



## **Rivista di diritto amministrativo**

Publicata in internet all'indirizzo [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com)

### **Diretta da**

Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,  
Mauro Orefice e Domenico Mutino

### **Direttore Responsabile**

Marco Cardilli

### **Coordinamento**

Valerio Sarcone

# FASCICOLO N. 3-4/2014

## estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

eurilink

## Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Liccardo Gaetano, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Nobile Riccardo, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

## Comitato editoriale

Laura Albano, Sonia Albertosi, Federica Angeli, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Federico Dinelli, Francesca Romana Feleppa, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Giuliano Gruner, Laura Lamberti, Laura Letizia, Roberto Marotti, Masimo Pellingra, Benedetto Ponti, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terraciano, Manuela Veronelli, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

# Le nuove direttive in materia di appalti, concessioni e settori speciali

di Donatella Del Vescovo

## Sommario

---

1. Introduzione. 2. Prime valutazioni sulla nuova normativa. 3. Le soglie e l'ambito di applicazione. 4. Le innovazioni apportate dalle direttive sugli appalti pubblici. 5. Le nuove concessioni di servizi. 6. Punti critici del sistema.

---

1. Il 28 marzo del 2014 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea<sup>1</sup> il nuovo pacchetto legislativo in materia di appalti pubblici, concessioni e c.d. settori speciali.

Il settore degli appalti pubblici sopra soglia comunitaria sarà quindi regolato dalle nuove direttive 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori c.d. ordinari, che abroga la direttiva 2004/18/EC, e dalla direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (settori c.d. speciali), che abroga la direttiva 2004/17/EC. La pubblicazione della direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione rappresenta, invece, un'assoluta novità nel panorama normativo comunitario. Per la prima volta infatti l'Unione europea stabilisce norme comuni in materia di contratti di concessione introducendo nuovi criteri di aggiudicazione che pongono maggior-

mente l'accento su considerazioni ambientali, aspetti sociali e innovazione.

I provvedimenti sono entrati in vigore il 17 aprile 2014 e a partire da tale data, gli Stati membri avranno 24 mesi per trasporre le disposizioni delle nuove norme nel diritto nazionale. Si prospetta in tal modo un deciso rinnovo del Codice dei contratti Pubblici Contratti pubblici (decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163<sup>2</sup>) e del Regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice (D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207<sup>3</sup>).

2. Una prima valutazione della revisione della disciplina degli appalti dipinge un quadro incoraggiante per le piccole e medie imprese (PMI). Il settore degli appalti da sempre risente degli eccessivi adempimenti burocratici a carico degli operatori economici e le ulteriori misure intro-

---

<sup>1</sup> In GUUE, L 94, del 28 marzo 2014.

<sup>2</sup> GU, n. 100, del 2 maggio 2006 - Supplemento Ordinario n. 107.

<sup>3</sup> GU, n. 288, del 10-12-2010 - Supplemento Ordinario n. 270.

dotte dal D.L. 83/2012<sup>4</sup> (cd. Decreto Crescita), hanno ostacolato ulteriormente la conclusione dei contratti<sup>5</sup>. I principali obiettivi della nuova disciplina infatti risultano mirati alla semplificazione delle procedure di appalto, all'uso strategico degli appalti pubblici rispetto alla tutela dell'ambiente, all'efficienza energetica e alla promozione dell'innovazione, nonché al miglioramento delle condizioni di accesso delle PMI al mercato degli appalti pubblici e alla riduzione degli oneri in capo alle imprese che partecipano alle gare d'appalto.

<sup>4</sup> Decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, recante misure urgenti per la crescita del Paese, in GU, n.147 del 26 giugno 2012, Supplemento Ordinario n. 129, entrato in vigore il 26 giugno 2012.

<sup>5</sup> L'articolo 13-ter del predetto decreto aveva, infatti, modificato la disciplina in materia di responsabilità nell'ambito dei contratti di appalto e subappalto, sostituendo il comma 28 dell'art. 35 del D.L. n. 223/2006 e introducendo i nuovi commi 28-bis e 28-ter che riguardavano la responsabilità dell'appaltatore e del committente ed il profilo oggettivo e soggettivo della nuova disciplina, generando non pochi dubbi e criticità tra gli operatori del settore. A questa situazione già complessa, si aggiungono gli effetti delle novità introdotte dai recenti provvedimenti legislativi intervenuti in materia. Da un lato, l'art. 50 del c.d. Decreto Fare (decreto legge n. 69/2013, entrato in vigore il 22 giugno 2013) modificando il predetto art. 35, comma 28, del D.L. n. 223/2006, - come modificato dal decreto-legge n. 83/2012 - ha semplificato il regime della solidarietà fiscale con la cancellazione della responsabilità per quanto riguarda l'IVA dovuta dal subappaltatore in relazione alle prestazioni effettuate nell'ambito del contratto di subappalto, limitando, così, l'applicazione della previsione legislativa della responsabilità solidale dell'appaltatore per il versamento all'erario delle sole ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente. Dall'altro, il D.L. 76/2013 (c.d. Decreto Lavoro) ha esteso il regime solidaristico agli obblighi di natura retributiva, previdenziale e assicurativa assunti nei confronti dei lavoratori autonomi. La responsabilità solidale negli appalti permane, dunque, e con essa le numerose difficoltà applicative per operatori economici e stazioni appaltanti, nonostante i tentativi di chiarimenti e semplificazione degli adempimenti forniti in materia dall'Amministrazione Finanziaria (C.M. 40/E del 2012 e C.M. 2/E del 2013).

