e precisare meglio i vincoli che le amministrazioni devono tener presente nella valutazione dei prezzi o costi offerti, non introduce modifiche di rilievo rispetto alla disciplina precedente. Il procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse presenta però nel nostro ordinamento alcune criticità di seguito evidenziate per le quali in fase di recepimento occorrerebbe trovare delle soluzioni:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- il procedimento risulta particolarmente lungo nelle tre fasi in cui è attualmente articolato;</li> <li>- per i lavori sotto soglia, in forza delle deroghe introdotte attraverso il meccanismo dell'esclusione automatica, non consente un confronto concorrenziale fra gli operatori;</li> <li>- i meccanismi matematici previsti per l'individuazione delle offerte anomale e l'obbligatorietà di procedere in presenza dei presupposti derivanti dalla loro applicazione, anche laddove i prezzi offerti non siano particolarmente bassi, appesantisce l'attività delle amministrazioni e allunga i tempi del procedimento;</li> <li>- la difficoltà per le amministrazioni di escludere offerte particolarmente basse, se non in presenza di situazioni in cui può essere dimostrato che l'offerta non ha tenuto conto di tutti i costi necessari o ha violato obblighi in materia di lavoro, per l'elevato contenzioso derivante dall'impugnativa da parte degli operatori esclusi.</li> </ul>

MPMI (elementi a favore o meno)
•

## ARGOMENTO : Articolo 70 -Condizioni di esecuzione dell'appalto

Sotto argomento:

Descrizione contenuto
<p>Con l'art. 70 "Condizioni di esecuzione dell'appalto" la Direttiva n. 24 ripropone, con alcune modifiche, l'art. 26 della Direttiva n. 18.</p> <p>Finalità delle condizioni di esecuzione di un appalto, come previsto nel considerando 104 della Direttiva n. 24, è quella di stabilire requisiti specifici per quanto riguarda l'esecuzione dell'appalto. Tali condizioni, a differenza dei criteri di aggiudicazione dell'appalto che costituiscono la base di una valutazione comparativa della qualità delle offerte, sono requisiti oggettivi prestabiliti che non incidono sulla valutazione delle offerte.</p>

Definizione

Riferimenti normativi
<p>Articolo 70 Direttiva 2014/24/UE          Considerando 104 Direttiva 2014/24/UE          Articolo 26 Direttiva 2004/18/CE          Articolo 69 D.Lgs. n. 163/2006</p>

Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo
Recepimento obbligatorio

Recepimento del considerando: opportunità

Nei considerando è contenuta la definizione delle condizioni di esecuzione dell'appalto

Opportunità

Il legislatore del Codice dei contratti si è occupato delle condizioni di esecuzione dell'appalto in linea con quanto previsto dalla precedente direttiva, che richiama esclusivamente "considerazioni... che possono basarsi su considerazioni sociali e ambientali". In sede di recepimento, in considerazione dell'attuale momento socio-economico, le condizioni potrebbero estendersi, come previsto dalla nuova Direttiva, comprendendo condizioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione

Criticità

MPMI (elementi a favore o meno)

## ARGOMENTO : Articolo 71 – Subappalto

Sotto argomento:

Descrizione contenuto

Elemento in comune tra le Direttive 24 e 18 è il principio, contenuto nell'art. 25 della Direttiva 18, ripreso integralmente dall'art.71, paragrafo 2, della Direttiva n. 24, che prevede che "Nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.

L'art. 71 richiama indirettamente anche per i subappaltatori l'obbligo di osservare nell'esecuzione di appalti pubblici, gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X, attraverso azioni adeguate delle autorità nazionali competenti che agiscono nell'ambito delle rispettive responsabilità e competenze.

Nell'articolo il pagamento diretto del subappaltatore è oggetto di duplice previsione normativa .

Definizione

Riferimenti normativi

Articolo 71, paragrafi 1,2,3,7,5 Direttiva 2014/24/UE  
 Considerando 105 Direttiva 2014/24/UE  
 Articolo 25 Direttiva 2004/18/CE  
 Articolo 118 D.Lgs. n. 163/2006

## Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Disposizione a recepimento obbligatorio, all'interno sono previste delle facoltà per gli Stati membri di imporre alle amministrazioni determinati adempimenti o di introdurre disposizioni di diritto interno più stringenti.

