

LA LEGISLAZIONE IN MATERIA DI PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA: PROBLEMATICHE ATTUALI E POSSIBILI SOLUZIONI, ANCHE ALLA LUCE DELLE NUOVE DIRETTIVE EUROPEE*

ELENA QUADRI**

Il tema delle problematiche connesse alla legislazione vigente in tema di procedure ad evidenza pubblica costituisce un argomento che sta suscitando di recente molto interesse sia nella cerchia ristretta degli addetti ai lavori che nell'opinione pubblica.

Il nostro ordinamento ha adottato la scelta di regolamentare il settore delle pubbliche commesse in maniera molto puntuale e dettagliata, per cercare di porre un limite alla discrezionalità delle stazioni appaltanti in considerazione del grave pericolo costituito dall'aumento dei fenomeni corruttivi e dall'ingerenza della criminalità organizzata nel settore dei lavori e dei servizi pubblici.

Ciò ha determinato, peraltro, l'adozione di un impianto legislativo molto farraginoso e complicato, composto da circa seicento articoli tra codice degli appalti e regolamento di attuazione, con conseguenti difficoltà di interpretazione sia da parte degli operatori economici che delle stazioni appaltanti.

Spesso si assiste, invero, alla redazione di bandi di gara, di disciplinari e di capitolati speciali che non rispecchiano la disciplina dei diversi istituti contemplati dalla legislazione vigente, discostandosene in più punti, o, ancora più di frequente, sono i comportamenti tenuti dalle amministrazioni nel corso della procedura concorsuale a non essere conformi alle regole previste per le procedure ad evidenza pubblica.

Altre volte, invece, sono i concorrenti ad approfittare delle difficoltà ermeneutiche presentando offerte che si discostano notevolmente da quanto richiesto dal codice degli appalti o dal regolamento di esecuzione e di attuazione, mettendo in difficoltà la stazione appaltante che deve scegliere tra il pedissequo rispetto del principio della massima partecipazione alla gara, anche a costo dell'ammissione di un'offerta non del tutto conforme a legge, e la puntuale adesione al principio della par condicio tra i concorrenti che farebbe propendere, invece, per l'esclusione dell'offerta di dubbio contenuto.

* Relazione presentata al Seminario Nazionale Avvocati INAIL, tenutasi a Rimini dal 22 al 24 ottobre 2014.

** Consigliere Sezione IV TAR Lombardia.

Un esempio di tali problematiche è rappresentato dai numerosi contenziosi che si sono susseguiti in tema di requisiti di ordine generale richiesti per la partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica ai sensi dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, in attuazione dell'art. 45 della direttiva 2004/18/CE.

Mi riferisco, in particolare, ai dubbi interpretativi emersi in relazione all'obbligatorietà o meno dell'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, o dall'affidamento dei subappalti dei soggetti che, pur essendo in possesso dei requisiti di ordine generale di cui alla lettera *c)* della norma succitata, relativa all'assenza di condanne per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale, sono incorsi in alcune irregolarità nella presentazione delle dichiarazioni, o perché le stesse erano incomplete, non essendo state rilasciate da tutti i soggetti espressamente contemplati dalla norma¹, o perché non riguardavano i procuratori speciali muniti di poteri rappresentativi generali connessi alle specifiche procedure di gara.

Solo di recente tali dubbi sono stati, almeno in parte, risolti da alcune pronunce del Consiglio di Stato in adunanza plenaria, che non hanno, peraltro, concluso il dibattito, essendo il legislatore nuovamente intervenuto sul punto con il decreto del 24 giugno 2014, n. 90, come vedremo tra un momento.

Premettendo che la *ratio* della norma posta a base dell'art. 38 del codice degli appalti, con particolare riferimento alle cause di esclusione di cui alle lett. *b)* e *c)*, risiede nell'esigenza di verificare l'affidabilità complessivamente considerata dell'operatore economico scelto per la stipula del contratto e dunque il possesso dei requisiti in capo ai soggetti dotati di potere di rappresentanza che, conseguentemente, sono in grado di manifestare all'esterno la volontà dell'impresa, il Supremo Consesso amministrativo ha statuito che l'art. 38, primo comma, lett. *c)* del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 - che collega la causa di esclusione dalla gara per mancanza dei requisiti di moralità e di affidabilità, nelle ipotesi esemplificate nella disposizione medesima, agli "amministratori muniti del potere di rappresentanza" oltretutto al "direttore tecnico" - deve interpretarsi nel senso che le dichiarazioni dalla stessa norma previste devono essere rese anche dal procuratore ad negotia se lo stesso, per i poteri conferitigli, finisce con il rientrare nella figura cui si richiama l'art. 38, primo comma, lett. *c)* del D.Lgs. n. 163 del 2006, poiché da un lato si connota come amministratore di fatto ai sensi dell'art. 2639, primo comma, c.c. e, d'altro lato, in forza della procura rilasciatagli, assomma in

