



COMMISSIONE EUROPEA

Bruxelles, 27.1.2011
COM(2011) 15 definitivo

LIBRO VERDE

**sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici
Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti**

INDICE

1.	L'ambito di applicazione delle norme sugli appalti pubblici.....	6
1.1.	Attività di acquisto	6
1.2.	Appalti pubblici.....	7
1.3.	Acquirenti pubblici.....	11
2.	Migliorare gli strumenti a disposizione delle amministrazioni aggiudicatrici.....	13
2.1.	Modernizzare le procedure.....	14
2.2.	Strumenti specifici per amministrazioni aggiudicatrici più piccole.....	20
2.3.	Cooperazione pubblico-pubblico	22
2.4.	Strumenti adeguati per l'aggregazione della domanda e gli appalti comuni	25
2.5.	Affrontare i problemi relativi all'esecuzione dell'appalto	26
3.	Un mercato europeo degli appalti più accessibile.....	29
3.1.	Migliorare l'accesso delle PMI e delle imprese in fase di avviamento (<i>start-up</i>)	30
3.2.	Garantire una concorrenza equa ed effettiva.....	32
3.3.	Appalto nel caso di concorrenza inesistente/diritti esclusivi	35
4.	Uso strategico degli appalti pubblici in risposta alle nuove sfide.....	36
4.1.	“Come acquistare” per realizzare gli obiettivi della strategia Europa 2020	38
4.2.	“Che cosa acquistare” a sostegno degli obiettivi previsti dalla strategia Europa 2020	44
4.3.	Innovazione	48
4.4.	Servizi sociali	51
5.	Garanzia di procedure corrette	52
5.1.	Prevenire i conflitti di interessi	53
5.2.	Lotta contro i favoritismi e la corruzione.....	54
5.3.	Esclusione degli offerenti “scorretti”	56
5.4.	Come evitare indebiti vantaggi	57
6.	Accesso dei fornitori dei paesi terzi al mercato UE.....	58

LIBRO VERDE

sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti

La strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva¹ illustra una visione dell'economia sociale di mercato competitiva dell'Europa per il prossimo decennio fondata su tre priorità interconnesse che si rafforzano a vicenda: sviluppare un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione, promuovere un'economia efficiente sotto il profilo delle risorse, a basse emissioni di carbonio e competitiva e incoraggiare un'economia con un alto tasso di occupazione che favorisca la coesione sociale e territoriale.

Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, giacché costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione dei suoi obiettivi. In particolare, la strategia Europa 2020 punta sugli appalti pubblici per:

- migliorare il contesto generale per l'innovazione nelle imprese, utilizzando integralmente le politiche incentrate sulla domanda²,
- favorire la transizione verso un'economia efficiente sotto il profilo delle risorse e a basse emissioni di carbonio, ad esempio promuovendo un più ampio ricorso agli appalti pubblici “verdi”, e
- migliorare il clima imprenditoriale, specialmente per le PMI innovative.

La strategia Europa 2020 sottolinea inoltre che la politica in materia di appalti pubblici deve garantire il più efficiente uso dei fondi pubblici e che i mercati degli appalti pubblici vanno mantenuti aperti a livello UE. Nell'attuale contesto di gravi restrizioni di bilancio e di difficoltà economiche che hanno colpito molti Stati membri dell'UE, è cruciale ottenere risultati ottimali in materia di appalti, mediante procedure efficienti. Davanti a tali sfide, è sempre più necessario realizzare un mercato europeo degli appalti funzionante ed efficiente che possa raggiungere questi obiettivi ambiziosi.

Molte parti in causa hanno espresso l'esigenza di una revisione del sistema UE degli appalti pubblici per accrescerne l'efficienza e l'efficacia. Nell'atto per il mercato unico³ la Commissione ha pertanto annunciato l'intenzione di avviare ampie consultazioni per presentare entro l'inizio del 2012 proposte legislative destinate a semplificare e aggiornare la normativa europea sugli appalti pubblici per rendere più flessibile la procedura di

¹ Cfr. la comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010, COM(2010) 2020.

² Questo punto viene ripreso anche nella comunicazione della Commissione dal titolo “L'Unione dell'innovazione” (SEC(2010) 1161), una delle iniziative faro della strategia Europa 2020, che tratta l'uso strategico degli appalti pubblici per promuovere la ricerca e l'innovazione. Essa invita gli Stati membri a destinare alla ricerca e all'innovazione parte dei bilanci per gli appalti e rende noto che la Commissione formulerà orientamenti e fornirà meccanismi di sostegno alle amministrazioni aggiudicatrici.

³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni dal titolo “Verso un atto per il mercato unico – Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva” del 27 ottobre 2010, COM(2010) 608.

aggiudicazione degli appalti pubblici e permettere un uso migliore degli appalti pubblici a sostegno di altre politiche.

L'attuale generazione di direttive sugli appalti pubblici, ossia le direttive 2004/17/CE⁴ e 2004/18/CE⁵, rappresenta l'ultima fase di una lunga evoluzione iniziata nel 1971 con l'approvazione della direttiva 71/305/CEE⁶. Mediante procedure trasparenti e non discriminatorie, queste direttive mirano soprattutto ad assicurare che gli operatori economici possano beneficiare appieno delle libertà fondamentali nel campo degli appalti pubblici. Le direttive vigenti citano inoltre una serie di obiettivi concernenti l'integrazione di altre politiche in tale contesto, quali la tutela dell'ambiente e gli standard sociali⁷ oppure la lotta contro la corruzione⁸.

In considerazione del ruolo fondamentale degli appalti pubblici per affrontare le sfide odierne, è necessario ammodernare gli strumenti e i metodi esistenti per renderli più idonei alla costante evoluzione del contesto politico, sociale ed economico. Occorre conseguire diversi obiettivi complementari.

Il primo obiettivo è una maggiore efficienza della spesa pubblica. Da un lato, ricercando i migliori risultati in materia di appalti (miglior rapporto qualità/prezzo). Per conseguire questo obiettivo è essenziale creare condizioni di forte concorrenza per gli appalti pubblici aggiudicati nel mercato interno. Gli offerenti devono avere la possibilità di competere in condizioni di parità e occorre evitare distorsioni della concorrenza. Allo stesso tempo, è fondamentale accrescere l'efficienza delle stesse procedure di appalto: procedure d'appalto più flessibili con misure mirate di semplificazione, per soddisfare le specifiche esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici più piccole, potrebbero aiutare i committenti pubblici a ottenere i migliori risultati possibili in materia di appalti con i minori investimenti possibili in termini di tempo e denaro pubblico. La maggiore efficienza delle procedure andrà a vantaggio di tutti gli operatori economici e favorirà la partecipazione delle PMI e degli offerenti transfrontalieri. In effetti, la partecipazione transfrontaliera alle procedure di appalti pubblici nell'UE rimane bassa⁹. Il confronto con il settore privato, nel quale gli scambi transfrontalieri

⁴ Direttiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU L 134 del 30.4.2004, pag. 1). Direttiva modificata da ultimo dal regolamento (CE) n. 1177/2009 della Commissione, del 30 novembre 2009, che modifica le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/17/CE, 2004/18/CE e 2009/81/CE riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti (GU L 314 del 1.12.2009, pag. 64).

⁵ Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134 del 30.4.2004, pag. 114). Direttiva modificata da ultimo dal regolamento (CE) n. 1177/2009 della Commissione. Il testo seguente prenderà come punto di partenza le disposizioni della direttiva 2004/18/CE; tuttavia, salvo altrimenti specificato, si può interpretare, *mutatis mutandis*, come riferito alle corrispondenti disposizioni della direttiva 2004/17/CE. Il termine "amministrazione aggiudicatrice" si può quindi interpretare sia come riferito a organismi i cui appalti siano soggetti alla direttiva 2004/18/CE sia a "enti aggiudicatori" ai sensi della direttiva 2004/17/CE.

⁶ Direttiva 71/305/CEE, del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185 del 16.8.1971, pag. 5).

⁷ Cfr. considerando 5 e 46 della direttiva 2004/18/CE e considerando 12 e 55 della direttiva 2004/17/CE.

⁸ Cfr. il considerando 43 della direttiva 2004/18/CE e il corrispondente considerando 40 della direttiva 2004/17/CE.

⁹ Secondo studi recenti, soltanto l'1,6% degli appalti pubblici viene aggiudicato a operatori di altri Stati membri. La partecipazione transfrontaliera indiretta – attraverso controllate o partner situati nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice – è più frequente. Tuttavia, anche il tasso di aggiudicazione transfrontaliera indiretta rimane relativamente basso (11%).

sono molto più elevati, dimostra che il potenziale da sfruttare è ancora considerevole. Questo obiettivo di garantire appalti pubblici più efficienti viene affrontato soprattutto attraverso le domande della parte 2 (Migliorare gli strumenti a disposizione delle amministrazioni aggiudicatrici) e della parte 3 (Un mercato europeo degli appalti più accessibile) del Libro verde.

Un altro obiettivo complementare è far sì che i committenti facciano un miglior uso degli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali comuni: fra questi la tutela dell'ambiente, una maggiore efficienza energetica e sotto il profilo delle risorse, la lotta contro i cambiamenti climatici, la promozione dell'innovazione e dell'inclusione sociale e infine la garanzia delle migliori condizioni possibili per la fornitura di servizi pubblici di elevata qualità. Il perseguimento di questo obiettivo potrebbe anche contribuire al conseguimento del primo obiettivo di accrescere l'efficienza della spesa pubblica a lungo termine, ad esempio spostando l'accento dal prezzo iniziale più basso al costo del ciclo di vita più basso¹⁰. La parte 4 del Libro verde (Uso strategico degli appalti pubblici) tratta le questioni relative a questo obiettivo.

Si potrebbe anche considerare la possibilità di sviluppare ulteriormente il diritto UE degli appalti pubblici per tener conto di questioni importanti che finora non sono state trattate in maniera adeguata, come la necessità di prevenire e combattere la corruzione e i favoritismi (parte 5) e il modo per migliorare l'accesso delle imprese europee ai mercati dei paesi terzi (parte 6). Inoltre, anche il riesame del quadro legislativo sarà un'occasione per considerare l'opportunità di perfezionare alcuni concetti e nozioni fondamentali per garantire una maggiore certezza giuridica alle amministrazioni aggiudicatrici e alle imprese (parte 1). In tale contesto, il riesame potrebbe offrire l'opportunità di accrescere la convergenza tra l'applicazione delle norme UE in materia di appalti pubblici e l'applicazione delle norme UE in materia di aiuti di Stato.

Il Libro verde illustra alcune idee sul modo migliore per raggiungere i vari obiettivi. Non si deve però ignorare che potrebbero insorgere conflitti tra i diversi obiettivi (ad esempio tra la semplificazione delle procedure e la necessità di tener conto di altri obiettivi politici). Questi obiettivi diversi si traducono talvolta in opzioni politiche che possono puntare in direzioni diverse e che imporranno una scelta ponderata in una fase successiva.