Di notevole importanza, la previsione di un regime speciale per i servizi sociali; il calcolo del costo del ciclo di vita dei prodotti e servizi oggetto dell'appalto ai fini della sua aggiudicazione; le modifiche dell'appalto in corso di esecuzione e l'uso strategico degli appalti, con maggiore attenzione ai vincoli sociali ed ambientali.

L'enfasi è posta sulla qualità, innovazione tecnologica e qualificazione che identificheranno sempre più il mondo delle gare pubbliche.

Importante inoltre è stata la previsione dell'obbligo dell'uso dei mezzi elettronici attraverso la graduale obbligatorietà dell'appalto *on line*.

Ciò che si apprezza del quadro normativo in oggetto dunque è una maggiore flessibilità in quanto la possibilità del miglior rapporto qualità-prezzo renderà gli appalti pubblici più efficienti e più strategici, nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenzialità, a beneficio sia degli acquirenti pubblici, che degli operatori economici.

Per quanto riguarda le concessioni, si è cercato per la prima volta di assicurare una sorta di certezza nel settore delle procedure di aggiudicazione, eliminando tutti quegli ostacoli che impediscono agli operatori economici di accedere ai mercati delle concessioni e inducendo le amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori a ricorrere maggiormente a tali strumenti per perseguire i propri fini. Il mercato delle concessioni, infatti, è sempre stato ostacolato dalle significative differenze esistenti tra le diverse discipline nazionali, con particolare riferimento alle norme procedurali, ai requisiti di pubblicità e trasparenza, e ai criteri di selezione e di aggiudicazione che producono condizioni di disparità per gli operatori economici. Inoltre si è riscontrata più volte in passato un insufficiente tutela giuridica degli offerenti, poiché le vigenti norme concernenti i mezzi di ricorso nel settore degli appalti pubblici non si applicano

alle concessioni di servizi. Per questo si è sentita l'esigenza di normare, per la prima volta in modo unitario, a livello europeo, la materia delle concessioni pubbliche.

3. Andando ad esaminare le nuove soglie la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, stabilisce norme applicabili alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione indette da amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori il cui valore stimato non è inferiore a 5.186.000 euro<sup>6</sup>. Il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi<sup>7</sup>. Nell'ipotesi in cui il valore della concessione al momento dell'aggiudicazione sia superiore del 20% rispetto al valore stimato, la stima valida da prendere a riferimento sarà il valore della concessione al momento dell'aggiudicazione.

La direttiva 2014/23/UE, composta da 55 articoli e allegati, riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso a tutti gli operatori economici e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Tali disposizioni non si applicano ai servizi di trasporto aereo e, in generale, ai servizi pubblici di tra-

sporto passeggeri; alle concessioni di servizi per l'acquisto o la locazione di beni immobili, mentre, si applicano alle attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, mediante autobus, sistemi automatici o cavo.

La direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori c.d. ordinari, invece, composta da 94 articoli e allegati, stabilisce norme sulle procedure per gli appalti di progettazione indetti da amministrazioni aggiudicatrici, il cui valore è stimato come non inferiore 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<sup>8</sup>. Le disposizioni della direttiva non si applicano ad appalti aventi per oggetto l'acquisto o la locazione di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni, e ai servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana.

Infine la direttiva 2014/25/UE sulle procedure

<sup>6</sup> Art. 8, direttiva 2014/23/UE.

<sup>7</sup> Art. 8, par.2, direttiva 2014/23/UE.

<sup>8</sup> Art. 4, direttiva 2014/24/UE.

d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, composta da 110 articoli e allegati, stabilisce norme sulle procedure per gli appalti indetti da enti aggiudicatori per quanto riguarda appalti e concorsi di progettazione il cui valore è stimato come non inferiore a: a) 414.000 euro per gli appalti di forniture e di servizi nonché per i concorsi di progettazione; b) 5.186.000 euro per gli appalti di lavori; c) 1.000.000 euro per i contratti di servizi per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato XVII<sup>9</sup>. In riferimento ai servizi di trasporto, la direttiva si applica alle attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, mediante autobus, sistemi automatici o cavo. Nei servizi di trasporto, si considera che una rete esiste se il servizio viene fornito alle condizioni operative stabilite dalla competente autorità di uno Stato membro, quali le condizioni relative alle tratte da servire, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio.

La direttiva si applica, anche, alle attività relative allo sfruttamento di un'area geografica per la messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto ai vettori aerei, marittimi e fluviali.

4. Tra le novità del nuovo pacchetto di norme, un forte accento è posto sulla semplificazione: grazie a un "documento di gara unico europeo" (DGUE) standard<sup>10</sup>, basato

<sup>9</sup> Art. 15, direttiva 2014/25/UE.

<sup>10</sup> Art. 59, direttiva 2014/24/UE. Al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le amministrazioni aggiudicatrici accettano il 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 determinate condizioni.

sull'autocertificazione, la procedura è destinata a diventare più semplice per le imprese.

Il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica. Questo comporta una notevole semplificazione a vantaggio sia delle amministrazioni aggiudicatrici che degli operatori economici in quanto solo il vincitore sarà tenuto a fornire la documentazione originale (certificati e attestati)<sup>11</sup>.

L'amministrazione aggiudicatrice in base al paragrafo 4, dell'art. 59 (direttiva 2014/24/UE) 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. In deroga al ciò, 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<sup>12</sup>), un sistema elettronico di archiviazione dei documenti o un sistema di preselezione<sup>13</sup>. La nuova normativa prevede anche l'istituzione di meccanismi per meglio bilanciare le richieste di controllo pubblico con quelle di politiche orizzontali, come la tutela ambientale, l'innovazione e l'integrazione delle persone in difficoltà.