¹ Titolare o direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; soci o direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; soci accomandati o direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; amministratori muniti di potere di rappresentanza o direttore tecnico o socio unico persona fisica, ovvero socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio; soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata (cfr. art. 38, primo comma, lett. *c)*, del D.Lgs. n. 163/2006).

sé anche il ruolo di rappresentante della società, sia pure eventualmente solo per una serie determinata di atti.

Peraltro, in relazione alla non univocità della norma circa l'onere dichiarativo dell'impresa nell'ipotesi prevista dalla disposizione normativa succitata, qualora la *lex specialis* non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione *ex art. 38 cit.*, ma soltanto laddove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione (Cons. Stato, A.P., 16 ottobre 2013, n. 23).

In una recente pronuncia i giudici di Palazzo Spada hanno, invece, affermato che, in applicazione del principio per il quale in sede di produzione documentale per la partecipazione ad una gara d'appalto, deve escludersi l'ammissibilità di dichiarazioni riferite a persone non identificate e non identificabili e deve, al contrario, giudicarsi consentita, anche in applicazione dei principi civilistici in punto di determinabilità del contenuto degli atti giuridici mediante rinvii *ob relationem* di semplice decifrazione, la presentazione di dichiarazioni riferite a persone (ancorché non identificate) agevolmente identificabili mediante la consultazione di registri pubblici o di banche dati ufficiali, la dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere, appunto, agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici (Cons. Stato, A.P., 30 luglio 2014, n. 16).

Un punto fermo è stato apposto anche alla dibattuta questione del requisito di partecipazione concernente la regolarità contributiva previdenziale e assistenziale di cui all'art. 38, primo comma, lett. *i*).

La disposizione normativa prevede come cause di esclusione dalla gara le violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, ma innumerevoli contenziosi sono sorti sia nell'interpretazione del concetto di gravità della violazione, cioè sull'effettiva entità della violazione grave, che sul soggetto in capo al quale fosse attribuito il dovere di effettuarla, cioè la stazione appaltante, mediante l'esplicazione del suo potere discrezionale, o l'Ente previdenziale, mediante l'emissione del Documento Unico di Regolarità Contributiva, meglio conosciuto come Durc, che è un certificato unico che le stazioni appaltanti sono tenute ad acquisire di ufficio, rilasciato dall'Inps, dall'Inail e dalle Casse Edili, che attesta la regolarità di un'impresa nei pagamenti e negli adempimenti previdenziali, assistenziali e assicurativi, nonché in tutti gli altri obblighi previsti dalla normativa vigente nei confronti di Inps, Inail e Casse Edili, verificati sulla base della rispettiva normativa di riferimento.

Con una decisione resa in adunanza plenaria, il Consiglio di Stato ha statuito, innanzitutto, che la nozione di "violazione grave" non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contribu-

tiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la p.a. è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (Durc) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto. Si intendono, quindi, gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'art. 8 del decreto del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale del 24 ottobre 2007 (scostamento superiore al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento superiore o pari ad euro 100) e pertanto la mancanza di Durc comporta una presunzione legale *iuris et de iure* di gravità delle violazioni previdenziali.

Il Durc regolare è requisito che accompagna l'intera fase di esecuzione del contratto, essendo necessario al fine del pagamento secondo gli stati di avanzamento e al fine del pagamento della rata di saldo dopo il collaudo.

L'assenza del requisito della regolarità contributiva, costituendo condizione di partecipazione alla gara, se non posseduto alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, non può che comportare la esclusione del concorrente non adempiente, non potendo valere la regolarizzazione postuma, quand'anche ricondotta retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento, giacché l'ammissibilità della regolarizzazione postuma si tradurrebbe in una integrazione dell'offerta, configurandosi come violazione della par condicio (Cons. Stato, A.P., 4 maggio 2012, n. 8).