## Recepimento del considerando: opportunità

xxx

## Opportunità

L'opportunità offerta dalla nuova Direttiva è, innanzitutto, quella di fare chiarezza una volta per tutte nella materia del subappalto e cercare di risolvere le (tante) criticità del sistema nazionale, ciò a prescindere dall'eventuale recepimento delle disposizioni contenute nella Direttiva.

In sede di recepimento occorrerà pertanto fare una attenta valutazione se proseguire a disciplinare il subappalto secondo quella che è stata la ratio alla base della disciplina statale (interesse pubblico a contrastare il diffondersi del fenomeno della criminalità organizzata), ovvero sganciarsi da questa tradizionale impostazione per accogliere la ratio che sta alla base della disciplina comunitaria del subappalto, vale a dire, creare una forma di organizzazione imprenditoriale nella fase di esecuzione dei contratti per consentire la partecipazione di micro, piccole e medie imprese al mercato degli appalti pubblici" (cfr. trentaduesimo considerando della Direttiva n. 18).

I paragrafi 3 e 7 offrono l'opportunità di rispetto al tema della tutela dei subappaltatori, spesso MPMI, dal rischio di mancato introdurre il pagamento diretto del subappaltatore. La maggiore sensibilità manifestata dal legislatore comunitario pagamento, soprattutto alla luce della attuale situazione di crisi economico finanziaria internazionale, è già stata considerata dal legislatore nazionale che prevede il pagamento diretto del subappaltatore quale possibilità e non come obbligo (previsto come tale solo in casi particolari).

## Criticità

L'Art. 71, paragrafo 2: disposizione a recepimento facoltativo che dà la possibilità ad uno stato membro di introdurre l'obbligo, in caso di subappalto, di indicare già in sede di gara i nominativi dei subappaltatori proposti. Si ritiene che in sede di recepimento il legislatore debba fare chiarezza fornendo, innanzitutto, una precisa definizione di "subappalto", oltre ad affrontare la problematica sopra evidenziata al fine di dare maggiore trasparenza alle imprese nel momento in cui partecipano alla gara, anche in considerazione dell'attuale nuova normativa in materia di qualificazione

La possibilità del pagamento diretto al subappaltatore va valutata anche alla luce della recente normativa sulla fatturazione elettronica per i pagamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, anche in considerazione della natura privatista del contratto tra appaltatore e subappaltatore.

Il paragrafo 5 prevede la possibilità del "subappalto a cascata". Tale forma di subappalto è vietato nel nostro ordinamento, anche se, in deroga a tale principio generale, è prevista nel Regolamento (DPR n. 207/2010) la possibilità, per il subappaltatore in possesso dei requisiti criticità, ciò sia in relazione alla necessità di contrastare il diffondersi del fenomeno della relativi, di subappaltare la posa in opera di alcuni impianti, strutture e opere speciali. Si ritiene che il recepimento della possibilità di subappalto a cascata possa costituire una forte criminalità organizzata che nel subappalto trova terreno fertile, sia per l'esigenza di contenere i fenomeni di eccessivi ribassi nella esecuzione delle opere che comportano sistematicamente la violazione della normativa in materia di sicurezza

## MPMI (elementi a favore o meno)

Della maggiore trasparenza che garantirà l'approfondimento e la definizione del subappalto in sede di recepimento, beneficeranno tutte le imprese.

Il pagamento diretto dei subappaltatori potrebbe sicuramente dare dei vantaggi alle MPMI che, troppo spesso, sono penalizzate nel pagamento dall'impresa principale

**ARGOMENTO: Articolo 72- Modifica di contratti durante il periodo di validità**

Sotto argomento:

**Descrizione contenuto**

La fase di esecuzione del contratto e, in particolare, l'aspetto delle possibili modifiche contrattuali, con la nuova direttiva viene affrontata per la prima volta dal legislatore comunitario.

In effetti la Direttiva n. 18 non si era occupata dell'argomento, concentrandosi sulla fase di affidamento del contratto di appalto.

La nuova disciplina dettata dalla Direttiva n. 24, come evidenziato nel considerando 107, è di derivazione giurisprudenziale.

Dall'analisi del testo si ricava che il legislatore comunitario ha individuato sostanzialmente tre tipologie di modifiche che possono potenzialmente presentarsi durante l'esecuzione di un contratto, modifiche sostanziali non ammesse, modifiche sostanziali ammesse e modifiche non sostanziali.