Inoltre, la possibilità di introdurre modifiche della normativa non è illimitata; tali modifiche devono infatti essere coerenti con gli impegni internazionali dell'UE, in caso contrario possono rendere necessario l'avvio di negoziati *ad hoc* con tutti i partner interessati su eventuali richieste di compensazioni. Pertanto, l'effetto di tali impegni, definiti in un accordo multilaterale¹¹ e in sette accordi bilaterali¹², potrebbe essere quello di limitare l'ambito di applicazione di eventuali modifiche normative. Questo riguarda in particolare le soglie per l'applicazione delle norme UE in materia di appalti pubblici, la definizione di attività di acquisto e di acquirenti pubblici e talune questioni procedurali, quali la fissazione delle specifiche tecniche e delle scadenze.

¹⁰ Un esempio classico è quello della mancata realizzazione di investimenti redditizi nel settore dell'efficienza energetica a causa del fatto che le spese per investimenti e le spese operative sono gestite separatamente nel quadro di procedure di bilancio distinte.

¹¹ Accordo sugli appalti pubblici sottoscritto nell'ambito dell'OMC (GPA), cfr. http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/international_en.htm.

¹² Per gli accordi commerciali bilaterali, cfr.: <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/>.

La presente consultazione non tratta le concessioni, che sono state oggetto di precedenti consultazioni e valutazioni dell'impatto distinte. La Commissione intende presentare una proposta legislativa volta a garantire una maggiore certezza del diritto alle autorità regionali e locali e agli operatori economici di tutt'Europa, nonché a favorire lo sviluppo di partenariati pubblico-privato. Le questioni relative agli appalti elettronici vengono affrontate in uno specifico Libro verde pubblicato il 18 ottobre 2010¹³.

Parallelamente al presente Libro verde, la Commissione ha avviato un'ampia valutazione dell'impatto e dell'efficacia sotto il profilo dei costi della politica UE in materia di appalti pubblici. Tale valutazione raccoglierà prove oggettive basate sui dati del mercato in relazione al funzionamento della vigente normativa sugli appalti, per consentire un'analisi empirica dei settori in cui sono necessari miglioramenti. I risultati di questa nuova ricerca saranno resi pubblici nell'estate 2011.

Assieme ai risultati della valutazione, i contributi delle parti interessate al presente Libro verde alimenteranno la riflessione sulla futura riforma delle norme UE in materia di appalti pubblici, che sfocerà in una proposta di riforma della normativa.

1. L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLE NORME SUGLI APPALTI PUBBLICI

Al momento di decidere sulla spesa del denaro pubblico, gli acquirenti pubblici devono soppesare incentivi diversi rispetto agli imprenditori privati che corrono il rischio di subire perdite e in ultima analisi di fallire, e sono inoltre direttamente controllati dalle forze del mercato.

Per questi motivi, le norme sugli appalti pubblici prevedono specifiche procedure di aggiudicazione degli appalti per garantire che gli acquisti pubblici vengano effettuati nella maniera più razionale, trasparente ed equa possibile. Si offrono garanzie per compensare la potenziale carenza di disciplina commerciale negli acquisti pubblici, e per scongiurare costosi trattamenti preferenziali a favore di operatori economici locali o nazionali.

Le norme UE in materia di appalti pubblici si applicano pertanto a tutti gli appalti pubblici potenzialmente interessanti per gli operatori nell'ambito del mercato interno, garantendo parità di accesso e di concorrenza per gli appalti pubblici all'interno del mercato europeo degli appalti.

1.1. Attività di acquisto

Essenzialmente, le norme sugli appalti pubblici sono state concepite per regolamentare le attività di acquisto delle amministrazioni aggiudicatrici. Le direttive UE sugli appalti pubblici, tuttavia, non limitano esplicitamente il loro ambito di applicazione ad acquisti che riguardino le specifiche esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice¹⁴. Tutto questo ha suscitato un dibattito sull'applicabilità delle direttive nei casi in cui le autorità pubbliche concludano accordi che prevedono obblighi giuridicamente vincolanti a fini non connessi con le loro esigenze di acquisto.

¹³ Libro verde sull'estensione dell'uso degli appalti elettronici nell'UE, SEC(2010) 1214 del 18.10.2010.

¹⁴ Cfr. sentenza del 18.11.2004 nella causa C-126/03, Commissione/Germania, punto 18.

Ciò riguarda, ad esempio, i casi in cui l'accordo di concessione di un aiuto prevede l'obbligo giuridicamente vincolante a carico del beneficiario di fornire specifici servizi. Tali obblighi sono di norma previsti per assicurare l'uso appropriato dei fondi pubblici; non sono destinati a soddisfare le esigenze in termini di appalti pubblici dell'autorità pubblica che concede l'aiuto.

Le autorità degli Stati membri e altre parti interessate hanno lamentato la mancanza di certezza giuridica in relazione all'ambito di applicazione delle norme sugli appalti pubblici in tali situazioni, e hanno chiesto un chiarimento sulla finalità delle norme. Nella giurisprudenza più recente, la Corte di giustizia europea afferma che il concetto di appalto pubblico prevede che i lavori, le forniture o i servizi oggetto dell'appalto siano eseguiti *nell'interesse economico diretto* dell'amministrazione aggiudicatrice¹⁵.

Domanda

1. Ritenete che l'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici debba essere limitato ad attività di acquisto? Le eventuali limitazioni dovrebbero semplicemente codificare il criterio dell'interesse economico diretto elaborato dalla Corte o dovrebbero invece stabilire condizioni e concetti supplementari/alternativi?

1.2. Appalti pubblici

L'attuale classificazione degli appalti pubblici – appalti di lavori, forniture e servizi – è in parte il risultato dello sviluppo storico. La necessità di classificare gli appalti pubblici in una di queste categorie fin dall'inizio può dar luogo ad alcune difficoltà, ad esempio nel caso di appalti per l'acquisto di applicazioni *software* che possono essere considerati come appalti di forniture o di servizi a seconda delle circostanze. La direttiva 2004/18/CE contiene norme specifiche per appalti misti che sono state ulteriormente sviluppate dalla giurisprudenza. La Corte ritiene che, qualora un appalto contenga elementi riguardanti tipi diversi, sia l'oggetto principale dell'appalto a determinare le norme applicabili.

La semplificazione della struttura attuale consentirebbe di evitare alcuni di questi problemi. È possibile ad esempio prevedere soltanto due tipi di appalti pubblici, come avviene nel sistema dell'accordo sugli appalti pubblici sottoscritto nell'ambito dell'OMC (GPA), che distingue esclusivamente tra appalti di forniture e appalti di servizi, considerando i lavori una forma di servizio ("appalto di servizi del settore della costruzione"). Si potrebbe anche prevedere la possibilità di ricorrere ad un concetto unificato di appalto pubblico, differenziando a seconda della materia soltanto qualora sia strettamente necessario (ad esempio, nelle disposizioni sulle soglie).

Domanda

2. Ritenete adeguata l'attuale struttura dell'ambito di applicazione materiale, e la sua suddivisione in appalti di lavori, forniture e servizi? In caso contrario, quale struttura alternativa proporreste?

Indipendentemente dalla possibile riorganizzazione dei tipi di appalto, potrebbe risultare necessario riesaminare e semplificare le definizioni vigenti per i vari tipi di appalto.

¹⁵ Sentenze del 25.3.2010 nella causa C-451/08, Helmut Müller GmbH, punti 47-54, e del 15 luglio 2010, Commissione/Germania, punto 75.

Ciò riguarda in particolare la definizione di “appalti pubblici di lavori” contenuta nell’articolo 1, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2004/18/CE, che indica tre condizioni alternative complesse e parzialmente sovrapposte. Il concetto di appalti pubblici di lavori comprende l’esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l’esecuzione di lavori specifici di cui all’allegato della direttiva, l’esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l’esecuzione di un lavoro secondo la definizione dell’articolo 1, paragrafo 2, lettera b), della direttiva e infine, “l’esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un’opera rispondente alle esigenze specificate dall’amministrazione aggiudicatrice”. L’ultima condizione è stata aggiunta per garantire che la definizione comprenda i casi in cui i lavori siano effettuati non dall’imprenditore stesso ma da terzi che agiscono per conto dell’imprenditore.

Si potrebbe anche considerare la possibilità di semplificare la definizione, sostituendo alla struttura vigente una serie assai più semplice e chiara di condizioni che comprenda tutti i tipi di attività di costruzione, indipendentemente dalle loro caratteristiche e finalità, incluse le attività connesse alla realizzazione di lavori specifici, eventualmente da parte di terzi.

Domanda

3. Ritenete che la definizione di “appalti di lavori” debba essere riesaminata e semplificata? In caso affermativo, proporreste di omettere il riferimento ad un elenco specifico allegato alla direttiva? Quali elementi dovrebbe contenere la nuova definizione?

Servizi A e servizi B

Una questione ancora più importante riguarda l’ambito di applicazione degli appalti di servizi.

L’attuale direttiva distingue tra i cosiddetti “servizi A”¹⁶ e “servizi B”¹⁷. Mentre i servizi A sono soggetti integralmente alle procedure previste dalle direttive, l’aggiudicazione degli appalti per i servizi B dovrà rispettare unicamente le disposizioni sulle specifiche tecniche e sulla trasmissione di un avviso relativo al risultato dell’aggiudicazione degli appalti¹⁸. Tuttavia, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia europea, le amministrazioni aggiudicatrici che aggiudichino appalti per i servizi B sono tenute a rispettare le norme fondamentali del diritto primario dell’Unione, in particolare i principi generali di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, nel caso in cui gli appalti in questione presentino un interesse transfrontaliero certo¹⁹. Ciò implica l’obbligo di garantire pubblicità sufficiente per consentire agli operatori economici interessati di altri Stati membri di decidere se manifestare il proprio interesse per l’appalto.

Inizialmente, l’intenzione del legislatore era di limitare, per un periodo transitorio, l’applicazione integrale della direttiva ad alcuni specifici appalti di servizi che si riteneva potessero offrire un maggiore potenziale di crescita degli scambi transfrontalieri²⁰. Non si può ignorare che, in considerazione del carattere aperto dell’elenco dei “servizi B” (cfr. categoria 27: “Altri servizi”), l’applicazione integrale delle direttive ai servizi

¹⁶ Servizi elencati nell’allegato II A della direttiva 2004/18/CE o nell’allegato XVII A della direttiva 2004/17/CE.

¹⁷ Servizi elencati nell’allegato II B della direttiva 2004/18/CE o nell’allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE.

¹⁸ Cfr. articoli 20 e 21 della direttiva 2004/18/CE e articoli 31 e 32 della direttiva 2004/17/CE.