Tali considerazioni sono state ribadite in una recente pronuncia della sezione quinta nella quale i giudici del Consiglio di Stato hanno anche statuito che tutti i soggetti, a qualunque titolo concorrano all'aggiudicazione di pubblici appalti (in veste di affidatari, subaffidatari, consorziati, componenti di a.t.i., ausiliari in sede di avvalimento), devono essere in possesso dei requisiti richiesti dall'art. 38 e dichiararli, assumendosi le relative responsabilità, atteso che l'art. 49, secondo comma, lett. c), del D.Lgs. n. 163/2006, sul piano dell'accertamento dei requisiti di ordine generale, dispone una totale equiparazione tra gli operatori economici offerenti e gli operatori economici in rapporto di avvalimento, in omaggio ad elementari ragioni di trasparenza e di tutela effettiva degli interessi sottesi alle cause di esclusione delineati dall'art. 38 ed in relazione alla ineludibile esigenza che tutti gli operatori chiamati, a qualunque titolo, all'esecuzione di prestazioni di lavori, servizi e forniture siano dotati dei necessari requisiti di ordine generale (Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2014, n. 1647).

Dalle pronunce appena esaminate emergono, dunque, tutte le difficoltà di interpretazione della normativa in materia di commesse pubbliche, spesso più attenta alla cura degli aspetti formali che al perseguimento dei fini sostanziali.

Tale formalismo è anche causa di un'inefficienza del sistema, che determina indubbe ripercussioni pure sull'economia nazionale.

Si è cercato, quindi, di porre rimedio a questi effetti mediante modifiche legislati-

ve, apprezzabili negli intenti ma che hanno sovente determinato ancora più confusione e sforzi ermeneutici, in considerazione della difficoltà da parte delle stazioni appaltanti e degli operatori economici di adeguarsi ai continui mutamenti nella disciplina normativa che si susseguono anche nello spazio di pochi mesi, spesso mediante interventi che non brillano, a loro volta, per chiarezza e sinteticità.

Si pensi alle modifiche apportate all'art. 46 del codice degli appalti, norma che contiene la disciplina sui documenti e le informazioni complementari, nonché sulla tassatività delle cause di esclusione, in relazione alla quale sono stati versati fiumi di inchiostro sia dai più alti esponenti dell'accademia che della giurisprudenza.

Il primo comma² si occupa del cosiddetto potere (o dovere, secondo l'interpretazione più frequente) di soccorso, che le stazioni appaltanti esercitano invitando i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati nel caso se ne ravvisi la necessità.

L'istituto era stato sempre pacificamente interpretato come un dovere della stazione appaltante di permettere al concorrente di completare un documento o una dichiarazione irregolare ma pur sempre esistente, sia in omaggio al principio della massima partecipazione alla gara che della par condicio fra i concorrenti.

Per il disposto del comma 1-bis³ della norma, infatti, che disciplina il principio della cosiddetta tassatività delle cause di esclusione, la stazione appaltante può escludere i candidati o i concorrenti solo in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dalla legge ed in particolare dal codice degli appalti pubblici e dal regolamento di esecuzione e di attuazione del medesimo, nonché nei casi di offerta dal contenuto o dalla provenienza incerti o non sottoscritta o carente di altri elementi essenziali, ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o di altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. È prevista, in ogni caso, la nullità delle eventuali ulteriori prescrizioni a pena di esclusione contenute nei bandi o nelle lettere d'invito.

2 L'art. 46, primo comma, del D.Lgs. n. 163/2006, così recita: "Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati".

3 Così come introdotto dall'art. 4, secondo comma, lett. d), n. 2), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 1, e che così recita: "la stazione appaltante può escludere i candidati o i concorrenti solo in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice degli appalti pubblici, dal regolamento di esecuzione e di attuazione del medesimo o da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali della stessa, ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. I bandi e le lettere di invito non possono, invero, contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, prescrizioni che sarebbero, comunque, nulle".

Peraltro, ai sensi del comma 1-ter⁴, le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2-bis⁵, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara.

Tale comma 2-bis, così recita: "La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al secondo comma, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte".

Dalle modifiche operate quest'estate dal legislatore sembra, dunque, potersi evincere non solo che il soccorso istruttorio diventa un istituto di generalizzata applicazione, anche nelle ipotesi di assoluta mancata produzione delle dichiarazioni essenziali, ma addirittura che lo stesso diventa inutile e non esercitabile da parte della stazione appaltante se le dichiarazioni non sono essenziali. Determinante diventerà, a questo punto, conoscere l'esatto significato di "essenzialità" delle dichiarazioni, visto che al concetto di dichiarazione essenziale è connesso l'esborso di ingenti somme di denaro da parte dei concorrenti nel caso di mancata produzione della stessa e, di converso, i medesimi non sono onerati neppure della regolarizzazione della dichiarazione che non sia essenziale.