**Definizione****Riferimenti normativi**

Articolo 72 Direttiva 2014/24/UE  
 Considerando da 107 a 111 Direttiva 2014/24/UE  
 Articoli 132 e 114 D.Lgs. n. 163/2006  
 Articoli 161 e 311 D.P.R. n. 207/2010

**Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo**

Recepimento obbligatorio

**Recepimento del considerando: opportunità**

Nel considerando 109 è contenuta la definizione di "circostanze imprevedibili"

**Opportunità**

Il recepimento della disposizione comunitaria, del tutto nuova, dovrebbe costituire l'occasione per ripuntualizzare l'intera normativa nazionale in materia di modifiche contrattuali

**Criticità**

Confrontando i due sistemi (nazionale e comunitario) si rileva che la disciplina dettata dal Codice dei contratti pubblici sembrerebbe, sostanzialmente, in linea con il disposto comunitario, tuttavia:

- la disciplina comunitaria, con riferimento alle modifiche di contratto in presenza di cause sopravvenute e imprevedibili, è più restrittiva, in quanto prevede l'obbligo di pubblicazione delle modifiche sulla GUCE (paragrafo 1, lettere b) e c);
- la disciplina comunitaria, con riferimento alle modifiche non sostanziali, rispetto alla disciplina nazionale è meno restrittiva, in quanto il legislatore nazionale (art. 132, comma 3, 2° cpv) condiziona la possibilità di apportare tali modifiche contrattuali al verificarsi di circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto, cosa non richiesta a livello comunitario. Pertanto, in sede di recepimento, occorrerà



- valutare bene i margini di eccessiva discrezionalità che sembrerebbe consentire la disposizione comunitaria; la Direttiva comunitaria, a differenza di quella nazionale, dà una definizione di “modifica sostanziale”; si ritiene che in sede di recepimento si debba necessariamente intervenire al riguardo fornendo una chiara e precisa definizione del concetto di “modifica sostanziale”, in quanto è su questo punto che si gioca gran parte della partita della modifica del contratto, che non può essere lasciata alla discrezionalità del funzionario di turno, con tutti gli aspetti connessi, siano essi positivi o negativi

MPMI (elementi a favore o meno)

## ARGOMENTO: Articolo 73 - Risoluzione dei contratti

Sotto argomento: Risoluzione dei contratti

### Descrizione contenuto

La ratio dell'art. 73 della nuova direttiva risiede nel fatto che, come previsto nel considerando 112, le amministrazioni aggiudicatrici si trovano a volte ad affrontare circostanze che impongono la risoluzione anticipata di contratti pubblici al fine di rispettare gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione nel settore degli appalti pubblici.

Pertanto gli Stati membri assicurano che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la possibilità, almeno nelle seguenti circostanze e alle condizioni stabilite dal diritto nazionale applicabile, di risolvere un contratto pubblico durante il periodo di validità dello stesso, qualora:

- a) il contratto ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell'articolo 72;
- b) l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'articolo 57, paragrafo 1 (Motivi di esclusione), e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura d'appalto;
- c) l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato all'aggiudicatario in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati e dalla direttiva come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE.

### Definizione

### Riferimenti normativi

- Considerando 112 Direttiva 2014/24/UE
- Articoli da 135 a 139 D.Lgs. n. 163/2006

Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Recepimento obbligatorio</li> </ul>

Recepimento del considerando: opportunità
xxx

Opportunità
<p>La disposizione comunitaria è del tutto nuova rispetto alla Direttiva 2004/18/CE.</p> <p>Rispetto alla disciplina del Codice dei contratti, in parte (articolo 73, paragrafo 1, lett.a)) sembra richiamare le fattispecie di risoluzione (artt. 135 e 136 D.Lgs. n. 163/2006) ivi previste, in parte ne introduce di nuove, laddove prevede che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la possibilità di risolvere un contratto pubblico durante il periodo di validità:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>b) qualora l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'articolo 57, paragrafo 1 (Motivi di esclusione), e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura d'appalto;</li> <li>c) qualora l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato all'aggiudicatario in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati e dalla direttiva come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE.</li> </ul>

Criticità
<p>Tra le ipotesi di risoluzione del contratto individuate dalla nuova direttiva, quella di cui alla lettera b) presenta maggiori criticità e pone dubbi interpretativi ai quali in sede di recepimento il legislatore nazionale dovrà fare particolare attenzione.</p>
PMI (elementi a favore o meno)