Altro rilevante aspetto, legato all'obiettivo di riduzione dei tempi di gara, riguarda la riduzione dei tempi minimi per la presentazione delle offerte da parte delle imprese. Con le nuove norme i termini minimi per presentare le offerte si sono accorciati. Il tutto con una ri-

<sup>11</sup> Art. 59, par. 4, 2 comma, direttiva 2014/24/UE.

<sup>12</sup> <http://www.peppol.eu/>.

<sup>13</sup> Art. 59, par. 5, direttiva 2014/24/UE.

duzione di oltre l'80% dell'onere amministrativo per le imprese.

Nel caso di procedura aperta, infatti, l'articolo 27 della direttiva 2014/24/UE e l'articolo 45, della direttiva 2014/25/UE, sanciscono che il termine minimo per la ricezione delle offerte è di trentacinque giorni dalla data di trasmissione del bando di gara. Prima il tempo minimo per la presentazione delle offerte era di 52 giorni.

Invece, nel caso in cui le amministrazioni aggiudicatrici abbiano pubblicato un avviso di preinformazione che non sia stato usato come mezzo di indizione di una gara, il termine minimo per la ricezione delle offerte può essere ridotto a quindici giorni. Tuttavia, affinché possa attuarsi tale ulteriore riduzione devono essere rispettate determinate condizioni, quali l'avviso di preinformazione che deve contenere tutte le informazioni richieste per il bando di gara, sempre che queste siano disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso stesso, e il fatto che l'avviso in questione deve essere stato inviato alla pubblicazione non meno di trentacinque giorni e non oltre dodici mesi prima della data di trasmissione del bando di gara.

In caso di procedura ristretta invece l'articolo 28, della direttiva 2014/24/UE e l'articolo 46, della direttiva 2014/25/UE dispongono che il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara. Il termine precedentemente fissato per l'invio delle domande di partecipazione era di 37 giorni. Inoltre il termine per l'invio delle offerte, dopo la prequalifica, è passato da 40 a 30 giorni, negli appalti ordinari.

Per i settori speciali invece, l'articolo 46, paragrafo 2 dispone che in assenza di un accordo sul termine per la ricezione delle offerte, il termine non può essere inferiore a dieci giorni dalla data di invio dell'invito a presentare offerte.

Per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione, altra novità risulta essere un migliore rapporto

qualità-prezzo. Grazie al nuovo parametro di "offerta economicamente più vantaggiosa"<sup>14</sup> nella procedura di aggiudicazione, le autorità pubbliche saranno in grado di mettere più enfasi su qualità, considerazioni ambientali, aspetti sociali o innovazione, pur tenendo conto del prezzo e dei costi del ciclo di vita dei prodotti o dei servizi. L'offerta economicamente più vantaggiosa infatti è individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita, 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 in questione. I costi considerati al fine dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa comprendono i costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti, quali i costi relativi all'acquisizione o all'utilizzo, quali consumo di energia e altre risorse, o i costi di manutenzione o quelli di raccolta e di riciclaggio oppure i costi imputati a esternalità ambientali legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita, a condizione che il loro valore monetario possa essere determinato e verificato; tali costi possono includere i costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici.

Dunque l'assegnazione della gara alla migliore proposta dal punto di vista del rapporto qualità/prezzo diventa il criterio principale. Tant'è che l'articolo 67, della direttiva 2014/24/UE e l'articolo 82, della direttiva 2014/25/UE, stabiliscono che l'elemento relativo al costo diventa un elemento su cui gli operatori economici potranno competere in base a criteri qualitativi. Anzi, al fine di non creare confusione con il cri-

---

<sup>14</sup> Art. 82, direttiva 2014/25/UE, art 67, direttiva 2014/24/UE.

terio di aggiudicazione usato nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, la nuova normativa invita il Legislatore nazionale ad usare “un termine diverso per tradurre tale concetto di miglior rapporto qualità/prezzo”. Ciò posto e considerando, altresì, che resta nella facoltà dello Stato nazionale continuare a prevedere forme di aggiudicazione basata solo sul prezzo<sup>15</sup>, si richiama l’attenzione sul fatto che **entrambi i sistemi di aggiudicazione nella nuova direttiva saranno mantenuti** anche se, fermo restando che vi sono tipologie di appalto che per loro intrinseca natura non si prestano a un criterio di selezione complesso come l’offerta economicamente più vantaggiosa, una scelta basata maggiormente sulla “qualità e progettualità” dell’offerta dovrebbe essere preferita laddove la natura dell’appalto lo consenta.

Al fine di facilitare la comunicazione e garantire l’accesso alle informazioni, le nuove norme prevedono inoltre l’obbligo di trasmissione dei bandi e avvisi di gara per via elettronica e l’obbligo di rendere disponibili in forma telematica i documenti di gara, imponendo il passaggio ad una comunicazione integralmente elettronica per tutte le procedure di appalto<sup>16</sup>.

Gli appalti elettronici, promettono importanti risparmi e miglioramento dei risultati delle procedure, riducendo contemporaneamente sprechi ed errori<sup>17</sup>. Prevedono una modernizzazione delle procedure, attraverso l’abbreviazione di termini o la distinzione tra criteri di sele-

zione degli offerenti e di aggiudicazione dell’appalto.