¹⁹ Cfr. sentenza del 13.11.2007 nella causa C-507/03, Commissione/Irlanda, punti 24-31.

²⁰ Cfr. considerando 19 della direttiva 2004/18/CE.

rappresenta in effetti un'eccezione, mentre il loro trattamento quali "servizi B" rappresenta la norma.

Esistono alcuni dubbi sull'opportunità di tale prassi alla luce degli sviluppi economici e giuridici che hanno interessato il mercato interno. Per alcuni dei servizi menzionati esplicitamente nell'elenco "B", come i servizi di trasporto per via d'acqua, i servizi alberghieri, i servizi di collocamento e di fornitura del personale o i servizi di sicurezza, sembra in effetti difficile presumere che essi presentino un minore interesse transfrontaliero rispetto ai servizi dell'elenco "A".

Inoltre, la distinzione tra servizi "A" e "B" è fonte di difficoltà e possibili errori nell'applicazione delle norme. Come per la classificazione degli appalti, ci sono i problemi legati a situazioni limite e appalti misti²¹. Inoltre, una tale distinzione non esiste nei sistemi della maggior parte dei partner commerciali. Pertanto, l'attuale situazione giuridica rende più difficile ottenere l'impegno dei partner commerciali ad un maggiore accesso ai loro mercati, dato che l'UE non è in grado di offrire contropartite, in special modo per i servizi diventati pertinenti per il mercato interno e gli scambi transfrontalieri.

La soluzione più logica sarebbe quella di eliminare la distinzione tra gli attuali servizi "B" e "A" e di applicare il regime ordinario a tutti gli appalti di servizi²², con il vantaggio di semplificare le norme vigenti. Se la presente consultazione dimostrasse la necessità di semplificare il regime generale, tale semplificazione renderebbe più facile l'abolizione del vigente regime speciale per i servizi B.

Domande

4. Ritenete opportuno riesaminare la distinzione tra servizi A e B?
5. Credete che le direttive sugli appalti pubblici debbano applicarsi a tutti i servizi, eventualmente sulla base di un regime ordinario più flessibile? In caso contrario, si prega di indicare per quale servizio (o per quali servizi) sarebbe necessario continuare a seguire il regime attualmente operativo per i servizi B, e per quali motivi.

Soglie

Al momento le soglie definite nelle direttive sono considerate troppo basse da alcune parti in causa, che di conseguenza ne chiedono l'aumento in ragione del fatto che l'interesse transfrontaliero viene considerato troppo limitato per giustificare gli oneri amministrativi di una procedura di aggiudicazione degli appalti per appalti di valore relativamente basso attualmente rientranti nell'ambito di applicazione delle direttive.

Tuttavia, in seguito all'aumento delle soglie un maggior numero di appalti sarebbe esente dall'obbligo di pubblicare il bando di gara in tutta l'UE, riducendo le opportunità economiche per le imprese di tutta l'Europa.

²¹ Cfr. articolo 22 della direttiva 2004/18/CE.

²² Per i servizi sociali, cfr. infra la sezione 4.4.

In ogni caso, occorre notare che tutti gli impegni internazionali assunti dall'UE comprendono soglie fissate esattamente allo stesso valore delle direttive vigenti, eccezion fatta per i cosiddetti servizi B (e in particolare i servizi sociali)²³. Tali soglie determinano le opportunità di accesso al mercato e rappresentano uno degli elementi più importanti in tutti questi accordi. Qualsiasi aumento delle soglie applicabili nell'UE comporterebbe automaticamente un aumento corrispondente in tutti gli accordi conclusi dall'UE (e quindi non soltanto nel quadro del GPA, ma anche in tutti gli altri accordi internazionali). Questa situazione, a sua volta, potrebbe dare luogo a richieste di compensazione, anche considerevoli, da parte dei nostri partner.

Domanda

6. Sareste favorevoli a innalzare le soglie per l'applicazione delle direttive UE, nonostante le conseguenze, descritte in precedenza, che ciò comporterebbe a livello internazionale?

Esclusioni

La sezione sugli “appalti esclusi” della direttiva 2004/18/CE²⁴ è piuttosto eterogenea: alcune delle esclusioni si basano su eccezioni/limitazioni dell'ambito di applicazione del trattato (articolo 14) o su considerazioni di coerenza con l'ordine giuridico internazionale (articolo 15) o ancora con altre discipline giuridiche (articolo 16, lettere c) ed e)), mentre altre sono il risultato di scelte politiche (articolo 16, lettere a), b), d), f), e articolo 17). Diventa quindi difficile applicare un concetto omnicomprensivo al momento di valutare la necessità di rivedere tali disposizioni. In ogni caso, il riesame di tali esclusioni deve essere considerato alla luce degli impegni internazionali assunti dall'Europa che attualmente riflettono le eccezioni e le deroghe comprese nelle direttive. L'introduzione di ogni nuova esclusione sarebbe certamente fonte di preoccupazione da questo punto di vista. Gli impegni internazionali lasciano comunque spazio all'aggiornamento o al chiarimento dei contenuti e della presentazione delle esclusioni. Sarebbe anche possibile prendere in considerazione la possibilità di abolire le esclusioni che potrebbero non essere più necessarie in seguito a sviluppi giuridici, politici o economici.

Domande

7. Ritenete adeguate le attuali disposizioni sugli appalti esclusi? Stimete opportuno riorganizzare la sezione pertinente o chiarire le singole esclusioni?
8. Ritenete necessario abolire, riconsiderare o aggiornare alcune esclusioni? In caso affermativo, quali? Che cosa proporreste?

²³ Per i servizi sociali, cfr. infra la sezione 4.4.

²⁴ Articoli 12-18, della direttiva 2004/18/CE.

1.3. Acquirenti pubblici

Appalto da parte di soggetti che appartengono alla sfera statale

La direttiva 2004/18/CE si applica agli appalti aggiudicati dallo Stato (e da ciascuna delle sue suddivisioni), da enti pubblici territoriali, da organismi di diritto pubblico e dalle associazioni costituite da uno o più di tali soggetti²⁵.

Mentre i concetti di “Stato” e di “enti pubblici territoriali” sono relativamente semplici, il concetto di “organismi di diritto pubblico” è più complesso, e abbraccia soggetti giuridicamente indipendenti che abbiano stretti legami con lo Stato e agiscano essenzialmente come enti statali. Tra questi si annoverano ad esempio gli organismi radiotelevisivi pubblici, le università, le casse di assicurazione malattia e le aziende di servizi municipali.

La definizione fornita dalla direttiva 2004/18/CE è stata oggetto di una serie di sentenze della Corte di giustizia europea. Sulla base di tale giurisprudenza, le relative condizioni possono essere sintetizzate come segue:

- (1) l’organismo è stato istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, non aventi carattere industriale o commerciale;
- (2) è dotato di personalità giuridica (sia in regime di diritto pubblico che di diritto privato);
- (3) la sua attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la sua gestione o supervisione è soggetta al controllo di questi ultimi (cfr. le condizioni precise dell’articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, lettera c)).

L’adeguata applicazione di tali elementi richiede un’accurata analisi caso per caso, che tenga conto di fattori quali il grado di concorrenza nel mercato e il fatto che l’organismo persegua uno scopo di lucro, sostenga le perdite e si assuma i rischi connessi alla propria attività.

Domanda

9. Ritenete adeguato l’approccio attualmente adottato per definire i committenti pubblici? In particolare, ritenete necessario chiarire e aggiornare il concetto di “organismo di diritto pubblico” sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia europea? In caso affermativo, che tipo di aggiornamento riterreste idoneo?

Imprese di servizio pubblico

Secondo il vigente regime degli appalti pubblici, è la direttiva 2004/17/CE a regolamentare specificatamente gli appalti nei settori dell’acqua, dell’energia, dei servizi di trasporto e dei servizi postali. Questi settori hanno alcune caratteristiche comuni: sono industrie in rete, ossia richiedono l’utilizzo di una rete fisica o “virtuale” (ad esempio, condotte, reti elettriche, infrastrutture postali, linee ferroviarie, ecc.), oppure sfruttano alcune aree geografiche, solitamente su base esclusiva, per fornire terminali o effettuare attività di prospezione al fine di estrarre minerali (petrolio, gas, carbone, ecc.).

²⁵ Per i soggetti obbligati ad applicare la direttiva 2004/17/CE, cfr. infra il punto 7.

Un'altra caratteristica di questi settori è che le attività in questione sono svolte non solo da amministrazioni pubbliche, ma anche – e in alcuni Stati membri soprattutto – da società commerciali, pubbliche o private, operanti sulla base di diritti speciali o esclusivi. Un motivo importante per introdurre norme sugli appalti pubblici in questi settori è stata la natura chiusa dei mercati in cui agiscono gli operatori, data l'esistenza di diritti speciali o esclusivi concessi dagli Stati membri in materia di approvvigionamento delle reti, di fornitura o di gestione delle stesse per erogare il servizio in questione. Si è ritenuto necessario estendere la disciplina sugli appalti pubblici ai gestori di servizi (commerciali) pubblici e privati in ragione del fatto che le amministrazioni nazionali possono influire sul comportamento di questi organismi in vari modi, anche decidendo di concedere (o no) diritti speciali o esclusivi o mediante la partecipazione al capitale e la rappresentanza negli organi di amministrazione, direzione o vigilanza degli organismi.

In altre parole, in mancanza di una sufficiente pressione competitiva, la disciplina realizzata con l'applicazione delle norme procedurali della direttiva sui servizi di pubblica utilità è stata ritenuta necessaria per garantire che l'appalto per lo svolgimento delle attività in questione si realizzasse in maniera trasparente e non discriminatoria. In mancanza di norme apposite, si temeva che le decisioni in materia di appalti da parte dei gestori di servizi potessero essere influenzate da favoritismi, preferenze locali o altri fattori.

Da allora, sia a livello UE che a livello nazionale, si sono realizzati processi di liberalizzazione per molti di questi settori (ad esempio, per l'elettricità e il gas, l'esplorazione e lo sfruttamento di idrocarburi, i servizi postali, ecc.). L'esperienza tuttavia dimostra che la "liberalizzazione", ossia il processo teso a ottenere libero accesso all'attività in questione, non genera necessariamente né automaticamente una forte concorrenza; i "gestori tradizionali" infatti conservano spesso cospicue quote di mercato, e in alcuni Stati membri la presenza di imprese di proprietà statale può anche distorcere il funzionamento del mercato.

La direttiva vigente contiene una disposizione, l'articolo 30, che consente alla Commissione di escludere alcuni appalti dall'ambito di applicazione della direttiva laddove il livello di concorrenza (nei mercati che godono di accesso illimitato) sia tale che la pressione competitiva garantisca la necessaria trasparenza e non discriminazione negli appalti per lo svolgimento di tali attività. Fino a oggi la Commissione ha adottato sedici decisioni di questo tipo relative a nove diversi Stati membri, e una domanda è stata ritirata. I settori interessati finora sono stati quelli dell'elettricità (produzione e vendita), del gas (vendita), del petrolio e del gas (naturale), nonché varie sezioni del settore postale (in particolare logistica, pacchi e servizi finanziari).