Sul concetto il legislatore non ha fornito, però, alcun lume. Tutto è lasciato, dunque, all'interpretazione della stazione appaltante e degli operatori economici (portatori, ovviamente, di interessi contrastanti). Ne scaturiranno, quindi, altri innumerevoli contenziosi, e non si saprà neanche a quale giudice rivolgersi per dirimerli, sussistendo, sul punto, notevoli dubbi di giurisdizione, trattandosi di questioni che involgono la corresponsione o meno di sanzioni pecuniarie nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica.

4 Aggiunto dall'art. 39, secondo comma, del D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114.

5 A sua volta introdotto dall'art. 39, secondo comma, del succitato D.L. 90/2014.

I problemi sono, quindi, enormi.

Un ausilio potrà, forse derivare dall'attuazione nel nostro ordinamento delle direttive n. 2014/24/UE sugli appalti pubblici, n. 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e n. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

Come osservato dall'Autorità di Vigilanza dei contratti pubblici (ora Anac) nell'atto di segnalazione al Governo n. 3 del 21 maggio 2014 prodotto ai sensi dell'art. 6, settimo comma, lett. *f*), del D.Lgs. n. 163/2006, l'impianto complessivo delle nuove direttive, riconoscendo un ruolo centrale alle scelte delle amministrazioni aggiudicatrici, costituisce un approccio alla disciplina degli appalti e delle concessioni di tipo sostanzialmente diverso dal contesto normativo italiano, improntato, invece, come visto, ad una regolamentazione molto puntuale per limitare la discrezionalità delle stazioni appaltanti in considerazione del pur condivisibile obiettivo di prevenire fenomeni di corruzione o di infiltrazioni criminali. Il recepimento delle direttive potrà, quindi, costituire un'importante occasione per modificare l'attuale quadro normativo esistente in Italia in tema di appalti e concessioni pubblici.

Nell'ottica della semplificazione e dello snellimento delle procedure di aggiudicazione contribuirà anche l'Anac in considerazione delle prescrizioni di cui all'art. 83, par. 4 della direttiva Appalti, secondo cui gli Stati Membri sono tenuti a provvedere: "*a*) che siano disponibili gratuitamente orientamenti e informazioni per l'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'Unione sugli appalti pubblici, al fine di assistere le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici, in particolare le PMI, nella corretta applicazione della normativa dell'Unione in materia, e *b*) che sia disponibile il sostegno alle amministrazioni aggiudicatrici per quanto riguarda la pianificazione e la conduzione delle procedure d'appalto".

All'Anac potrebbe, dunque, essere attribuito uno specifico potere di regolazione del mercato dei contratti pubblici, attraverso atti interpretativi delle norme esistenti.

Degni di nota, inoltre, alcuni importanti nuovi istituti, nonché la revisione di altri già esistenti. Innanzitutto, l'utilizzazione di mezzi elettronici costituisce la regola, cui fanno eccezione i casi specificamente disciplinati, atteso che il sistema delle comunicazioni elettroniche è tendenzialmente basato sulla massima semplificazione, immediatezza, sicurezza e standardizzazione dei processi comunicativo-informativi, anche in relazione alla presentazione delle offerte e delle domande di partecipazione alla gara.

La Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP) acquista una notevole rilevanza strategica anche nell'ambito europeo, agevolando lo scambio di certificati e altri documenti probatori, spesso richiesti dalle amministrazioni aggiudicatrici dei diversi Stati membri.

Strettamente connesso alla BDNCP è il documento di gara unico europeo

(DGUE), strumento che comporta una notevole semplificazione a vantaggio sia delle amministrazioni aggiudicatrici che degli operatori, anche in termini di minori oneri economici, fornito esclusivamente in forma elettronica. Ai sensi dell'art. 59, quinto comma, della direttiva appalti, infatti: "In deroga al paragrafo 4, agli operatori economici non è richiesto di presentare documenti complementari o altre prove documentali qualora e sempre che l'amministrazione aggiudicatrice abbia la possibilità di ottenere i certificati e le informazioni pertinenti direttamente accedendo a una banca dati nazionale che sia disponibile gratuitamente in un qualunque Stato membro, come un registro nazionale degli appalti, un fascicolo d'impresa virtuale (*Virtual Company Dossier*), un sistema elettronico di archiviazione dei documenti o un sistema di preselezione".