In deroga a quanto previsto tuttavia, le amministrazioni aggiudicatrici non sono obbligate a richiedere mezzi di comunicazione elettronici nella procedura di presentazione dell’offerta, solo qualora l’uso di mezzi di comunicazione diversi dai mezzi elettronici è necessario a causa di una violazione della sicurezza dei mezzi di comunicazione elettronici, ovvero 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 o che possono essere messi loro a disposizione mediante modalità alternative di accesso. In tal caso, le amministrazioni aggiudicatrici indicano in una relazione i motivi per cui l’uso di mezzi di comunicazione diversi dai mezzi elettronici è stato ritenuto necessario.

Altra novità risulta essere il miglioramento dell’accesso al mercato delle PMI e delle imprese in fase di avviamento, tramite la semplificazione degli obblighi di informazione<sup>18</sup>, la maggiore accessibilità agli accordi-quadro conclusi nei settori di pubblica utilità<sup>19</sup> e la suddivisione dei contratti in lotti<sup>20</sup>.

Per “accordo quadro” s’intende un accordo concluso tra uno o più enti aggiudicatori e uno o più operatori economici allo scopo di definire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste.

---

<sup>15</sup> L’art. 67, par. 2, direttiva 2014/24/UE e l’art. 82, par. 2, direttiva 2014/25/UE, recitano che: gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici non possano usare solo il prezzo o il costo come unico criterio di aggiudicazione o limitarne l’uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalto.

<sup>16</sup> Art. 34, direttiva 2014/24/UE, art. 52, direttiva 2014/25/UE.

<sup>17</sup> Art. 40, direttiva 2014/25/UE, art. 22, direttiva 2014/24/UE, art.29, direttiva 2014/23/UE.

---

<sup>18</sup> Art. 75, direttiva 2014/25/UE, artt. 48 e 55, direttiva 2014/24/UE, art.28, direttiva 2014/23/UE.

<sup>19</sup> Art. 51, direttiva 2014/25/UE.

<sup>20</sup> Art. 65, direttiva 2014/25/UE, art. 58, direttiva 2014/24/UE, art. 8, par.5 e 6, direttiva 2014/23/UE.

La durata di un accordo quadro non supera gli otto anni, salvo in casi eccezionali debitamente motivati, in particolare dall'oggetto dell'accordo quadro. Gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati in base a norme e criteri oggettivi, che possono prevedere la riapertura del confronto competitivo tra gli operatori economici parti dell'accordo quadro concluso. Tali norme e criteri sono indicati nei documenti di gara per l'accordo quadro<sup>21</sup>.

Riguardo alla suddivisione dei contratti in lotti, invece, gli enti aggiudicatori possono decidere di aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati e possono determinare le dimensioni e l'oggetto di tali lotti<sup>22</sup>. Essi indicano nel bando di gara, nell'invito a confermare interesse se le offerte possono essere presentate per uno, per più o per l'insieme dei lotti.

Gli Stati membri inoltre possono prevedere che, nei casi in cui al medesimo offerente possa essere aggiudicato più di un lotto, gli enti aggiudicatori possano aggiudicare un appalto che associa alcuni o tutti i lotti, qualora abbiano specificato, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, a presentare offerte o a negoziare, che si riservano tale possibilità e indichino i lotti o gruppi di lotti che possono essere associati<sup>23</sup>. Gli Stati membri possono rendere obbligatorio aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati a condizioni da definire conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell'Unione. Quindi la possibilità di dividere l'appalto in lotti in alcuni casi diviene obbligatoria mentre in altri bisogna

giustificare la motivazione che giustifica la mancata suddivisione<sup>24</sup>.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre agli operatori economici, come requisiti di partecipazione, unicamente i criteri di selezione da loro prescelti quali l'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, la capacità economica e finanziaria e le capacità tecniche e professionali. Per quanto concerne le competenze tecniche e la capacità economica e finanziaria, viene stabilito che debbano essere proporzionate all'oggetto dell'appalto, in quanto, requisiti eccessivamente severi relativi alla capacità tecnica, economica e finanziaria costituiscono spesso un ostacolo ingiustificato alla partecipazione delle PMI agli appalti pubblici.

In merito alle competenze tecniche va detto che le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane, tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità<sup>25</sup>. Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere, in particolare, che gli operatori economici dispongano di un livello sufficiente di esperienza comprovato da opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza. Inoltre l'amministrazione aggiudicatrice può ritenere che un operatore economico non possieda le capacità professionali richieste quando essa abbia accertato che l'operatore economico ha conflitti di interesse che possono influire negativamente sull'esecuzione del contratto.

Per quanto riguarda invece la capacità economico finanziaria, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano la capacità economica e finanziaria necessaria per eseguire l'appalto. A tal fine, le amministrazioni aggiu-

---

<sup>21</sup> Art. 51, par. 2, direttiva 2014/25/UE.

<sup>22</sup> Art. 65, direttiva 2014/25/UE, art. 46, direttiva 2014/24/UE, art. 8, par.5 e 6, direttiva 2014/23/UE.

<sup>23</sup> Art. 46, par. 3, direttiva 2014/24/UE, art. 65, par.3, direttiva 2014/25/UE.

---

<sup>24</sup> Art. 46, par. 1, direttiva 2014/24/UE, art. 65, par.1, direttiva 2014/25/UE.

<sup>25</sup> Art. 58, par. 4, direttiva 2014/24/UE.

dicatrici possono esigere in particolare che gli operatori economici abbiano un determinato fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto. Inoltre le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali che evidenzino i rapporti, ad esempio, tra attività e passività. Possono ancora esigere un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali. Viene previsto infine, che le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere che il fatturato minimo annuo degli operatori economici superi il doppio del valore stimato dell'appalto salvo in circostanze debitamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei lavori, servizi o forniture. (Art. 58, par. 3, 2 comma direttiva 2014/24/UE)<sup>26</sup>. Questa norma ha il fine di evitare che vengano richieste dalle autorità aggiudicatrici garanzie finanziarie sproporzionate che ostacolano l'accesso delle PMI agli appalti pubblici.