Un ultimo punto da considerare è che un crescente numero di soggetti privati sta ottenendo il diritto di operare in esito a procedure aperte e trasparenti, e quindi non gode di diritti speciali o esclusivi ai sensi della direttiva.

Si deve altresì notare che la portata effettiva della direttiva sui servizi di pubblica utilità è stata sancita a livello internazionale, nel GPA o in accordi bilaterali. Eventuali restrizioni dell'ambito di applicazione potrebbero modificare gli impegni internazionali assunti dall'UE, il che potrebbe dare origine a richieste di compensazioni.

Domande

10. Ritenete che le norme dell'UE in materia di appalti pubblici in questi settori siano ancora necessarie? Motivate la vostra risposta.
- 10.1. In caso affermativo: ritenete opportuno escludere alcuni settori attualmente rientranti nell'ambito di applicazione o, al contrario, credete che anche altri settori debbano essere assoggettati alle disposizioni in materia? Specificate quali settori devono rientrare nel campo di applicazione e motivate la vostra risposta.
11. Attualmente l'ambito di applicazione della direttiva è definito sulla base delle attività svolte dai soggetti, del loro status giuridico (pubblico o privato) e, se sono privati, dell'esistenza o assenza di diritti speciali o esclusivi. Ritenete che questi criteri siano pertinenti o si dovrebbero utilizzare criteri diversi? Motivate la vostra risposta.
12. Si può presumere che il perseguimento di uno scopo di lucro o l'etica commerciale delle aziende private siano sufficienti a garantire appalti aggiudicati in maniera obiettiva ed equa da parte di tali soggetti (anche quando operano sulla base di diritti speciali o esclusivi)?
13. La vigente disposizione contenuta nell'articolo 30 della direttiva costituisce uno strumento efficace per adeguare l'ambito di applicazione della direttiva all'evoluzione dei modelli di normativa e concorrenza nell'ambito dei mercati pertinenti (nazionali e settoriali)?

2. MIGLIORARE GLI STRUMENTI A DISPOSIZIONE DELLE AMMINISTRAZIONI AGGIUDICATRICI

Le amministrazioni aggiudicatrici talvolta lamentano il fatto che gli strumenti normativi previsti dalle norme dell'UE non sono del tutto adatti a soddisfare le loro esigenze in materia di acquisti. In particolare, esse sostengono la necessità di procedure più flessibili e/o sensibili. Sostengono inoltre che, in certi casi, l'applicazione integrale delle norme non è praticabile (in particolare nel caso di appalti aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici molto piccole); altre situazioni (alcune forme di cooperazione pubblico-pubblico) devono essere del tutto escluse dall'applicazione di tali norme. Ci sono anche alcuni settori di acquisti pubblici in cui gli strumenti forniti dalle norme dell'UE in materia di appalti pubblici potrebbero essere insufficienti (appalti comuni, problemi specifici che emergono dopo l'aggiudicazione dell'appalto).

Questi aspetti verranno analizzati nella sezione successiva. Le informazioni fornite dagli operatori economici dimostrano la necessità di alcuni obblighi fondamentali sanciti da norme UE per garantire condizioni di parità a livello europeo, mentre si potrebbero riesaminare alcune norme più dettagliate delle direttive vigenti. È opportuno osservare, però, che lo snellimento delle norme UE si scontrerà con alcuni limiti. Alcuni obblighi procedurali derivano direttamente dal GPA e dagli accordi bilaterali firmati dall'UE, quali le scadenze per procedure diverse, le condizioni da rispettare per ricorrere ad una procedura negoziata senza pubblicazione o alla pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione dell'appalto. Non sarebbe possibile rinunciare a questi requisiti o modificarli senza rinegoziare gli obblighi internazionali dell'UE. È altresì necessario tener presente che le norme UE sono integrate da un corpus di norme nazionali o regionali. Un regolamento abrogato a livello UE può essere

sostituito ad altri livelli, generando il rischio di accrescere la diversificazione della legislazione a livello nazionale e anche di un più frequente ricorso alla sovraregolamentazione nazionale (il cosiddetto *gold-plating*)²⁶. Un eventuale riesame delle norme procedurali dovrà essere effettuato anche tenendo conto dell'obiettivo di assicurare il massimo grado di coerenza possibile tra la normativa in materia di appalti pubblici e altre materie disciplinate dal diritto UE, quale il controllo degli aiuti di Stato.

Domande

14. Ritenete adeguato l'attuale livello di dettaglio delle norme UE in materia di appalti pubblici? In caso contrario, i dettagli forniti sono troppi o troppo pochi?

2.1. Modernizzare le procedure

Uno dei principali temi del dibattito pubblico è se le procedure contemplate dalle direttive sono ancora in grado di soddisfare le esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici e degli operatori economici, o se debbano essere modificate, e in caso affermativo, in che senso, soprattutto al fine di ridurre la complessità e gli oneri amministrativi, garantendo allo stesso tempo pari condizioni di concorrenza per gli appalti pubblici e risultati ottimali in materia di appalti.

Procedure generali

Le direttive vigenti prevedono un'ampia serie di strumenti e procedure. Sia la direttiva 2004/17/CE che la direttiva 2004/18/CE offrono ai committenti la possibilità di scegliere tra la procedura aperta²⁷ e la procedura ristretta²⁸. La situazione è leggermente diversa quando si tratta di procedura negoziata previa pubblicazione²⁹ del bando di gara. La direttiva sui servizi di pubblica utilità offre maggiore flessibilità³⁰, e di conseguenza le imprese di servizio possono decidere liberamente di aggiudicare i propri appalti mediante procedura negoziata, a condizione di aver pubblicato il bando di gara. D'altro canto, ai sensi della direttiva 2004/18/CE, le procedure negoziate senza previa pubblicazione possono essere utilizzate esclusivamente nelle specifiche circostanze elencate nell'articolo 30. In entrambe le direttive il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara è limitato a

²⁶ Con "*gold-plating*" si intende l'aggiunta mediante la legislazione nazionale di norme o obblighi supplementari agli standard previsti dalle pertinenti norme UE.

²⁷ Nella procedura aperta, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori pubblicano un bando di gara, sulla base del quale tutte le parti interessate possono presentare la propria offerta. Tra gli offerenti che soddisfano i criteri della selezione qualitativa, l'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'offerta che soddisfa al meglio il criterio di aggiudicazione indicato nel bando di gara (il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa). Questa procedura si applica in circa 3/4 di tutte le procedure nell'ambito di applicazione delle direttive.

²⁸ Nella procedura ristretta, tutti gli operatori economici possono rispondere al bando di gara manifestando il proprio interesse a partecipare, ma soltanto alcuni candidati, scelti sulla base dei criteri indicati nel bando, saranno invitati a presentare le proprie offerte.

²⁹ Nella procedura negoziata, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori consultano gli operatori economici di propria scelta e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto. Nella procedura aperta o ristretta non è possibile negoziare le condizioni dell'offerta.

³⁰ La maggiore flessibilità consentita dalla direttiva sui servizi di pubblica utilità è dovuta al fatto che essa si applica non soltanto alle amministrazioni pubbliche ma anche ad aziende commerciali, indipendentemente dal fatto che siano imprese pubbliche o private che svolgono la propria attività sulla base di diritti speciali o esclusivi. Le sue procedure quindi mirano ad avvicinarsi alle pratiche commerciali, in modo però da garantire un minimo di trasparenza e parità di trattamento.

situazioni eccezionali, che vengono esaurientemente elencate³¹ e sono oggetto di un'interpretazione restrittiva.

Nel settore dei servizi, i committenti possono utilizzare anche i concorsi di progettazione³². Nel 2004 sono stati introdotti nelle direttive numerosi strumenti e opzioni procedurali specifici, come il dialogo competitivo³³, i sistemi dinamici di acquisizione³⁴ o le aste elettroniche³⁵. L'ulteriore flessibilità procedurale introdotta nel 2004 comprende la possibilità di centralizzare l'appalto facendo ricorso ad una centrale di committenza³⁶ oppure mediante l'aggiudicazione di accordi quadro³⁷. Inoltre, nel contesto della crisi finanziaria, la Commissione ha ritenuto giustificato l'utilizzo di una procedura accelerata³⁸ per realizzare importanti progetti di investimenti pubblici nel 2009 e nel 2010.

Occorre ora esaminare se questa più ampia gamma di opzioni procedurali per accertare se le procedure previste dalla vigente direttiva siano ancora lo strumento migliore per garantire appalti efficienti, anche in vista della crescente importanza dei partenariati pubblico-privato. Sia l'articolazione dei diversi tipi di procedure in quanto tali che i vari requisiti imposti dalle direttive per le varie fasi della procedura³⁹ devono essere attentamente analizzati in relazione alla loro efficienza per garantire i migliori risultati in materia di appalti con il minor onere amministrativo⁴⁰.

³¹ Articolo 31 della direttiva 2004/18/CE, articolo 40, paragrafo 3, della direttiva 2004/17/CE.

³² I concorsi di progettazione sono procedure che consentono all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore di acquisire un piano o un progetto, selezionato da una commissione giudicatrice in base ad una gara: ad esempio un concorso per raccogliere idee sulla progettazione di un centro pubblico in un quartiere di cui si prevede il riassetto urbano. I concorsi di progettazione possono essere utilizzati anche in altri settori, ad esempio per acquisire piani per eventuali future strutture di una rete di comunicazione tra amministrazioni a diversi livelli.

³³ Secondo questa procedura che si applica per appalti particolarmente complessi, le condizioni dettagliate dell'appalto si possono determinare attraverso un dialogo tra l'amministrazione aggiudicatrice e i candidati; articolo 29 della direttiva 2004/18/CE (soltanto nella direttiva 2004/18/CE). Secondo statistiche recenti, il dialogo competitivo tuttavia è stato utilizzato in meno dello 0,4% delle procedure.

³⁴ Articolo 33 della direttiva 2004/18/CE.

³⁵ Articolo 54 della direttiva 2004/18/CE.

³⁶ Articolo 11 della direttiva 2004/18/CE.

³⁷ Al riguardo, è stata introdotta una nuova flessibilità soltanto nella direttiva 2004/18/CE (cfr. articolo 32), giacché le disposizioni vigenti (e diverse) della direttiva sui servizi di pubblica utilità (articolo 14) sono state ritenute soddisfacenti nello specifico contesto degli appalti in materia di servizi di pubblica utilità.