Le consultazioni preliminari di mercato costituiscono, inoltre, una modalità per rendere la procedura più flessibile, essendo anche espressamente prevista la possibilità di richiedere consulenze ad esperti e ad autorità indipendenti, anche ai fini della riduzione del contenzioso in fase di gara, spesso causato dalla carenza di adeguate conoscenze per una corretta impostazione e definizione della *lex specialis* da parte delle stazioni appaltanti.

La disciplina del soccorso istruttorio assume, invece, un ruolo centrale nell'ambito del quadro complessivo della definizione di procedure meno rigide con effetto deflattivo anche sul contenzioso, laddove consente alle amministrazioni aggiudicatrici, salvo disposizione contraria del diritto nazionale attuativa della direttiva (che ci si augura il legislatore italiano non adotti), di richiedere agli operatori economici interessati di chiarire e completare le informazioni o la documentazione presentata o di produrre o integrare documenti mancanti, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza.

Ancora a fini di semplificazione merita particolare attenzione la disposizione secondo cui, nelle 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. Peraltro, gli Stati membri possono escludere tale procedura per determinati tipi di appalti o limitarne l'uso a circostanze specifiche. Nell'ordinamento italiano, ad esempio, la verifica dei requisiti generali (*ex art. 38 del Codice*) è sempre avvenuta sui concorrenti o mediante campionatura o sulla totalità degli stessi e non sull'aggiudicatario, fungendo da deterrente al rispetto di norme a presidio della tutela di interessi che l'ordinamento considera irrinunciabili (si pensi alla regolarità contributiva e fiscale) e che prescindono dalla specifica gara.

Il legislatore comunitario incoraggia le stazioni appaltanti a scegliere criteri di aggiudicazione che consentano loro di ottenere lavori, forniture e servizi di alta qualità che rispondano al meglio alle loro necessità. Ruolo centrale è attribuito, dunque, al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, denominato criterio del "miglior rapporto qualità/prezzo", che diviene il cri-

terio generale di aggiudicazione dell'appalto. Il criterio del massimo ribasso non è abolito formalmente, ma il suo utilizzo risulta notevolmente ridimensionato. In fase di recepimento, dovrà tenersene conto, così come dei rischi insiti nella completa abolizione del criterio del prezzo più basso (trattandosi di disposizione a recepimento facoltativo). Se è vero, infatti, che quest'ultimo favorisce eventuali accordi collusivi tra operatori nella singola gara, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa può assicurare il buon esito di accordi illeciti tra operatori e stazioni appaltanti.

Importanza fondamentale è attribuita ai partenariati per l'innovazione, il cui scopo è sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi. Le direttive incoraggiano, inoltre, le amministrazioni aggiudicatrici a consentire ed esigere varianti, in sede di offerta, con la sola condizione che le stazioni appaltanti menzionino nei documenti di gara i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità specifiche per la loro presentazione. Si tratta, quindi, per le amministrazioni aggiudicatrici, di una libera e piena facoltà di scelta di utilizzare i citati istituti.

Per facilitare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e per rafforzare la concorrenza, entrambe le direttive appalti prevedono che le amministrazioni aggiudicatrici siano incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti, essendo obbligate a fornire una motivazione della decisione della mancata suddivisione. Agli stati membri è riconosciuta la facoltà di rendere obbligatoria la suddivisione in lotti in determinate condizioni, oltre che la facoltà di creare meccanismi per il pagamento diretto ai subappaltatori. Nell'ordinamento italiano esistono già tali previsioni, anche se non disciplinate così chiaramente.

Al *favor* espresso nei confronti delle PMI è connessa anche la disciplina dei requisiti di fatturato.

Sebbene le amministrazioni aggiudicatrici possano esigere che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo, purché proporzionato rispetto all'oggetto dell'appalto, il requisito non deve superare il doppio del valore stimato dell'appalto. Viene, dunque, codificato a livello europeo un orientamento che risulta già consolidato nella nostra giurisprudenza e, in ogni caso, come già previsto nel nostro ordinamento, l'essenzialità del fatturato minimo deve essere corredata da motivazione espressa nei documenti di gara.

In vista di un'adeguata integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e del lavoro nelle procedure di appalto pubblico, le direttive considerano particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia, come ad esempio il ricorso a criteri di aggiudicazione o a condizioni di esecuzione, riguardanti lavori, forniture o servizi oggetto dell'appalto pubblico che consentano di realizzare una migliore integrazione delle considerazioni sociali, del lavoro ed ambientali nelle procedure di appalto.