<b>ARGOMENTO: Articolo 74 - Aggiudicazione degli appalti</b>
--

Descrizione contenuto
<p>Determinate categorie di servizi, avendo, per diverse ragioni, una dimensione transfrontaliera non significativa, sono sottoposte solo a quello che viene chiamato dalla Direttiva regime "alleggerito". Si tratta di una serie di regole <i>ad hoc</i> a garanzia del rispetto dei principi fondamentali degli appalti pubblici, destinata a disciplinare l'aggiudicazione di appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici indicati nell'allegato XIV in maniera meno stringente sotto il profilo procedurale rispetto a quando previsto ordinariamente nella Direttiva.</p>

Definizione

Riferimenti normativi
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Articolo 74 Direttiva 2014/24/EU</li> <li>• Considerando 6, 28, 113, 114, 115, 116 e 117 Direttiva 2014/24/EU</li> </ul>

- Allegato XIV
- Articolo 21 e allegati II A e II B Direttiva 2004/18/CE

#### Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Disposizione a recepimento obbligatorio

#### Recepimento del considerando: opportunità

- E' opportuno fare riferimento ai considerando richiamati, al fine di individuare la *ratio* della sottoposizione ad un regime particolare degli appalti di servizi sociali e degli altri servizi tassativamente individuati nell'allegato XIV, oltreché per inquadrare la portata della dimensione (o meno) transfrontaliera degli appalti in questione.

#### Opportunità

- Con le norme di recepimento, nel rispetto dei principi della contrattualistica pubblica, sarà possibile determinare norme procedurali confacenti allo specifico e delicato settore dei servizi alla persona così come degli altri servizi specifici di cui all'allegato XIV.

#### Criticità

- Esistono criticità legate al pericolo che, in ambito interno, la disciplina procedurale per l'aggiudicazione degli appalti di cui trattasi trovi collocazione in maniera non organica in più provvedimenti legislativi di settore (codice degli appalti pubblici, terzo settore, normativa regionale...). Va altresì opportunamente valutata la reale "dimensione transfrontaliera" alla base del collocamento o meno di questi appalti all'interno del regime particolare dettato dalla Direttiva, stante la conseguente parziale sottrazione dall'ambito di applicazione delle regole comunitarie a garanzia della concorrenza.

#### M PMI (elementi a favore o meno)

- La disposizione non pone particolari problematiche.

**ARGOMENTO: Articolo 75 - Pubblicazione degli avvisi e dei bandi****Descrizione contenuto**

La norma disciplina le modalità cui dovranno attenersi le amministrazioni aggiudicatrici per pubblicizzare la loro intenzione di procedere all'aggiudicazione di un appalto pubblico per i servizi di cui all'articolo 74 e, successivamente, per comunicare l'avvenuta aggiudicazione, nonché le modalità di pubblicazione degli avvisi. Il tutto utilizzando i modelli di formulari che saranno stabiliti dalla Commissione mediante atti di esecuzione.

Si tratta di norme parzialmente innovative, ad eccezione dell'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di pubblicare gli avvisi concernenti le aggiudicazioni (previsto dal combinato disposto degli artt. 21 e 35, paragrafo 4, Direttiva 2004/18/CE).

**Definizione****Riferimenti normativi**

- Articolo 75 Direttiva 2014/24/EU
- Considerando 114, 115, 116 e 117 Direttiva 2014/24/EU
- Articolo 21 e 35 Direttiva 2004/18/CE

**Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo**

- Disposizione a recepimento obbligatorio

**Recepimento del considerando: opportunità****Opportunità**

- La modalità di pubblicizzare l'intenzione di aggiudicare un appalto mediante avviso di preinformazione pubblicato in maniera continua, cui segue una manifestazione d'interesse degli operatori economici, sembra introdurre possibili forme di negoziazione a formazione progressiva già previste nel nostro ordinamento.

**Criticità****MPMI (elementi a favore o meno)**

- Le piccole realtà imprenditoriali, spesso presenti nel sociale, andrebbero supportate, non essendo certo facile negoziare con pubbliche amministrazioni che vanno centralizzando le attività di committenza.

**ARGOMENTO: Articolo 76 -Principi per l'aggiudicazione degli appalti****Descrizione contenuto**

Gli Stati membri possono introdurre in autonomia norme procedurali per l'aggiudicazione degli appalti sottoposti al

regime “alleggerito”, fermo restando il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento. Tali norme devono consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di prendere in considerazione le specificità dei servizi di cui all’articolo 74. Per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione, l’ultima parte del paragrafo 2 dispone che gli Stati possano prevedere, quale criterio di scelta del prestatore di servizi, quello che individua l’offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, tenendo conto dei criteri di qualità e sostenibilità dei servizi sociali.