³⁸ Questa procedura è prevista dall'articolo 38, paragrafo 8, della direttiva 2004/18/CE nei casi in cui l'urgenza renda impossibile rispettare i termini minimi previsti. Cfr. comunicato stampa IP/08/2040 del 19 dicembre 2008.

³⁹ Ad esempio, le norme concernenti la pubblicazione di bandi, il contenuto del bando di gara, i termini per la procedura, i dati oggettivi per i criteri di selezione, documentazione e comunicazione con gli offerenti.

⁴⁰ Naturalmente, le più recenti tecnologie dell'informazione e della comunicazione presentano notevoli potenzialità di aumento delle procedure per tutte le parti e contribuiscono a ridurre la burocrazia, in particolare per quanto riguarda la raccolta e l'emissione di certificati. Questo aspetto del dibattito sulla modernizzazione non è però trattato nel presente Libro verde, in quanto rientra in una diversa consultazione relativa al Libro verde sull'estensione dell'uso degli appalti elettronici nell'UE (SEC(2010) 1214 del 18.10.2010).

Domande

15. Ritenete che le procedure fissate nelle direttive vigenti consentano alle amministrazioni aggiudicatrici di ottenere i migliori risultati in materia di appalti? In caso contrario, come è possibile migliorare le procedure per alleviare gli oneri amministrativi/ridurre i costi delle operazioni e la durata delle procedure e garantire allo stesso tempo che le amministrazioni aggiudicatrici ottengano il miglior rapporto qualità/prezzo?
16. Quali altri tipi di procedure, tra quelli non disponibili ai sensi delle direttive vigenti, potrebbero, secondo voi, aumentare l'efficienza sotto il profilo dei costi delle procedure in materia di appalti pubblici?
17. Ritenete che le procedure e gli strumenti previsti dalla direttiva per soddisfare esigenze specifiche e favorire la partecipazione privata agli investimenti pubblici mediante partenariati pubblico-privato (ad esempio il sistema dinamico di acquisizione, il dialogo competitivo, le aste elettroniche e i concorsi di progettazione) debbano essere conservati nella loro forma attuale, essere modificati (e in tal caso, in che modo) o essere aboliti?
18. Sulla base dell'esperienza acquisita con la procedura accelerata nel 2009 e nel 2010, sareste favorevoli a generalizzare la possibilità di abbreviare i termini in determinate circostanze? Ritenete che ciò sarebbe possibile senza mettere a rischio la qualità delle offerte?

Maggiore attività negoziale

Le parti interessate menzionano spesso la necessità di procedure d'appalto più flessibili e, in particolare, di garantire alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di negoziare le condizioni dell'appalto con i potenziali offerenti.

L'uso dei negoziati è consentito nell'ambito del GPA, a condizione che ciò sia comunicato nel bando di gara. Questa possibilità quindi potrebbe essere concessa nell'ambito della normativa generale dell'UE in materia di appalti pubblici, a condizione di rispettare i principi che garantiscono procedure eque e non discriminatorie. In tal modo le amministrazioni aggiudicatrici potrebbero godere di maggiore flessibilità per ottenere risultati più adatti alle proprie esigenze in materia di appalti.

Questa opzione dovrà essere discussa approfonditamente con tutte le parti interessate, le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici. I possibili vantaggi derivanti da una maggiore flessibilità e dalla potenziale semplificazione devono essere ponderati con i maggiori rischi di favoritismi e, più in generale, di decisioni eccessivamente soggettive derivanti dalla più ampia discrezionalità di cui godono le amministrazioni aggiudicatrici nella procedura negoziata. Tale soggettività renderebbe a sua volta più difficile dimostrare che l'appalto che ne risulta non configura un aiuto di Stato. Inoltre, la concessione di un più ampio spazio di manovra alle amministrazioni aggiudicatrici produrrà risultati utili soltanto se queste dispongono dell'esperienza tecnica, delle conoscenze del mercato e delle competenze necessarie per negoziare buone condizioni con i fornitori.

Infine, è necessario valutare attentamente il tipo e l'entità degli appalti per i quali i negoziati sarebbero più idonei. Le parti in causa affermano spesso che i negoziati sarebbero particolarmente idonei per l'aggiudicazione di appalti di minore valore. D'altro canto, potrebbero anche essere utili per gli appalti di progetti su vasta scala, in particolare mediante partenariati pubblico-privato. Data la complessità degli appalti per tali progetti, potrebbe rivelarsi ancora più necessario disporre di procedure particolarmente flessibili e ampi margini di negoziazione, nonché di esperienza tecnica da parte dell'amministrazione aggiudicatrice per condurre i negoziati.

Domande

19. Sareste favorevoli a consentire un maggior grado di negoziazione nelle procedure degli appalti pubblici e/o a generalizzare l'utilizzo della procedura negoziata previa pubblicazione?
20. Quanto alla seconda possibilità, ritenete che questa dovrebbe essere concessa per tutti i tipi di appalti/tutti i tipi di amministrazioni aggiudicatrici o soltanto a determinate condizioni?
21. Siete d'accordo nel ritenere che l'uso generalizzato della procedura negoziata potrebbe comportare alcuni rischi di abusi/discriminazioni? Oltre alle garanzie già previste dalle direttive per la procedura negoziata, ritereste necessario aggiungere altri strumenti per tutelare i principi di trasparenza e di non-discriminazione così da compensare il più alto livello di discrezionalità? In caso affermativo, quali potrebbero essere questi strumenti supplementari di tutela?

Beni e servizi commerciali

Il GPA prevede alcune norme speciali per "qualsiasi bene o servizio generalmente venduto o offerto in un contesto commerciale ad acquirenti non pubblici e da questi abitualmente acquistato ad un fine non pubblico". Si ritiene che i beni e i servizi commerciali siano reperibili sul mercato in forma standardizzata e quindi l'appalto di tali beni e servizi è semplificato dal fatto che prezzo, qualità e condizioni sono diffusamente consolidate nei mercati. Potrebbe essere opportuno introdurre procedure semplificate per l'acquisto di tali beni e servizi (ad esempio, procedure più flessibili con limiti di tempo più brevi).

Domanda

22. Ritenete opportuno prevedere procedure semplificate per l'acquisto di beni e servizi commerciali? In caso affermativo, quali forme di semplificazione proporreste?

Selezione e aggiudicazione

Ai sensi delle direttive vigenti, la scelta dell'aggiudicatario deve essere effettuata in due fasi. Durante la fase di selezione, l'amministrazione aggiudicatrice valuta la capacità e l'idoneità degli operatori economici. Ciò avviene sulla base di criteri di esclusione e conformemente ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, alle conoscenze od alle capacità professionali e tecniche. Nella fase di aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice esamina le offerte e sceglie la migliore; ciò avviene sulla base di criteri oggettivi connessi alla qualità dei prodotti e dei servizi proposti.

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia europea⁴¹, alle amministrazioni aggiudicatrici si chiede di operare una rigorosa distinzione tra criteri di selezione e criteri di aggiudicazione. La decisione di aggiudicazione di un appalto deve basarsi esclusivamente su criteri relativi ai prodotti e ai servizi offerti. Considerazioni legate alla capacità dell'offerente di realizzare l'appalto, alla sua esperienza, alla manodopera e alle attrezzature non sono consentite.

Anche il GPA distingue tra la selezione e la decisione di aggiudicazione di un appalto. Tale distinzione tuttavia è meno rigorosa rispetto a quella prevista dalla giurisprudenza summenzionata, dal momento che il GPA non proibisce esplicitamente la possibilità di tener conto, nella fase di aggiudicazione, di criteri che non siano connessi ai beni e ai servizi offerti, e consente quindi di prendere in considerazione criteri connessi all'offerente.

Le amministrazioni aggiudicatrici talvolta lamentano gli oneri amministrativi derivanti dalla necessità di verificare i criteri di selezione per tutti i candidati e gli offerenti prima di poter esaminare i criteri di aggiudicazione. Esse affermano che, in alcune circostanze, la possibilità di esaminare prima i criteri di aggiudicazione consentirebbe loro di accelerare la procedura, dal momento che i criteri di selezione dovrebbero essere esaminati soltanto in relazione all'aggiudicatario.

Sotto questo aspetto, potrebbe quindi essere opportuno riconsiderare l'organizzazione e la sequenza dell'esame dei criteri di selezione e di aggiudicazione nell'ambito del quadro procedurale; un'indicazione a riguardo ci giunge dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia europea, secondo la quale le direttive sugli appalti pubblici "non esclud[ono], in teoria, che l'accertamento dell'idoneità degli offerenti e l'aggiudicazione dell'appalto possano avvenire contemporaneamente", a condizione che "tali operazioni costituisc[ano] due operazioni distinte e s[iano] disciplinate da norme diverse"⁴². Da ciò si evince che non è importante tanto la sequenza delle fasi procedurali, quanto la distinzione fondamentale tra criteri di selezione e criteri di aggiudicazione.

Sarebbe opportuno esaminare con attenzione l'adeguatezza di questa possibilità. Un effettivo alleggerimento degli oneri amministrativi è concepibile soltanto in determinate circostanze. Esaminare i criteri di selezione dopo aver esaminato i criteri di aggiudicazione avrebbe senso soltanto se fosse possibile valutare rapidamente e facilmente i criteri di aggiudicazione per tutte le offerte. Questo potrebbe valere soprattutto per l'aggiudicazione di appalti concernenti l'acquisto di beni standard al prezzo più basso. Inoltre, sarebbe difficile adottare tale approccio in una procedura ristretta o negoziata, in cui i candidati da invitare a presentare un'offerta o a negoziare sono normalmente scelti sulla base di criteri di selezione qualitativa, e nel caso in cui si utilizzino sistemi di qualificazione.

Alcune parti interessate presentano proposte di più ampia portata che mettono in discussione la distinzione fondamentale tra criteri di selezione e di aggiudicazione. Esse affermano infatti che la possibilità di tener conto di criteri legati all'offerente, come l'esperienza e la qualificazione, quali criteri di aggiudicazione potrebbe contribuire a migliorare i risultati degli appalti.

⁴¹ Cfr. sentenze del 20.9.1988 nella causa 31/87 Beentjes, punti 15-19, del 24.1.2008 nella causa C-532/06 Lianakis, punto 30, e del 12.11.2009 nella causa C-199/07 Commissione/Grecia, punti 51-55.

⁴² Cfr. sentenze Lianakis, punto 27, e Commissione/Grecia, punto 51.

Non si può tuttavia ignorare che concedere questa possibilità modificherebbe sensibilmente il sistema procedurale previsto dalle direttive sugli appalti pubblici. La distinzione tra criteri di selezione e criteri di aggiudicazione garantisce l'equità e l'obiettività al momento del confronto delle offerte. Consentire l'inclusione di criteri legati all'offerente, come l'esperienza e la qualificazione, quali criteri di aggiudicazione potrebbe minare la comparabilità dei fattori da considerare e in ultima analisi violare il principio della parità di trattamento. Pertanto, la dipendenza da criteri relativi all'offerente potrebbe potenzialmente portare a distorsioni della concorrenza. Le proposte in tal senso quindi dovrebbero applicarsi, eventualmente, solo in circostanze limitate, ad esempio per tipi specifici di appalti, in cui le qualificazioni e i CV del personale disponibile siano di particolare rilevanza.