La partecipazione delle PMI alle gare d'appalto è altresì favorita grazie anche alla possibilità di presentare **autocertificazioni** come prove documentali preliminari per dimostrare l'adempimento dei criteri di qualificazione<sup>27</sup>. Le amministrazioni aggiudicatrici possono verificare i documenti di idoneità accedendo direttamente ad un'apposita banca dati, in cui gli Stati membri mettono a disposizione le informazioni relative ai motivi di esclusione e alle capacità finanziarie e tecniche degli offerenti.

<sup>26</sup> In base all'art. 58, par. 3, 2 comma della direttiva 2014/24/UE il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono avere non supera il doppio del valore stimato dell'appalto, salvo in circostanze debitamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei lavori, servizi o forniture. L'amministrazione aggiudicatrice indica i motivi principali di tale requisito nei documenti di gara o nella relazione unica.

<sup>27</sup> Art. 57, direttiva 2014/24/UE.

Le nuove direttive contengono inoltre disposizioni più severe in materia di subappalto<sup>28</sup>. Nell'esecuzione del contratto, infatti, sono stati introdotti due elementi di novità quali il pagamento diretto da parte dell'amministrazione aggiudicataria del subappaltatore, di quanto dovuto per le forniture o i lavori forniti dal contraente principale<sup>29</sup> e l'indicazione nominativa, già in fase dell'offerta e nei documenti di gara, degli eventuali subappaltatori e subfornitori da utilizzare<sup>30</sup>. Aspetto positivo risulta essere il pagamento diretto dei subappaltatori in quanto consente agli stessi che spesso sono PMI di proteggersi efficacemente dal rischio di mancato pagamento.

Sempre in materia di subappalto ma riguardo alle offerte anormalmente basse, l'articolo 69, della direttiva 2014/24/UE e l'articolo 84, della direttiva 2014/25/UE prevedono in capo alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di richiedere agli operatori economici di fornire spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse rispetto a lavori, forniture o servizi.

Inoltre per combattere il dumping sociale e garantire che i diritti dei lavoratori siano rispettati è previsto che i contraenti che non rispettano la normativa Ue sul lavoro possono essere esclusi dalla presentazione delle offerte<sup>31</sup>.

Tra le novità contenute nella direttiva 2014/24 c'è anche l'introduzione di una nuova procedura di assegnazione che incrementa le possibilità di negoziazione tra Pubbliche amministrazioni e imprese in corso di gara. Nasce, infatti, la pro-

<sup>28</sup> Art. 42, direttiva 2004/23/UE, art. 71, direttiva 2014/24/UE, art. 88, direttiva 2014/25/UE.

<sup>29</sup> Art. 88, par. 7, direttiva 2014/25/UE, art. 71, par. 7, direttiva 2014/24/UE.

<sup>30</sup> Art. 88, par. 5, direttiva 2014/25/UE, art. 71, par. 5, direttiva 2014/24/UE, art. 42, par. 3, direttiva 2014/23/UE.

<sup>31</sup> Art. 38, direttiva 2014/25/UE, art. 20, direttiva 2014/24/UE, art. 24, direttiva 2014/23/UE.

cedura competitiva con negoziazione disciplinata espressamente dall'articolo 29, in base al quale nelle procedure competitive con negoziazione qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara, fornendo le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa. Nei documenti di gara le amministrazioni aggiudicatrici individuano l'oggetto dell'appalto fornendo una descrizione delle loro esigenze e illustrando le caratteristiche richieste delle forniture, dei lavori o dei servizi da appaltare e specificano i criteri per l'aggiudicazione dell'appalto. Indicano inoltre quali elementi della descrizione definiscono i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare.

Le informazioni fornite sono sufficientemente precise per permettere agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito dell'appalto e decidere se chiedere di partecipare alla procedura. 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<sup>32</sup>.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti sulla base delle offerte iniziali senza negoziazione qualora abbiano indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse che si riservano tale possibilità<sup>33</sup>.

In sostanza le imprese, in risposta a un bando, inviano un'offerta iniziale che viene negoziata e progressivamente ritagliata su misura con la Pubblica amministrazione, fino ad arrivare all'offerta finale. Ecco dunque ampliato, rispetto all'assetto attuale, il ventaglio delle possibilità di ricorso alla trattativa privata (procedura ne-

goziata senza bando) da parte della stazione appaltante.

Su questa come sulle altre procedure di aggiudicazione è prevista un'attenta vigilanza per garantirne il corretto svolgimento. Infatti nella nuova normativa<sup>34</sup> gli Stati membri provvedono affinché 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. Il concetto di conflitti di interesse comprende 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 abbia, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che possa essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto.

Viene introdotta inoltre una procedura del tutto nuova, che punta a rafforzare soluzioni innovative negli appalti pubblici. Si tratta dei nuovi "partenariati per l'innovazione"<sup>35</sup>, che intendono consentire alle autorità pubbliche di indire bandi di gara per risolvere un problema specifico, senza pregiudicarne la soluzione, lasciando quindi spazio alle autorità pubbliche e all'offerente di trovare insieme soluzioni innovative.

Nei partenariati per l'innovazione qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara, presentando le informa-

<sup>32</sup> Art. 29, par.2, direttiva 2014/24/UE.

<sup>33</sup> Art. 29, par.4, direttiva 2014/24.