Particolare attenzione è, poi, dedicata all'aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici, che consente di ottenere economie di scala attraverso prezzi e costi delle transazioni più bassi, nonché un miglioramento e una maggior professionalità nella gestione degli appalti. Nonostante l'amplificazione dei vantaggi in termini di efficacia e di efficienza della commessa pubblica, l'eccessiva concentrazione del potere d'acquisto implica un forte rischio di collusione e di riduzione della concorrenza proprio a scapito delle PMI, soprattutto in relazione ai più consistenti requisiti di gara, che risentono dei maggiori volumi di spesa che l'aggregazione determina, nonché ai maggiori importi della garanzia a corredo dell'offerta che inevitabilmente ne derivano.

In proposito, in fase di recepimento potrebbe essere attribuito all'Anac uno speciale potere di "vigilanza preventiva" sulle gare bandite dalle centrali di committenza.

La direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione supera la distinzione tra concessione di lavori, in precedenza disciplinata dalla direttiva 2004/18/CE e nell'ordinamento italiano dal Codice dei contratti pubblici, da quella di servizi, sottoposta solo ai principi espressi nel Trattato (uguaglianza e non discriminazione, trasparenza e obbligo di pubblicità, mutuo riconoscimento, proporzionalità), ai sensi dell'art. 30 dello stesso codice.

Come già osservato dalla Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario del 2000, nonostante la diversità di oggetto, che nelle concessioni di lavori è costituito principalmente dalla realizzazione di opere, mentre la gestione dei servizi alle stesse connessi è comune ad entrambe, esiste una omogeneità di caratteristiche tra le due tipologie di concessione.

Tale omogeneità giustifica una disciplina comune, anche in omaggio al principio di certezza del diritto, facendo sì che tutte le concessioni vengano assoggettate ai principi delineati dalla direttiva e che dovranno essere puntualmente recepiti negli ordinamenti interni dei singoli stati, con il risultato di una disciplina omogenea dell'istituto concessorio, anche al fine di eliminare le incertezze e attrarre i capitali privati negli investimenti pubblici. Si pensi, in particolare, ai requisiti di pubblicità e trasparenza, ai criteri di selezione e di aggiudicazione, per arrivare ad una convergenza delle legislazioni degli stati membri e alla parità di condizioni per tutti gli operatori economici, quale reale incentivo alla cooperazione tra settore pubblico e settore privato (partenariato pubblico privato, PPP). Inoltre, l'insufficienza della tutela giuridica degli offerenti ha sempre costituito un elemento di ostacolo al mercato delle concessioni, atteso che alle concessioni di servizi e, in certa misura, alle concessioni di lavori, non si applicavano le norme relative ai mezzi di ricorso previste per il settore degli appalti pubblici e individuate dalla direttiva ricorsi.

Dalla nuova direttiva viene, dunque, prevista l'estensione alle concessioni delle vigenti disposizioni in materia di procedure di ricorso valevoli per gli appalti nei settori ordinari e speciali.

I punti su cui si sofferma la direttiva consistono, principalmente:

- 1) nella possibilità di trovare una pluralità di soggetti sia dal lato della domanda pubblica, ammettendo l'accorpamento delle amministrazioni per soddisfare bacini più ampi di utenza, che dal lato dell'offerta, ribadendo l'ammissibilità dell'affidamento della concessione a raggruppamenti di imprese, soprattutto nel caso di operazioni complesse;
- 2) nella puntualizzazione del contenuto necessario del contratto di concessione: il rischio operativo, che ha natura economica ed implica la possibilità che non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La direttiva precisa, dunque, il valore potenziale della perdita economica associata al rischio operativo, mentre fino ad ora l'indeterminatezza di tale valore aveva consentito l'elusione delle prescrizioni comunitarie, ad esempio quando il canone da corrispondere dall'amministrazione al concessionario non poteva essere decurtato al di sotto dei minimi garantiti, valore che di solito coincideva con la rata che il concessionario doveva restituire per il debito contratto con la banca, o quando le penali a carico del concessionario erano limitate solo al massimo all'utile dallo stesso percepito.

La componente del rischio di domanda è legata al mercato e consiste nella possibilità di un calo di domanda, ad esempio per una contrazione di consumi; la componente del rischio di disponibilità è legata, invece, alla capacità dell'offerta del concessionario, che viene meno rispetto a quanto stabilito nel contratto, determinando il pagamento di penali a suo carico nel caso in cui lo standard di qualità e di volume dei servizi venga meno rispetto a quello predeterminato. Questo, soprattutto nelle opere tiepide, dove, cioè, l'amministrazione paga un canone prefissato a cadenza periodica al concessionario a fronte dell'elargizione di un servizio pubblico (ad esempio nell'ipotesi di costruzione e gestione di ospedali in global service).