In ogni caso, qualsiasi cambiamento che influisca sul principio di separazione tra selezione e aggiudicazione dovrebbe essere considerato con estrema cautela. Potrebbe rivelarsi necessario fornire garanzie supplementari per tutelare l'equità e l'obiettività delle procedure.

Domande

23. Sareste favorevoli ad un approccio più flessibile all'organizzazione e alla sequenza dell'esame dei criteri di selezione e di aggiudicazione, nell'ambito della procedura di appalto? In caso affermativo, ritenete possibile esaminare i criteri di aggiudicazione prima dei criteri di selezione?
24. Pensate che potrebbe essere giustificato, in casi eccezionali, consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di tener conto di criteri legati all'offerente nella fase di aggiudicazione? In caso affermativo, in quali circostanze ciò sarebbe possibile, e quali garanzie supplementari sarebbero necessarie secondo voi per garantire l'equità e l'obiettività della decisione di aggiudicazione in un sistema di questo tipo?

Valutazione dei risultati passati

Secondo le parti interessate, le direttive vigenti non prevedono gli strumenti più adatti a tener conto delle esperienze precedenti che l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe aver acquisito in relazione alla prestazione degli offerenti. È vero che tener conto di tali esperienze potrebbe fornire utili orientamenti sulla qualità dell'offerente e del suo lavoro futuro. Questa possibilità però comporterebbe ovvi rischi di discriminazione tra gli offerenti. Sarebbe perciò necessario mettere in atto adeguate garanzie per assicurare parità di trattamento tra gli offerenti, trasparenza e una procedura equa.

Domanda

25. Ritenete che la direttiva debba esplicitamente consentire la possibilità di tener conto delle esperienze maturate in precedenza con uno o più degli offerenti? In caso affermativo, quali garanzie si renderebbero necessarie per prevenire pratiche discriminatorie?

Strumenti specifici per i servizi di pubblica utilità

Gli strumenti procedurali della direttiva sui servizi di pubblica utilità differiscono sostanzialmente da quelli della direttiva 2004/18/CE in vari punti. Per cominciare, essi sono caratterizzati da una maggiore flessibilità procedurale per gli enti aggiudicatori. Oltre alla libera scelta, menzionata in precedenza, di una procedura negoziata con indizione di gara, i

gestori dei servizi di pubblica utilità hanno due strumenti specifici a disposizione per organizzare gli appalti, ossia i sistemi di qualificazione⁴³ e gli avvisi periodici indicativi⁴⁴..

Ai sensi della vigente direttiva sui servizi di pubblica utilità, gli avvisi sull'esistenza di un sistema di qualificazione possono essere utilizzati come mezzo per indire una gara in relazione ad appalti per qualsiasi tipo di lavori, forniture o servizi da appaltare per la durata del sistema di qualificazione, indipendentemente dal numero delle singole procedure di appalto che verranno utilizzate a tale scopo. Se l'avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione è il mezzo scelto per indire la gara, l'appalto o gli appalti specifici in questione potranno essere aggiudicati soltanto mediante procedura ristretta o negoziata nella quale i partecipanti vengono scelti tra coloro – e soltanto tra coloro – che sono già qualificati conformemente alle norme che regolano il sistema in questione. I sistemi di qualificazione potrebbero essere uno strumento utile per l'appalto di lavori, forniture o servizi tecnicamente complessi⁴⁵, le cui procedure di qualificazione⁴⁶, per gli operatori economici, sono così lunghe che risulta vantaggioso per tutte le parti in causa utilizzare la stessa procedura di qualificazione per un certo numero di singole procedure di appalto, piuttosto che dover ripetere la procedura di qualificazione per ogni procedura di appalto.

Gli avvisi periodici indicativi possono essere utilizzati come mezzo per indire una gara in relazione ad appalti per qualsiasi tipo di lavori, forniture o servizi da appaltare per un periodo di dodici mesi, indipendentemente dal numero di singole procedure d'appalto che saranno utilizzate a tale scopo. Se l'avviso periodico indicativo è il mezzo scelto per indire la gara, l'appalto o gli appalti specifici non potranno essere aggiudicati mediante procedura aperta, ma soltanto mediante procedura ristretta o negoziata nella quale i partecipanti vengono scelti tra coloro – e soltanto tra coloro – che hanno manifestato il proprio interesse in risposta all'avviso periodico indicativo. Gli avvisi periodici indicativi vengono spesso utilizzati come mezzo per indire una gara per acquisti ripetuti di beni, servizi o lavori simili e uniformi e possono quindi favorire l'attività quotidiana dei gestori dei servizi di pubblica utilità.

Domanda

26. Ritenete necessarie norme specifiche per gli appalti realizzati da gestori di servizi di pubblica utilità? Le diverse norme che si applicano ai gestori di servizi di pubblica utilità e alle imprese pubbliche tengono adeguatamente conto delle specifiche caratteristiche degli appalti di servizi di pubblica utilità?

2.2. Strumenti specifici per amministrazioni aggiudicatrici più piccole

In particolare le amministrazioni aggiudicatrici più piccole lamentano spesso il fatto che l'applicazione del regime integrale delle norme procedurali e delle garanzie per l'aggiudicazione dei propri appalti (di valore relativamente ridotto) richiede una quantità sproporzionata di tempo e di lavoro. Per gli appalti di valore inferiore alle soglie previste dalle direttive, esse lamentano inoltre l'incertezza giuridica in relazione alla necessità di rispettare o no gli obblighi derivanti dal diritto primario. Entrambe queste preoccupazioni potrebbero essere affrontate come segue.

⁴³ Cfr. in particolare l'articolo 53.

⁴⁴ Cfr. l'articolo 42, paragrafo 3.

⁴⁵ Ad esempio materiale rotabile ferroviario, condotte ad alta pressione per gas ecc.

⁴⁶ In alcuni casi, più di sei mesi.

Un quadro procedurale più leggero per le amministrazioni aggiudicatrici locali e regionali per l'aggiudicazione di appalti di valore superiore alle soglie previste dalle direttive

Potrebbe essere opportuno istituire un quadro procedurale più snello per le amministrazioni aggiudicatrici locali e regionali, in modo da sfruttare appieno le flessibilità disponibili ai sensi del GPA per le amministrazioni subcentrali e i gestori dei servizi di pubblica utilità senza compromettere l'esigenza di trasparenza. Le vigenti direttive prevedono tali flessibilità soltanto per i gestori dei servizi di pubblica utilità, ma non per le amministrazioni aggiudicatrici locali e regionali; questo sistema differenziato darebbe alle amministrazioni locali maggiore libertà nell'attività relativa agli appalti e ridurrebbe gli oneri amministrativi nei settori in cui potrebbero essere sproporzionati. D'altro canto, l'istituzione di diversi livelli di obblighi procedurali potrebbe aumentare la complessità del quadro giuridico complessivo, con conseguenti difficoltà di recepimento e di applicazione pratica, in particolare per quanto riguarda l'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato⁴⁷.

Un elemento di un tale quadro procedurale più snello potrebbe essere la definizione di requisiti di pubblicazione meno rigorosi: ai sensi del GPA, un'amministrazione aggiudicatrice subcentrale può aggiudicare un appalto senza pubblicare uno specifico bando di gara, purché annunci la propria intenzione e pubblici informazioni specifiche in un avviso periodico indicativo o un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione⁴⁸. Grazie a questa possibilità, si potrebbero ridurre drasticamente gli oneri amministrativi sostenuti dalle amministrazioni aggiudicatrici. Un potenziale svantaggio potrebbe essere la minore accessibilità agli appalti per gli operatori economici, e di conseguenza una minore concorrenza per i singoli appalti.

Un'altra possibilità potrebbe essere quella di consentire l'uso generalizzato della procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara. Nella sezione 2.1 è stata già trattata la possibilità di consentire negoziati in generale; occorre esaminare con attenzione l'opportunità di concedere tale possibilità alle amministrazioni aggiudicatrici locali e regionali. Potrebbe essere utile adeguare l'appalto per tener conto delle esigenze e degli interessi specifici di tali amministrazioni. D'altro canto, non è sicuro che le amministrazioni aggiudicatrici più piccole dispongano del potere negoziale e delle competenze tecniche necessari per condurre negoziati con gli offerenti in condizioni di parità.

Domande

27. Ritenete che il regime integrale degli appalti pubblici sia adeguato o al contrario inadatto alle esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici più piccole? Motivate la vostra risposta.
28. In caso affermativo, sareste favorevoli ad un regime di appalti semplificato per le aggiudicazioni di appalti di valore relativamente ridotto da parte di amministrazioni aggiudicatrici locali e regionali? Secondo voi, quali dovrebbero essere le caratteristiche di un simile regime semplificato?

⁴⁷ Le norme sugli aiuti di Stato vertono sulla compensazione accordata piuttosto che sulle dimensioni dell'amministrazione aggiudicatrice. Ogni possibile revisione nel senso di un quadro procedurale più snello deve lasciare impregiudicata l'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato.

⁴⁸ Per maggiori chiarimenti su questi strumenti, cfr. la sezione 2.1.

Maggiore certezza giuridica per gli appalti di valore inferiore alle soglie previste dalle direttive

Molti degli appalti aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici locali e regionali più piccole sono di valore inferiore alle soglie previste dalle direttive. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia europea, tuttavia, l'aggiudicazione di tali appalti deve rispettare i principi fondamentali del diritto UE, ossia la trasparenza e la non discriminazione, se gli appalti presentano un interesse transfrontaliero. La Commissione ha espresso la propria opinione sugli obblighi derivanti dalla giurisprudenza della Corte nella *comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive "appalti pubblici"*⁴⁹.

Molte amministrazioni aggiudicatrici affermano che il chiarimento fornito dalla comunicazione potrebbe non essere sempre sufficiente in termini pratici, soprattutto quando si tratti di determinare se l'appalto presenta un interesse transfrontaliero. L'impossibilità di sapere con certezza se sia necessario rispettare i principi fondamentali in alcuni casi specifici darebbe luogo a difficoltà, soprattutto per le amministrazioni aggiudicatrici più piccole. L'importanza della questione risulta evidente anche dalle misure adottate a riguardo dagli Stati membri, nel contesto della crisi finanziaria.

Anche se gli appalti di valore inferiore alle soglie non sarebbero molto probabilmente coperti da una futura proposta legislativa, si potrebbe considerare l'opportunità di fornire ulteriori orientamenti per assistere le amministrazioni aggiudicatrici nel valutare l'eventuale esistenza di un interesse transfrontaliero certo in casi specifici.