<sup>34</sup> Secondo l'art. 24, della direttiva 2014/24/UE e l'art. 42, della direttiva 2014/25/UE.

<sup>35</sup> Art. 49, direttiva 2014/25/UE, art. 31, direttiva 2014/24/UE.

zioni richieste dall'ente aggiudicatore per la selezione qualitativa. Nei documenti di gara l'ente aggiudicatore identifica l'esigenza di prodotti, servizi o lavori innovativi che non può essere soddisfatta acquistando prodotti, servizi o lavori disponibili sul mercato. Indica altresì quali elementi della descrizione definiscono i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare. Tali indicazioni sono sufficientemente precise per permettere agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito della soluzione richiesta e decidere se chiedere di partecipare alla procedura.

L'ente aggiudicatore può decidere di instaurare il partenariato per l'innovazione con un solo partner o con più partner che conducono attività di ricerca e sviluppo separate.

Il partenariato per l'innovazione è strutturato in fasi successive secondo la sequenza delle fasi del processo di ricerca e di innovazione, che può comprendere la fabbricazione dei prodotti o la prestazione dei servizi o la realizzazione dei lavori. Esso fissa obiettivi intermedi che le parti devono raggiungere e prevede il pagamento della remunerazione mediante congrue rate. In base a questi obiettivi, l'amministrazione aggiudicatrice può decidere, dopo ogni fase, di risolvere il partenariato per l'innovazione o, nel caso di un partenariato con più partner, di ridurre il numero dei partner risolvendo singoli contratti, a condizione che essa abbia indicato nei documenti di gara tali possibilità e le condizioni per avvalersene.

5. A differenza degli appalti pubblici, che sono stati fino ad ora regolati dalle direttive 2004/17/CE e 2004/188/CE, e delle concessioni di lavori pubblici, che sono parzialmente coperti dalla direttiva 2004/18/CE, l'aggiudicazione delle concessioni di servizi non è stata finora soggetta a disposizioni chiare, facendosi riferimento solo ai principi generali di trasparenza e di pari trattamento del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea. Ciò ha dato luogo a

gravi distorsioni all'interno del mercato unico, come l'aggiudicazione di appalti senza alcuna trasparenza o concorrenza, generando anche notevoli inefficienze economiche, a danno delle amministrazioni pubbliche.

Per tale ragione, si è ritenuto di disciplinare specificamente questa materia fissando così per la prima volta norme comuni UE in materia di contratti di concessione, per promuovere una concorrenza leale e garantire il miglior rapporto qualità-prezzo, introducendo nuovi criteri di aggiudicazione che pongono maggiormente l'accento su considerazioni ambientali, aspetti sociali e innovazione.

La nuova direttiva pone l'attenzione in primo luogo sulla definizione del contratto di concessione in quanto focalizza l'attenzione sull'elemento del rischio operativo di gestione quale elemento caratterizzante il "modello concessorio" a cui far riferimento per distinguerlo dal "modello appaltizio".

A questo punto occorre chiedersi su cosa si fonda e perché è importante la distinzione tra appalto e concessione. Secondo la direttiva 2004/18/CE (art. 1, par. 2, lett. a) e d) la concessione è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico. L'unica differenza tra i due è il corrispettivo della fornitura di servizi. L'appalto di servizi comporta un corrispettivo versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi, mentre nel caso di una concessione di servizi, il corrispettivo della prestazione di servizi consiste nel diritto di gestire economicamente il servizio. È importante in questo caso distinguere le due figure non solo per una questione formale, ma soprattutto perché sono sottoposti a due diversi regimi giuridici. Infatti il corrispettivo quale elemento differenziante implica che la remunerazione, nel modello concessorio, non è garantita dall'amministrazione aggiudicatrice, bensì dagli importi riscossi presso gli utenti. Quindi mentre l'appalto ha per

oggetto la prestazione di servizi in favore dell'amministrazione verso un determinato corrispettivo e l'appaltatore ha quindi una ragionevole certezza di un determinato guadagno, la concessione ha per oggetto un servizio reso in favore dell'utenza, sulla base di un piano economico finanziario che prevede un determinato equilibrio alla luce di stime legate all'utilizzo del servizio da parte dell'utenza. Il concessionario non ha quindi la certezza del suo guadagno che potrebbe aumentare o ridursi a seconda di diversi ed imprevedibili fattori.

L'applicazione di norme specifiche per la disciplina dell'aggiudicazione di concessioni non sarebbe dunque giustificata se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sollevasse l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto.

Nella nuova direttiva viene invece espressamente evidenziato come l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un "rischio operativo" legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi<sup>36</sup>. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta infatti una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata su-

bita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile.

È importante a questo punto sapere quali siano i criteri che consentano di stabilire se un certo livello di compensazione comporti o meno l'eliminazione del rischio di gestione. Bisogna considerare a tal proposito che la nozione di "rischio" è un elemento essenziale per determinare se si è o meno in presenza di una concessione. L'esistenza di un rischio significativo può essere verificata solo analizzando il singolo caso. Al contrario l'assenza di un rischio significativo dovuta al fatto che la compensazione ha raggiunto importi che hanno eliminato o reso irrilevante il rischio di gestione, implica la riqualificazione del contratto di concessione di servizi in "appalto di servizi" con le conseguenze giuridiche che ne derivano (ossia la possibilità di annullamento del contratto in caso di violazione del diritto degli appalti pubblici). A tal proposito va ricordato secondo la giurisprudenza dell'Unione che quando la remunerazione del prestatore proviene esclusivamente da terzi, il trasferimento del rischio di gestione "molto ridotto" è sufficiente per poter ritenere sussistente una concessione di servizi<sup>37</sup>. La procedura di aggiudicazione dell'appalto di concessione nella nuova direttiva 2014/23/UE è molto chiara e dettagliata. L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore, infatti, sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario fatto salvo il rispetto della direttiva.