#### Definizione

#### Riferimenti normativi

- Articolo 76 Direttiva 2014/24/EU
- Considerando 114 Direttiva 2014/24/CE
- Articolo 27 Codice contratti

#### Recepimento dell’articolo: obbligatorio o facoltativo

- Disposizione a recepimento obbligatorio ad eccezione dell’ultimo capoverso del paragrafo 2

#### Recepimento del considerando: opportunità

#### Opportunità

- La disposizione offre agli Stati membri l’opportunità di concepire procedure di aggiudicazione, così come criteri di aggiudicazione tali da garantire le diverse specificità caratterizzanti queste categorie di servizi e i contesti in cui operano (in particolare: la qualità, la continuità, l’accessibilità, anche economica, la disponibilità e la completezza dei servizi, le esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e vulnerabili, il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti e l’innovazione).

#### Criticità

- Le criticità che si ravvisano sono legate al criterio di aggiudicazione che, considerati gli interessi da soddisfare e agli indirizzi dati, dovrà essere strutturato in modo da attribuire valore ad aspetti legati a qualità e sostenibilità dei servizi, tenendo conto anche degli elementi soggettivi di chi esegue la prestazione. Obiettivo di non semplice realizzazione.

#### MPMI (elementi a favore o meno)

- Le piccole realtà vanno tenute in debito conto. Non è facile, per MPMI costituite da operatori esperti/professionisti, costruire un’offerta competitiva in una gara in cui le offerte sono valutate sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (gara necessariamente complessa, anche sotto il profilo procedurale). Il professionista, che normalmente è impegnato sull’assistito, non è uso a formulare articolate offerte.

**ARGOMENTO: Articolo 77 - Appalti riservati per determinati servizi****Descrizione contenuto**

L'articolo contiene una disposizione innovativa. Gli Stati membri possano prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici riservino a determinate organizzazioni il diritto di partecipare alle procedure di appalti pubblici relative a determinati specifici servizi sanitari, sociali e culturali di cui all'articolo 74, tassativamente identificati nell'articolo attraverso la codifica CPV.

La **riserva** può riguardare esclusivamente, secondo quanto disposto dal paragrafo 2, un'organizzazione che soddisfi tutte le condizioni previste nell'articolo.

**Definizione****Riferimenti normativi**

- Articolo 77 Direttiva 2014/24/EU
- Considerando 28, 118 e 119 Direttiva 2014/24/CE

**Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo**

- Disposizione a recepimento facoltativo

**Recepimento del considerando: opportunità****Opportunità**

- Il recepimento di questa disposizione consentirebbe di superare, con un intervento normativo, le incertezze derivate nel nostro ordinamento dall'attuale vuoto normativo. Il dibattito interno ad oggi verte sulla possibilità o meno di espletare selezioni a concorrenza limitata o addirittura riservate al terzo settore.

**Criticità**

- La norma prevede che la durata massima del contratto non possa superare i tre anni. Prevede altresì che non possa risultare aggiudicataria un'organizzazione che abbia, negli ultimi tre anni, ricevuto un appalto in modo riservato. La *ratio* di queste limitazioni sta nel contemperamento degli interessi contrastanti in campo (riserva vs concorrenza). Tuttavia, i limiti dati dall'obbligo di rotazione, applicati ai servizi alla persona, potrebbero costituire ostacolo alla garanzia di continuità, spesso fondamentale per il soddisfacimento degli interessi particolari dei destinatari finali dei servizi stessi. Va inoltre gestito il problema della gestione, di fatto "istituzionalizzata", delle attività che le cooperative svolgono in questo settore.

**MPMI (elementi a favore o meno)**

- La riserva prevista dalla norma potrebbe essere accolta con favore dalle MPMI, consentendo a soggetti sostanzialmente "professionali" e *no profit* di concorrere alla pari con strutture similari.
- Restano ferme le criticità in merito al fatto che, una volta vinto un appalto riservato, non si dovrebbe poter partecipare nel triennio ad una seconda selezione riservata. Questa limitazione potrebbe sfavorire le MPMI in modo particolare, in quanto maggiori destinatarie delle procedure riservate.