Sembra, però, che il rischio operativo (previsto dalla direttiva "in condizioni operative normali") non contempli il rischio finanziario sistemico, cioè quello che riguarda il mercato nel suo complesso e non i singoli comparti, a fronte del quale il concessionario è esonerato dall'assunzione del rischio corrispondente per forza maggiore, perché non prevedibile;

- 3) nella determinazione del valore della concessione, costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le eventuali forniture accessorie;
- 4) nella limitazione della durata delle concessioni, che mira al frazionamento temporale delle stesse per sottrarle al monopolio del concessionario originario ed aprirle alla concorrenza, per ottenere condizioni più favorevoli sia per

l'amministrazione che per gli utenti. Se la durata non consente il recupero degli investimenti, è previsto che sia riconosciuto al concessionario un valore residuo finale per mantenere la sinallagmaticità del contratto, ma questo valore non può mai elidere il rischio operativo;

- 5) nella possibilità di effettuare procedure negoziate per l'affidamento della concessione, a condizione che non vengano modificati l'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi;
- 6) nella particolare attenzione dedicata, come nelle direttive appalti, alle esigenze ambientali, sociali e del lavoro nell'aggiudicazione e nell'esecuzione dei contratti.

Per le concessioni, la fase dell'esecuzione contrattuale può essere foriera di problematiche correlate alla durata nel tempo dell'affidamento ed alla possibilità della sopravvenienza di condizioni diverse ed inaspettate che determinano l'esigenza di una revisione delle clausole contrattuali, per garantire l'equilibrio economico-finanziario della gestione. Il legislatore europeo ha ritenuto, dunque, di dover dettare alcune disposizioni proprio con riferimento alla fase dell'esecuzione, applicabili sia ai lavori e che ai servizi.

Alcune soluzioni alle problematiche in tema di appalti pubblici e concessioni potranno, dunque, derivare proprio dall'attuazione delle direttive appena esaminate, prevista entro l'aprile del 2016, ma alla quale il nostro legislatore sta già lavorando.

Il disegno di legge delega al Governo, approvato dal Consiglio dei Ministri su proposta del Presidente e del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti il 29 agosto scorso, prevede, infatti, il recepimento delle succitate direttive mediante l'adozione di un nuovo impianto normativo denominato "Codice dei contratti e delle concessioni pubblici", volto anche a garantire l'effettivo coordinamento con le ulteriori disposizioni normative in vigore nel settore, nel rispetto del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea.

Come emerge dalla relazione illustrativa che correda il testo, il recepimento dovrà, invero, avvenire nell'ambito di un sistema più ampio e variegato in materia di contratti pubblici, tenendo conto anche dell'elaborazione legislativa e giurisprudenziale che ha caratterizzato il procedimento ad evidenza pubblica nel nostro ordinamento e determinerà l'abrogazione del D.Lgs. n. 163/2006, pur prevedendo un regime transitorio.

La legge delega individua i principi e i criteri ai quali il Governo dovrà attenersi per l'elaborazione della suddetta disciplina normativa, essenzialmente diretti a perseguire i seguenti obiettivi:

- divieto di introduzione e mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie, atteso che, come recita l'art. 32, primo comma, lett. c), legge 24 dicembre 2012, n. 234: "gli atti di recepi-

mento di direttive dell'Unione europea non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, ai sensi dell'articolo 14, commi 24-bis, 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246"; compilazione di un unico testo normativo denominato "Codice dei contratti e delle concessioni pubbliche", volto anche a garantire l'effettivo coordinamento con le ulteriori disposizioni normative in vigore nelle medesime materie, nel rispetto del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea;