La concezione della procedura di aggiudicazione della concessione deve rispettare i principi enunciati nell'articolo 3 della direttiva. In particolare, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente

---

<sup>36</sup> Per rischio sul lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto. Per rischio sul lato dell'offerta si intende il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda.

---

<sup>37</sup> La Corte di Giustizia dell'Ue nella sentenza del 20 marzo 2011, causa C-274/09, Stadler, sostiene che non rileva il quantum del rischio per qualificare l'affidamento come concessione di servizi, ma la sola sussistenza di un'area legata al mercato.

aggiudicatore non fornisce in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati candidati o offerenti rispetto ad altri. Inoltre, gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di contratti di concessione, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione.

Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori che intendono aggiudicare una concessione rendono nota tale intenzione per mezzo di un bando di concessione.

Tuttavia, l'articolo 31 della direttiva deroga a tale previsione, prevedendo un'ipotesi in cui le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori possono non pubblicare il bando di concessione. Ciò avviene quando i lavori o i servizi possono essere forniti soltanto da un determinato operatore economico, quando l'oggetto della concessione è la creazione o l'acquisizione di un'opera d'arte o di una rappresentazione artistica unica, quando vi è assenza di concorrenza per motivi tecnici, quando vi è l'esistenza di un diritto esclusivo, e infine per la tutela dei diritti di proprietà intellettuale e di diritti esclusivi.

Per quanto concerne la procedura, essa è soggetta a determinate garanzie dettate dalla nuova direttiva, infatti nell'art. 37 si specifica che le concessioni sono aggiudicate purché l'offerta risponda ai requisiti minimi eventualmente prescritti dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, l'offerente ottemperi alle condizioni di partecipazione di cui all'articolo 38, paragrafo 1<sup>38</sup>, e l'offerente non sia escluso

dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 38. È ammessa la possibilità di limitare il numero di candidati o di offerenti a un livello adeguato, purché ciò avvenga in modo trasparente e sulla base di criteri oggettivi. Il numero di candidati o di offerenti invitati a partecipare deve comunque essere sufficiente a garantire un'effettiva concorrenza.

La direttiva fa inoltre salvi i regimi di proprietà degli Stati membri. In particolare essa non impone la privatizzazione delle imprese pubbliche che forniscono servizi al pubblico<sup>39</sup>. L'articolo 2 intitolato "Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche", riconosce, infatti, il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Notiamo come gli Stati membri restano liberi di decidere come desiderano siano eseguiti i lavori pubblici o erogati i servizi.

Altra rilevante novità in materia di concessioni è il riconoscimento dell'acqua come bene di pubblica utilità. Viene infatti riconosciuta la particolare natura dell'acqua come un bene pubblico, accentuandone l'esclusione dal campo di applicazione delle nuove regole<sup>40</sup>. La direttiva infatti non si applica alle concessioni aggiudicate per fornire o gestire reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile né per alimentare tali reti con acqua potabile.

---

<sup>38</sup> L'art. 38, par. 1 della direttiva 2014/23/UE recita: Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori verificano le condizioni di partecipazione relative alle capacità tecniche e professionali e alla capacità finanziaria ed economica dei candidati o degli offerenti, sulla base di autocertificazioni, referenze che devono essere presentate

---

come prova ai sensi dei requisiti specificati nel bando di concessione i quali sono non discriminatori e proporzionati all'oggetto della concessione. Le condizioni di partecipazione sono correlate e proporzionali alla necessità di garantire la capacità del concessionario di eseguire la concessione, tenendo conto dell'oggetto della concessione e dell'obiettivo di assicurare la concorrenza effettiva.

<sup>39</sup> Art. 2, par. 2 direttiva 2014/23/UE.

<sup>40</sup> Art. 12 direttiva 2014/23.

6. sebbene il quadro normativo risulti a prima vista maggiormente semplificato occorre sollevare alcune critiche su svariati passaggi delle norme recentemente adottate.

Criticabile è innanzitutto la nuova impostazione della direttiva 2014/24/UE che fa di essa anche uno strumento di politica economica, oltre che un mezzo di acquisizione di beni economici per le pubbliche amministrazioni. Essa infatti ha inserito importanti principi che devono guidare l'aggiudicazione dell'appalto, tra i quali il rispetto degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro<sup>41</sup>. Con specifico riferimento a quest'ultimo punto (obblighi in materia di lavoro) si fa riferimento all'applicazione del Contratto Collettivo di Lavoro (CCNL) (il cui non rispetto diventa addirittura causa di esclusione ai sensi dell'art. 57). Questa misura però pur essendo certamente condivisibile dovrebbe maggiormente chiarire come il CCNL cui si fa riferimento è ogni possibile contratto di lavoro applicabile, non solo quello edile, come invece da alcune parti si vorrebbe sostenere.

Inoltre sono da evidenziare alcuni aspetti negativi per le PMI, che emergono dalla nuova normativa. Uno di questi è la drastica riduzione dei termini per la ricezione delle offerte dalla data di trasmissione del bando di gara (Art. 45, direttiva 2014/25/UE, art. 27, direttiva 2014/24/UE). Il termine minimo per la ricezione delle offerte è di trentacinque giorni dalla data di trasmissione del bando di gara. Nel caso in cui gli enti aggiudicatori abbiano pubblicato un avviso di preinformazione che non è stato esso stesso usato come mezzo di indizione di una gara, il termine minimo per la ricezione delle offerte può essere ridotto a quindici giorni<sup>42</sup> cosa che potrebbe penalizzare le imprese di piccole dimensioni.