Domanda

29. Ritenete che la giurisprudenza della Corte di giustizia europea, alla luce delle spiegazioni fornite dalla comunicazione interpretativa della Commissione, offra sufficiente certezza giuridica per aggiudicare appalti di valore inferiore alle soglie previste dalle direttive? O ritenete invece necessario fornire ulteriori orientamenti, ad esempio in merito all'eventuale esistenza di un interesse transfrontaliero, o adottare altre iniziative a livello UE? Su quali punti ritenete che ciò sia pertinente o necessario?

2.3. Cooperazione pubblico-pubblico

Un'altra questione che è stata oggetto di un controverso dibattito negli ultimi decenni riguarda la necessità di definire se, e in che misura, le norme sugli appalti pubblici debbano applicarsi agli appalti conclusi tra amministrazioni pubbliche.

Il principio di una concorrenza equa e aperta impedisce di escludere *automaticamente* gli appalti conclusi tra amministrazioni pubbliche dal campo di applicazione delle direttive UE in materia di appalti pubblici. È vero però che l'applicazione di queste norme non è adatta ad

⁴⁹ Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive "appalti pubblici" del 1.8.2006 (GU C 179 del 1.8.2006, pag. 2). Cfr. anche la sentenza del Tribunale del 20 maggio 2010 nella causa T-258/06 Germania/Commissione.

alcune forme di cooperazione tra le amministrazioni pubbliche, e quindi la Corte di giustizia europea non ritiene che tali forme di cooperazione si possano considerare appalti pubblici.

Essenzialmente, è necessario tracciare una linea di separazione tra gli accordi conclusi fra le amministrazioni aggiudicatrici per adempiere le proprie funzioni nell'ambito del proprio diritto di autorganizzazione, da un lato, e le attività di appalto che devono poter beneficiare di concorrenza aperta tra operatori economici, dall'altro. La Corte di giustizia europea distingue in modo particolare tra due scenari di cooperazione pubblico-pubblico non coperti dalle direttive UE in materia di appalti pubblici:

“Cooperazione interna”. Gli appalti aggiudicati ad un ente pubblico non vengono considerati appalti pubblici se tale ente è soggetto ad un controllo delle amministrazioni aggiudicatrici analogo al controllo da esse esercitato sui propri servizi e se il detto ente realizza la parte più importante della sua attività con le amministrazioni aggiudicatrici⁵⁰. Molte amministrazioni aggiudicatrici possono utilizzare lo stesso ente interno soggetto a controllo congiunto (cooperazione verticale/istituzionalizzata). La giurisprudenza della Corte tuttavia lascia in sospeso varie questioni, ad esempio l'esatto significato di “controllo analogo”, l'aggiudicazione di appalti dall'ente controllato all'ente/agli enti madre o ad un ente sorella interno (ossia un ente controllato dallo stesso ente madre).

“Cooperazione orizzontale”. In una sentenza⁵¹ più recente, la Corte ha concluso che l'utilizzo di enti interni a controllo congiunto non è l'unico modo per realizzare una cooperazione pubblico-pubblico, e che tale cooperazione può restare a livello puramente contrattuale (cooperazione orizzontale/non istituzionalizzata). Questo tipo di organizzazione non è coperto dalle norme UE in materia di appalti pubblici, nel caso di adempimento congiunto di una funzione pubblica esclusivamente da parte di enti pubblici, utilizzando risorse proprie, per un obiettivo comune e comportando diritti e obblighi reciproci che vanno al di là dell'“adempimento di una funzione a titolo oneroso” nel perseguimento dell'interesse pubblico.

A parte queste due forme di cooperazione, è necessario ricordare un altro caso, che non riguarda la “cooperazione” in senso stretto tra diverse amministrazioni aggiudicatrici, ma piuttosto il trasferimento di competenze di una funzione pubblica da un'amministrazione ad un'altra. Questo trasferimento di competenze non rientra nell'ambito di applicazione delle direttive UE in materia di appalti pubblici, se la responsabilità della funzione in quanto tale viene trasferita integralmente (invece di affidarne semplicemente l'adempimento effettivo ad un'altra amministrazione).

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia europea ha dato luogo ad un complesso quadro di possibili eccezioni per la cooperazione pubblico-pubblico, e l'esperienza dimostra che non sempre le amministrazioni aggiudicatrici sanno esattamente se e a quali condizioni le proprie relazioni rientrino nel campo di applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici, e a quali condizioni. Per rispondere a questa necessità di chiarimenti nel breve periodo, i servizi della Commissione forniranno orientamenti sull'interpretazione della giurisprudenza con un documento di lavoro dei servizi della Commissione che sarà pubblicato nel 2011.

⁵⁰ Cfr. ad esempio le cause C-107/98, Teckal; C-324/07, Coditel e C-573/07, Sea.

⁵¹ Causa C-480/06 Commissione/Germania.

Si tratta soprattutto di decidere se e in che modo affrontare il problema con norme legislative che fornirebbero in particolare una chiara definizione delle forme di cooperazione esterne all'ambito di applicazione delle direttive UE in materia di appalti pubblici.

Potrebbe essere utile analizzare se sia possibile elaborare un concetto che contenga alcuni criteri comuni per i regimi di cooperazione pubblico-pubblico esclusi. Un tale concetto deve essere articolato in modo da distinguere chiaramente tra le moderne forme di organizzazione dell'adempimento (congiunto) delle funzioni pubbliche da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, che sono guidate esclusivamente da considerazioni di interesse pubblico (ossia non sono regolate da norme in materia di appalti pubblici) da un lato; e dall'altro le operazioni puramente commerciali di vendita e di acquisto di beni e servizi nel mercato (regolate dalle norme). È perciò necessario esaminare con attenzione il modo in cui tale distinzione può essere attuata praticamente, anche in considerazione del contenuto delle recenti sentenze della Corte di giustizia europea. In tale contesto, gli aspetti seguenti sembrano particolarmente importanti.

In primo luogo, sembra evidente, sulla base della giurisprudenza della Corte⁵² che qualsiasi forma di cooperazione pubblico-pubblico esclusa dall'ambito di applicazione delle norme UE in materia di appalti pubblici dovrà rimanere puramente pubblica. Pertanto, in caso di partecipazione di capitale privato ad uno degli enti cooperanti, la cooperazione non potrà essere esentata in quanto tale dall'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici.

Un altro elemento che sembra importante è il criterio della “vocazione commerciale limitata” degli enti in questione, che più recentemente è stato elaborato dalla Corte di giustizia europea⁵³. Se gli enti in questione hanno una vocazione commerciale, sono attivi nel mercato in diretta concorrenza con gli operatori privati, perseguono gli stessi obiettivi od obiettivi commerciali simili e utilizzano gli stessi strumenti. La cooperazione che è esclusa dall'ambito di applicazione delle norme in materia di appalti e che mira ad adempiere una funzione pubblica non dovrebbe, in linea di principio, comprendere tali enti. I fornitori interni con una vocazione commerciale potrebbero anche sollevare dubbi sotto il profilo della concorrenza e degli aiuti di Stato.

Infine, vi è la questione del tipo di rapporto che sussiste tra gli enti cooperanti. Nell'ambito della cooperazione istituzionalizzata, è la presenza di un controllo interno (congiunto) che potrebbe portare a escludere dall'ambito di applicazione del regime degli appalti pubblici anche un accordo che normalmente vi sarebbe assoggettato. In mancanza di tale controllo, e per distinguere la cooperazione non istituzionalizzata da un normale appalto pubblico, sembra importante che detta cooperazione comporti diritti e obblighi reciproci che vadano al di là dell'“adempimento di una funzione a titolo oneroso” e che il principale obiettivo della cooperazione non sia di natura commerciale.

⁵² Causa C-26/03 Stadt Halle.

⁵³ Causa C-573/07 SEA, punto 73. L'obbligo contenuto nella sentenza C-480/06, per cui “l'attuazione di tale cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico e [...] viene salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati” va nella stessa direzione.

Domande

30. In considerazione di quanto sopra, ritenete utile adottare norme legislative a livello UE concernenti la portata e i criteri della cooperazione pubblico-pubblico?
31. Siete d'accordo nel ritenere necessaria l'elaborazione di un concetto dotato di alcuni criteri comuni per le forme di cooperazione pubblico-pubblico escluse? Quali sarebbero, a vostro parere, gli elementi importanti di tale concetto?
32. Preferireste piuttosto norme specifiche per diverse forme di cooperazione, sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia europea (ad esempio cooperazione orizzontale e interna)? In caso affermativo, motivate la vostra risposta e definite esattamente il tipo di norme auspicato.
33. Ritenete opportuno che le norme UE regolino anche i trasferimenti di competenze? Motivate la vostra risposta.

2.4. Strumenti adeguati per l'aggregazione della domanda e gli appalti comuni

Una delle questioni per cui le parti interessate deplorano spesso ciò che considerano una carenza di strumenti a livello UE è l'aggregazione della domanda e il coordinamento degli appalti pubblici tra le amministrazioni aggiudicatrici.

Coloro che sono favorevoli a tale aggregazione della domanda mettono in evidenza i considerevoli effetti positivi per fornitori e amministrazioni aggiudicatrici, che comprendono: economie di scala, minori costi di produzione a vantaggio delle imprese e dei contribuenti europei, maggiore potere di acquisto da parte delle amministrazioni pubbliche e possibilità per queste ultime di condividere competenze ed esperienze nonché costi e rischi correlati. In particolare la condivisione di costi e rischi favorirebbe anche l'appalto strategico di prodotti e servizi nuovi e innovativi, incoraggiando così lo sviluppo di nuovi prodotti e mercati⁵⁴.

Soprattutto la cooperazione transfrontaliera fra le amministrazioni aggiudicatrici dei diversi Stati membri potrebbe contribuire all'ulteriore integrazione dei mercati degli appalti, contrastando la frammentazione dei mercati europei lungo i confini nazionali e creando così una concreta base industriale europea competitiva a livello internazionale.

Le direttive vigenti offrono già una serie di strumenti per l'aggregazione della domanda, fra cui le centrali di committenza⁵⁵. Ci sono altri strumenti che non sono specificamente concepiti per aggregare la domanda, ma possono essere utilizzati a tale scopo, ad esempio la possibilità di concludere contratti quadro a cui partecipano varie amministrazioni aggiudicatrici. Naturalmente, le amministrazioni aggiudicatrici possono anche coordinare le proprie attività di appalto semplicemente condividendo le proprie esperienze o coordinando alcune fasi della procedura di appalto.

⁵⁴ Per questa ragione l'iniziativa faro "L'Unione dell'innovazione" (SEC(2010) 1161), intesa a rilanciare le politiche europee della ricerca e dell'innovazione nell'ambito della strategia Europea 2020, invita ad adottare un'iniziativa a livello UE per gli appalti comuni.