**Concorsi di progettazione (artt. 78- 82)****ARGOMENTO: Articolo 78 - Ambito di applicazione**

Sotto argomento:

**Descrizione contenuto**

In ordine alle regole sui concorsi progettazione la direttiva in commento ripropone sostanzialmente quanto già previsto dal regime precedente. Si osserva, anzitutto, che la definizione dettata dall'articolo 2 rimane immutata, affermandosi che sono concorsi di progettazione "le procedure intese a fornire all'amministrazione aggiudicatrice, soprattutto nel settore della pianificazione territoriale, dell'urbanistica, dell'architettura, dell'ingegneria o dell'elaborazione di dati, un piano o un progetto, selezionato da una commissione giudicatrice in base ad una gara, con o senza assegnazione di premi".

**Definizione****Riferimenti normativi**

- Articolo 78 Direttiva 2014/24/EU
- Considerando 120, Direttiva 2014/24/UE
- Articoli 67-68, Direttiva 2004/18/CE

**Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo**

- obbligatorio

**Recepimento del considerando: opportunità****Opportunità**

- vedi commento elementi a favore MPMI

**Criticità**

- 

**MPMI (elementi a favore o meno)**

- È il considerando 120 a suggerire iniziative a favore della imprese di ridotte dimensioni, dichiarando che "Tradizionalmente si è fatto ricorso ai concorsi di progettazione soprattutto nel settore della pianificazione territoriale, dell'urbanistica, dell'architettura, dell'ingegneria o dell'elaborazione di dati. Occorre tuttavia rammentare che tali strumenti flessibili potrebbero essere utilizzati anche per altri scopi, ad esempio per ottenere programmi di ingegneria finanziaria atti a ottimizzare il sostegno alle MPMI nel contesto dell'iniziativa Risorse europee congiunte per le micro, le piccole e le medie imprese (JEREMIE) o di altri programmi dell'Unione a sostegno delle MPMI in un determinato Stato membro. Il concorso di progettazione utilizzato per ottenere siffatti programmi di ingegneria finanziaria potrebbe altresì stabilire che i successivi contratti di servizio per la realizzazione di tale ingegneria finanziaria siano aggiudicati al vincitore o a uno dei

vincitori del concorso di progettazione mediante una procedura negoziata senza pubblicazione”.
--

**ARGOMENTO: Articolo 78 - Ambito di applicazione**

**ARGOMENTO: Articolo 79 – Bandi e avvisi**

Sotto argomento:

#### Descrizione contenuto

Con l'articolo 79 viene riproposto quanto previsto nel regime precedente agli articoli 69 e 70. Il paragrafo 5 precisa che i bandi e gli avvisi relativi ai concorsi di progettazione devono contenere le informazioni di cui all'allegato V, parti E ed F delle direttiva in commento. Confrontando questi con le informazioni contenute nell'allegato VII D della vecchia direttiva non emergono rilevanti profili innovativi, potendoci limitare a segnalare che con il nuovo regime si richiede di indicare il tipo di amministrazione aggiudicatrice e la principale attività esercitata e, se del caso, l'indicazione che l'amministrazione aggiudicatrice è una centrale di committenza o che si tratta di una qualsiasi altra forma di appalto congiunto.

Anche l'articolo 80 ripropone quanto già previsto dalla direttiva 2004/18 raccogliendo in un'unica norma le disposizioni precedentemente dettate agli articoli 66 e 72. .

#### Definizione

#### Riferimenti normativi

- Articolo 79 Direttiva 2014/24/EU
- Articoli 69-70, Direttiva 2004/18/CEE
- Articoli 102 e 103 Codice appalti

#### Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- obbligatorio

#### Recepimento del considerando: opportunità

#### Opportunità

- 

#### Criticità

-



MPMI (elementi a favore o meno)
•

**ARGOMENTO: Articolo 80 – Organizzazione dei concorsi di progettazione e selezione dei partecipanti**

## Sotto argomento

## Descrizione contenuto

Anche l'articolo in commento ripropone quanto già previsto dalla direttiva 2004/18 raccogliendo in un'unica norma le disposizioni precedentemente dettate agli articoli 66 e 72.