- razionalizzazione del quadro normativo in materia di appalti e delle concessioni pubbliche;
- semplificazione e armonizzazione delle disposizioni in materia di affidamento degli appalti e delle concessioni, attraverso anche la promozione di soluzioni innovative in materia di insediamenti nazionali produttivi strategici e in materia di rispetto dei vincoli idrogeologici;
- trasparenza e pubblicità delle procedure di gara;
- riduzione degli oneri documentali a carico dei soggetti partecipanti e semplificazione delle procedure di verifica da parte delle stazioni appaltanti;
- riduzione delle stazioni appaltanti e razionalizzazione delle loro attività;
- razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico privato;
- revisione del sistema di qualificazione degli operatori economici in base a criteri di omogeneità e trasparenza;
- razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto;
- miglioramento delle condizioni di accesso al mercato per le piccole e medie imprese e per le imprese di nuova costituzione;
- previsione di una disciplina organica della materia delle concessioni pubbliche e individuazione, in tema di procedure di affidamento, di modalità volte a garantire i livelli minimi di concorrenzialità, trasparenza e parità di trattamento richiesti dalla normativa europea;
- definizione di un quadro regolatorio volto a rendere trasparente la partecipazione dei portatori qualificati di interessi nell'ambito dei processi decisionali finalizzati all'aggiudicazione di appalti e concessioni pubbliche.

Come precisato sempre nella relazione illustrativa, in considerazione della rilevanza della materia trattata, è espressamente previsto che, preliminarmente alla redazione dello schema di decreto legislativo, vengano effettuate, con il coordinamento della Presidenza del Consiglio e del Ministero delle infrastrutture e i trasporti, le consultazioni delle principali categorie di soggetti pubblici e privati destinatari diretti e indiretti della nuova normativa, che entro un anno dalla sua entrata in vigore potrà essere corretta e integrata mediante l'emanazione di ulteriori disposizioni normative.

Non ci resta, quindi, che restare fiduciosi, augurando al legislatore buon lavoro!

RIASSUNTO

Il tema delle problematiche connesse alla legislazione vigente in tema di procedure ad evidenza pubblica costituisce un argomento molto dibattuto, in considerazione dell'esistenza di un impianto legislativo molto farraginoso, determinato dall'esigenza di porre un limite alla discrezionalità delle stazioni appaltanti per il grave pericolo costituito dall'aumento della corruzione e dall'ingerenza della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici.

Tale complicazione determina, però, difficoltà di interpretazione, sia da parte degli operatori economici che delle stazioni appaltanti, con conseguenti comportamenti dei suddetti soggetti difforni dalle regole che vigono in tema di evidenza pubblica.

Esempi di tali problematiche è rappresentato dai numerosi contenziosi che si sono susseguiti in tema di requisiti di ordine generale richiesti per la partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica o del requisito di partecipazione concernente la regolarità contributiva previdenziale e assistenziale.

Tale formalismo è anche causa di un'inefficienza del sistema, che determina indubbe ripercussioni pure sull'economia nazionale.

Si è cercato, quindi, di porre rimedio a questi effetti mediante modifiche legislative che non brillano, a loro volta, per chiarezza e sinteticità e che hanno sovente determinato ancora più confusione e sforzi ermeneutici, come nel caso della norma che disciplina il dovere di soccorso e il principio di tassatività delle cause di esclusione. Un ausilio potrà, forse derivare dall'attuazione nel nostro ordinamento delle nuove direttive sugli appalti pubblici emesse nella primavera del 2014, che, riconoscendo un ruolo centrale alle scelte discrezionali delle amministrazioni aggiudicatrici e mettendo in atto un approccio alla disciplina degli appalti e delle concessioni di tipo sostanzialmente diverso dal contesto normativo italiano, potranno costituire un'importante occasione per modificare l'attuale quadro normativo esistente in Italia sul tema.

SUMMARY

The subject of the problems associated with current legislation with respect to public procedures is a much debated topic, given the existence of a very cumbersome legislative system, determined by the need to put a limit on the discretion of contracting authorities because of the grave danger posed by increased corruption and interference of organized crime in the public procurement sector.

However, this complication leads to difficulties in interpretation, both by economic operators and contracting authorities, resulting in behavior of the above-mentioned parties which is not in line with the effective regulations with regard to public procedure.

Examples of such problems are represented by the numerous disputes that have occurred with respect to general requirements required for participation in the public procurement procedure or for participation requirements concerning regular pension and social security contributions.

This formalism is also due to inefficiency of the system, which undoubtedly determines repercussions on the national economy as well.

Therefore, attempts have been made to remedy these effects through legislative changes that do not provide clarity and brevity themselves and have often created even more confusion in interpretive efforts, as in the case of the rule governing the duty to provide assistance and the principle of obligatory nature for developing the grounds for exclusion.

An aid might result from our legislature of new public procurement directives issued in the spring of 2014, which, while recognizing the current discretion of the contracting authorities and implementing an approach to regulate contracts and concessions which are substantially different from the Italian legal framework. This will be an important opportunity to amend the current regulatory framework existing on the subject in Italy.