<sup>41</sup> Art. 18, direttiva 2014/24/UE.

<sup>42</sup> Art. 45, par. 2, direttiva 2014/25/UE, art. 27, par.2, direttiva 2014/24/UE.

Bisogna inoltre considerare che la nuova normativa pur allargando dei casi i casi in cui è possibile ricorrere alla trattativa privata ribadisce come il **ricorso a tale procedura di gara sia da considerarsi, comunque, un'eccezione alle procedure ad evidenza pubblica**, cui ricorrere solo in pochi e specifici casi<sup>43</sup>. Cosa che invece non accade con la normativa nazionale che ha, invece, liberalizzato l'utilizzo di tale procedura negli appalti di lavori consentendone il libero utilizzo per le gare di importo fino ad 1 milione di euro, contrastando certamente con il principio della tutela della concorrenza e con la trasparenza dei procedimenti amministrativi. Anche alla luce della maggiore semplicità nella gestione dei bandi gara che l'utilizzo dell'informatica può garantire sarebbe opportuno restringere l'utilizzo libero della procedura negoziata senza previa pubblicazione ad una fascia di importo decisamente più bassa.

Altro elemento di criticità risulta essere la suddivisione dell'appalto in lotti, che seppur ritenuta ampiamente positiva trova una perplessità nel fatto che essa resti facoltativa anche se con obbligo di motivazione nel caso di non applicazione. Essendo prevista la possibilità che gli Stati Membri rendano obbligatoria la divisione in lotti, sarebbe opportuno che questa che è oggi una facoltà divenga un obbligo, perché solo in questo modo si può realmente consentire l'accesso delle PMI al mondo degli appalti. Importante inoltre anche vietare ad un unico candidato di aggiudicarsi tutti i lotti perché questo vanificherebbe, di fatto, la libera concorrenza.

Ulteriore perplessità desta la possibilità di autodichiarare il possesso dei requisiti per partecipare alle gare e l'assenza di cause di esclusione. Questa dichiarazione, che si dovrebbe basare su un modello predisposto dalla Commissio-

<sup>43</sup> Art. 32, direttiva 2014/24/UE, art. 47, direttiva 2014/25/UE.

ne Europea al fine di evitare una eccessiva eterogeneità delle dichiarazioni, e che nasce con l'intento di favorire la partecipazione degli operatori economici comunitari alle gare di tutta Europa, potrebbe entrare in conflitto con il sistema di certificazioni SOA (comunque previsto in linea generale dall'art. 64 della Direttiva 2014/24/UE). Visto che ogni operatore comunitario è abilitato all'utilizzo del DGUE, non si vede motivo per il quale un operatore nazionale non possa usare la stessa autocertificazione per un appalto in Italia in sostituzione del certificato SOA, con ciò creando una doppia via per dimostrare l'idoneità all'appalto ad oggi non prevista.

La nuova disciplina introduce inoltre una maggiore discrezionalità di scelta, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, nelle procedure per l'aggiudicazione degli appalti pubblici. Si evidenzia però come talune di queste procedure, elencate nella direttiva, risultano per le PMI più onerose in termini di durata, complessità e costo<sup>44</sup>.

Ancora bisogna criticare il fatto che non vengono escluse le offerte anormalmente basse, ma vengono accettate qualora le amministrazioni aggiudicatrici abbiano riscontrato che l'offerta rispetta gli obblighi stabiliti dalla legislazione dell'Unione<sup>45</sup>.

Il Legislatore comunitario infine lascia ampi margini di scelta al Legislatore nazionale in merito alla regolamentazione del subappalto, che sarebbe opportuno indirizzare verso una chiara ed inequivoca tutela del subappaltatore in quanto rappresenta, evidentemente, uno degli anelli deboli della catena degli appalti.

Sarebbe, dunque, necessario che alcune previsioni lasciate come opzionali nel testo della

nuova normativa divengano cogenti, come la previsione di richiedere all'appaltatore il nome dei subappaltatori già nel momento di presentazione dell'offerta (nello specifico, anche l'indicazione di una rosa di nomi di subappaltatori potrebbe essere opportuna) e la previsione del pagamento diretto per tutti i subappaltatori, quanto meno per coloro che eseguono opere specialistiche<sup>46</sup>.

Insomma la semplificazione delle procedure, una maggiore flessibilità e il loro adeguamento per meglio servire le altre politiche del settore pubblico o la possibilità del miglior rapporto qualità-prezzo renderà gli appalti pubblici sicuramente più efficienti e strategici, nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenzialità, a beneficio sia degli acquirenti pubblici, che degli operatori economici. Tuttavia sarà necessario, nel momento in cui il legislatore italiano si accingerà a porre mano ad una rivisitazione del Codice degli Appalti e, affinché gli obiettivi europei possano essere raggiunti, non continuare a procedere, per come sta avvenendo, a colpi di decreti legge, ma attraverso un disegno di legge di natura complessivo onde permettere tempi e modi di una discussione approfondita e di merito sul sistema degli appalti pubblici.

---

<sup>44</sup> Art. 26, direttiva 2014/24/UE, art. 44, direttiva 2014/25/UE,

<sup>45</sup> Art. 69, par.4, direttiva 2014/24/UE, art. 84, par. 4, direttiva 2014/25/UE.

---

<sup>46</sup> Art. 71, par 5, direttiva 2014/24/UE, art. 88, par. 5, direttiva 2014/25/UE.