## Definizione

## Riferimenti normativi

- Articolo 80 Direttiva 2014/24/EU
- Articoli 66 e 72, Direttiva 2004/18/CEE
- Articoli 101 e 105 Codice appalti

## Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- obbligatorio

## Recepimento del considerando: opportunità

## Opportunità

- 

## Criticità

- 

## MPMI (elementi a favore o meno)

-

**ARGOMENTO: Articolo 81 –** Composizione della commissione giudicatrice

Sotto argomento:

Descrizione contenuto

Non vi sono modifiche da rilevare rispetto all'articolo 73 della vecchia direttiva

Definizione

Riferimenti normativi

- Articolo 81 Direttiva 2014/24/EU
- Articolo 73, Direttiva 2004/18/CEE
- Articolo 106 Codice appalti

Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- obbligatorio

Recepimento del considerando: opportunità

Opportunità

- 

Criticità

- 

MPMI (elementi a favore o meno)

-

**ARGOMENTO:** *Articolo 82* – Decisioni della commissione giudicatrice

Sotto argomento

Descrizione contenuto

Non vi sono modifiche da rilevare rispetto all'articolo 74 della vecchia direttiva

Definizione

Riferimenti normativi

- Articolo 82 Direttiva 2014/24/EU
- Articoli 74, Direttiva 2004/18/CEE
- Articolo 107 Codice appalti

Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- obbligatorio

Recepimento del considerando: opportunità

Opportunità

- 

Criticità

- 

MPMI (elementi a favore o meno)

-

**Governance (Artt. 83- 86)****ARGOMENTO: Articolo 83 - Applicazione**

Sotto argomento:

**Descrizione contenuto**

L'articolo prevede regole sia organizzative che di contenuto, attraverso le quali gli Stati membri dovrebbero assicurare un monitoraggio dell'applicazione della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici, rendendone pubblici i risultati e condividendoli con la commissione al fine di "migliorare considerevolmente l'applicazione della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici" e disporre di un "quadro chiaro dei possibili problemi strutturali e delle tendenze generali delle politiche nazionali in materia di appalti, onde far fronte agli eventuali problemi in modo più mirato.

La norma dispone che gli Stati garantiscano il controllo delle norme sugli appalti pubblici attraverso Autorità o strutture di controllo ad hoc che abbiano il potere di segnalare violazioni delle norme o problemi sistemici sulla loro applicazione ad altri organi giurisdizionali, altre autorità di controllo e parlamenti nazionali.

**Definizione****Riferimenti normativi**

- Considerando 121 Direttive 2014/24/UE
- Artt. 75 e 76 Direttiva 2004/18/UE
- Articolo 6 Codice Appalti

**Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo**

- Disposizione a recepimento obbligatorio

**Recepimento del considerando: opportunità****Opportunità**

- La prospettiva di condividere anche con gli altri Stati membri i risultati di una attività di monitoraggio e di veder valorizzata quella già realizzata nel nostro Paese e dunque la possibilità di estendere il dibattito e il confronto sull'efficacia delle norme e sulle problematiche della loro applicaizone, rappresenta una opportunità evidente.
- Il recepimento della direttiva, quantomeno per la parte incrementale rispetto a quanto già normato nel nostro Paese, potrà peraltro rappresentare anche l'occasione per mettere maggiore ordine nell'organizzazione di tali attività e nei compiti degli organi preposti.

Criticità
•

MPMI (elementi a favore o meno)
•

## ARGOMENTO: Articolo 84 - Relazioni uniche sulle procedure di aggiudicazione degli appalti

Sotto argomento:

Descrizione contenuto
<p>La norma in oggetto prevede l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di redigere una relazione per ogni appalto, accordo quadro e sistema dinamico di acquisizione previsto dalla direttiva in relazione alla procedura di aggiudicazione.</p> <p>Il contenuto minimo di tale relazione, elencato nel comma 1 dell'articolo in oggetto, rappresenta anche una indicazione circa l'informazione minima essenziale richiesta ai fini dell'attività di monitoraggio di cui all'art.83. I dati richiesti sono riferibili a due ordini di categoria: dati "oggettivi" del contratto, intendendo per tale l'intera procedura di affidamento (oggetto, partecipanti, aggiudicatario, subappaltatori etc.) e dati "soggettivi" intendendo per tali i criteri ed i motivi seguiti dalla Stazione Appaltante per la scelta della procedura di affidamento e per l'individuazione dell'aggiudicatario.</p>

Definizione

Riferimenti normativi
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Considerando 121 Direttive 2014/24/UE</li> <li>• Artt. 75 e 76 Direttiva 2004/18/UE</li> <li>• Articoli 6 bis – 7 Codice Appalti</li> </ul>

Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Disposizione a recepimento obbligatorio</li> </ul>

Recepimento del considerando: opportunità

Opportunità

- L'obbligo di redigere la "relazione" prevede un ulteriore onere a carico delle stazioni appaltanti e dei suoi RUP, un onere solo parzialmente attenuato dalla previsione della possibile coincidenza fra la relazione e l'avviso di aggiudicazione che nel caso dovrà essere comunque più articolato.
- Vero è che molte delle informazioni richieste sono già veicolate attraverso sistemi informativi di raccolta dati e già presenti all'interno di software gestionali o piattaforme di e-procurement dalle quali potranno essere recuperate al fine di precompilare in automatico la relazione. In tale prospettiva questo ulteriore adempimento normativo rappresenta un ulteriore spinta alla sempre più urgente e necessaria integrazione fra i flussi informativi ed i sistemi informativi e gestionali che li trasportano.

#### Criticità

- 

#### MPMI (elementi a favore o meno)

- 

### ARGOMENTO: Articolo 85 – Presentazioni di relazioni nazionali e informazioni statistiche

#### Sotto argomento:

#### Descrizione contenuto

La norma amplia e ridefinisce il contenuto delle comunicazioni statistiche che ogni Stato membro già doveva alla Commissione in forza degli artt. 75 e 76 della direttiva 2004/18/UE.

Il paragrafo 1 pone a carico della Commissione il compito di verificare qualità e completezza dei dati contenuti negli avvisi di cui agli articoli 48 (avvisi di preinformazione), 49 (bandi di gara), 50 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati), 75 (pubblicazione degli avvisi e dei bandi) e 79 (bandi ed avvisi), riservandosi la facoltà di richiedere agli Stati membri "informazioni complementari" che gli stessi sono tenuti a fornire "in tempi ragionevoli".

#### Definizione

#### Riferimenti normativi

- Considerando 121 Direttiva 2014/24/UE
- Artt. 75 e 76 Direttiva 2004/18/UE
- Articolo 249 Codice Appalti

#### Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo

- Disposizione a recepimento obbligatorio

#### Recepimento del considerando: opportunità

Opportunità
<ul style="list-style-type: none"> <li>La norma amplia e ridefinisce il contenuto delle comunicazioni statistiche che ogni Stato membro già doveva alla Commissione in forza degli artt. 75 e 76 della direttiva 2004/18/UE.</li> </ul>
Criticità
<ul style="list-style-type: none"> <li>Gli obblighi statistici verso la commissione impongono una revisione e l'eventuale adattamento dell'attuale sistema di raccolta dati e pubblicazione di avvisi a fini di monitoraggio. Oltre che nel contenuto anche in una logica che impone di mantenere traccia dell'appalto da cui hanno origine i possibili più lotti come effetto del frazionamento di cui all'art.46.</li> </ul>
MPMI (elementi a favore o meno)
<ul style="list-style-type: none"> <li></li> </ul>

## ARGOMENTO: Articolo 86 - Cooperazione Amministrativa

Sotto argomento:
Definizione
Definizione
Riferimenti normativi
<ul style="list-style-type: none"> <li>Considerando 121 Direttive 2014/24/UE</li> <li>Artt. 75 e 76 Direttiva 2004/18/UE</li> <li>Articolo 251 bis Codice Appalti</li> </ul>
Recepimento dell'articolo: obbligatorio o facoltativo
<ul style="list-style-type: none"> <li>Disposizione a recepimento obbligatorio</li> </ul>
Recepimento del considerando: opportunità
Opportunità
<ul style="list-style-type: none"> <li>La norma esprime quasi una dichiarazione di intenti, auspicando l'assistenza e la cooperazione reciproca in tema di governance e monitoraggio dell'applicazione delle direttive ma anche, più puntualmente, relativamente a materie specifiche (quelle di cui agli articoli 42, 43, 44, 57, 59, 60, 62, 64 e 69) per le quali si richiede un interscambio delle informazioni nei limiti delle norme sulla riservatezza.</li> </ul>



- Dando per scontato l'interesse dell'Italia alla cooperazione ed all'interscambio dell'informazione con gli altri Stati membri interessati, si apre qui la strada per una necessaria prossima integrazione fra i flussi informativi nazionali e quelli disponibili sulla piazza europea, così come fra i sistemi informativi interni e sistemi di informazione quali il citato IMI.

**Criticità**

- 

**M PMI (elementi a favore o meno)**

-