⁵⁵ Cfr. articolo 1, paragrafo 10, della direttiva 2004/18/CE.

È necessario tuttavia discutere la frequente richiesta di ulteriori e specifici strumenti a livello UE per aggregare la domanda, tra cui in particolare l'appalto comune transfrontaliero. Tali strumenti e meccanismi dovrebbero individuare il giusto equilibrio tra una più forte aggregazione della domanda nei settori strategici e la necessità di non limitare la concorrenza nei mercati degli appalti (in particolare a danno delle PMI), ad esempio dividendo gli appalti in lotti.

Per quanto riguarda gli appalti pubblici comuni transfrontalieri, potrebbero esserci altre questioni giuridiche da affrontare, ad esempio: la definizione della legislazione nazionale applicabile alla procedura di appalto pubblico e all'appalto stesso, la capacità delle amministrazioni aggiudicatrici di applicare una legislazione nazionale diversa dalla propria, la decisione in merito all'organismo competente nonché le norme applicabili per il riesame delle decisioni in materia di appalti, ecc.

Domande

34. In generale siete favorevoli ad una più forte aggregazione della domanda e ad un maggiore ricorso agli appalti comuni? Secondo voi, quali sono i benefici e/o gli svantaggi?
35. A vostro avviso, ci sono ostacoli che impediscono che l'aggregazione della domanda e agli appalti comuni possano effettuarsi in maniera efficiente? Ritenete che gli strumenti previsti da queste direttive per aggregare la domanda (centrali di committenza, contratti quadro) siano efficaci e sufficienti? In caso contrario, come si dovrebbero modificare tali strumenti? Quali altri strumenti o disposizioni sarebbero necessari secondo voi?
36. Ritenete che una più forte aggregazione della domanda e un maggiore ricorso agli appalti comuni potrebbero comportare rischi in termini di limitazioni della concorrenza e di ostacoli all'accesso delle PMI agli appalti pubblici? In caso affermativo, come sarebbe possibile ridurre i rischi?
37. Ritenete che gli appalti pubblici comuni sarebbero più adatti per alcune specifiche categorie di prodotti? In caso affermativo, specificate alcune di queste categorie e motivate la vostra risposta.
38. Ritenete che esistano problemi specifici per gli appalti comuni transfrontalieri (ad esempio in termini di legislazione applicabile e procedure di ricorso)? In particolare, ritenete che il diritto nazionale del vostro paese consentirebbe di assoggettare un'amministrazione aggiudicatrice ad una procedura di ricorso in un altro Stato membro?

2.5. Affrontare i problemi relativi all'esecuzione dell'appalto

Le vigenti direttive impongono la trasparenza preventiva per quanto riguarda le clausole di esecuzione dell'appalto (indicazione nel bando di gara o nelle specifiche) ma non disciplinano l'esecuzione dell'appalto. Alcuni problemi che si verificano durante la fase di esecuzione dell'appalto possono tuttavia avere gravi conseguenze in relazione alla non discriminazione degli offerenti e in relazione alla solidità degli acquisti pubblici in generale. Si tratta di decidere se le norme UE debbano fornire strumenti normativi più specifici per affrontare questi problemi in modo più efficace.

Modifiche sostanziali

Una questione particolarmente complessa è il problema dei successivi sviluppi che influiscono sull'appalto stesso o sulla sua esecuzione.

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia europea, le modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale⁵⁶.

La Corte ha già fornito alcune indicazioni sui casi in cui le modifiche debbano essere considerate sostanziali. Questo avviene in particolare quando esse introducano condizioni che avrebbero consentito la partecipazione o il successo di altri offerenti, allorché estendano l'appalto in modo considerevole oppure alterino l'equilibrio economico contrattuale⁵⁷. Le amministrazioni aggiudicatrici tuttavia hanno indicato che per alcuni tipi di modifiche la giurisprudenza non sembra stabilire con sufficiente chiarezza la necessità di una nuova procedura di appalto.

La presente consultazione mira ad accertare la necessità di un chiarimento giuridico a livello UE per definire le condizioni in cui la modifica dell'appalto imponga una nuova procedura di appalto. Tale chiarimento potrebbe anche affrontare le possibili conseguenze di tali modifiche (ad esempio prevedere una procedura di appalto più snella per l'aggiudicazione dell'appalto modificato)⁵⁸.

Domande

39. Ritenete opportuno che la direttiva sugli appalti pubblici regoli la questione delle modifiche sostanziali di un appalto mentre questo è ancora in vigore? In caso affermativo, quali elementi chiarificatori proporreste?
40. Qualora si renda necessario organizzare una nuova procedura competitiva in seguito alla modifica di una o più condizioni essenziali, ritereste giustificata l'applicazione di una procedura più flessibile? Che tipo di procedura proporreste?

Modifiche concernenti il contraente e risoluzione dell'appalto

Questioni complesse emergono inoltre in relazione alle modifiche concernenti il contraente scelto. Conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, la sostituzione della controparte contrattuale alla quale l'amministrazione aggiudicatrice aveva originariamente attribuito l'appalto con una nuova costituisce una modifica sostanziale, e pertanto richiede una nuova aggiudicazione di appalto a meno che tale sostituzione non sia contemplata nelle condizioni dell'appalto originario, ad esempio a titolo di subappalto. Ciò non si applica, tuttavia, nei casi in cui un appalto sia trasferito ad un altro contraente

⁵⁶ Cfr. sentenze del 5.10.2000 nella causa C-337/98 Commissione/Francia, punti 44 e 46, del 19.6.2008 nella causa C-454/06 presstext Nachrichtenagentur, punti 34-37, e del 13.4.2010 nella causa C-91/08 Wall AG, punti 37.

⁵⁷ Cfr. sentenza presstext Nachrichtenagentur, punti 35-37.

⁵⁸ L'articolo 31, paragrafo 4, della direttiva 2004/18/CE offre già una soluzione per alcune modifiche particolari, consentendo il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara per l'esecuzione di lavori o servizi complementari in alcune circostanze.

appartenente allo stesso gruppo nell'ambito di una riorganizzazione interna⁵⁹. D'altro canto, in situazioni eccezionali la sostituzione del subappaltatore può essere considerata una modifica sostanziale dell'appalto, anche qualora la possibilità di sostituzione sia prevista dalle condizioni dell'appalto⁶⁰.

L'esperienza delle parti in causa induce a ritenere che non soltanto la sostituzione del contraente con altro soggetto giuridico, ma anche eventuali modifiche del suo status possono influire considerevolmente sull'equilibrio contrattuale o sulla buona esecuzione (ad esempio eventi che influiscano negativamente sulla capacità di eseguire l'appalto, come il fallimento, esperti cruciali per l'azienda che la abbandonano, ecc.).

Inoltre, sarebbe opportuno verificare se siano necessari strumenti a livello UE per assistere le amministrazioni aggiudicatrici nell'affrontare tali situazioni in maniera adeguata, ad esempio prevedendo il diritto delle amministrazioni aggiudicatrici di procedere alla risoluzione dell'appalto nel caso di sostanziali modifiche concernenti il contraente, e/o una nuova procedura semplificata per sostituire il precedente contraente in tali circostanze⁶¹.

La stessa possibilità concessa esplicitamente alle amministrazioni aggiudicatrici di procedere alla risoluzione dell'appalto potrebbe essere necessaria anche nei casi in cui la Corte di giustizia europea dichiara che un appalto specifico è stato aggiudicato in violazione delle norme UE in materia di appalti pubblici. Benché gli Stati membri siano obbligati a procedere alla risoluzione di appalti concessi in violazione delle norme UE⁶², alcune legislazioni nazionali non prevedono il diritto di risoluzione di tali appalti, il che rende difficile – se non di fatto impossibile – per le amministrazioni aggiudicatrici adottare le misure più adeguate per rispettare le sentenze della Corte nei casi di violazione.

Domande

41. Ritenete che le norme UE sulle modifiche, in relazione all'esecuzione dell'appalto, avrebbero un valore aggiunto? In caso affermativo, quale sarebbe il valore aggiunto di norme a livello UE? In particolare, le norme UE dovrebbero prevedere l'obbligo o il diritto esplicito delle amministrazioni aggiudicatrici di modificare il fornitore, di procedere alla risoluzione dell'appalto in alcune circostanze? In caso affermativo, in quali circostanze? Ritenete che l'UE debba adottare procedure specifiche secondo le quali il nuovo fornitore deve/può essere scelto?
42. Siete d'accordo nel ritenere che le direttive UE sugli appalti pubblici debbano imporre agli Stati membri di prevedere, nell'ambito della legislazione nazionale, il diritto di risoluzione degli appalti che siano stati aggiudicati in violazione della legislazione sugli appalti pubblici?

Più in generale, la normativa nazionale sull'attuazione degli appalti è piuttosto dettagliata in molti Stati membri e può essere fonte di oneri amministrativi (ad esempio, norme sulle garanzie di esecuzione, termini di consegna, rispetto dei termini, fatturazione degli

⁵⁹ Sentenza presstext Nachrichtenagentur, punto 40.

⁶⁰ Cfr. sentenza Wall AG, punto 39.

⁶¹ Tale procedura potrebbe anche offrire soluzioni intermedie, come la possibilità di conferire il mandato al secondo miglior offerente della procedura di appalto iniziale o di riaprire la gara soltanto per gli offerenti che hanno partecipato alla procedura iniziale, a condizione che non sia trascorso un periodo di tempo eccessivo dalla procedura iniziale.

⁶² Cfr. causa C-503/04 Commissione/Germania.

adeguamenti, ecc.). Sarebbe forse possibile ridurre il numero delle norme nazionali in questo settore introducendo standard comuni per alcuni aspetti a livello UE.

Domanda

43. Ritenete che alcuni aspetti dell'esecuzione dell'appalto debbano essere disciplinati a livello UE? Quali? Definite con precisione.

Subappalto

La normativa vigente contiene soltanto norme molto limitate in materia di subappalto. L'articolo 25 della direttiva 2004/18/CE prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possano obbligare l'offerente a indicare, nella sua offerta, le parti dell'appalto che intende subappaltare. Tuttavia, ai sensi della giurisprudenza della Corte di giustizia europea, in linea di principio un offerente ha il diritto di ricorrere a subappaltatori per l'esecuzione dell'appalto, anche nel caso in cui ciò significhi che gran parte dell'appalto o l'intero appalto verrà eseguito da subappaltatori. Il subappalto di parti essenziali dell'appalto può essere limitato o proibito nei casi in cui l'amministrazione aggiudicatrice non sia in grado di controllare le capacità tecniche e finanziarie dei subappaltatori.

Alcune delle parti in causa chiedono maggiori restrizioni al subappalto per consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di esercitare maggiore influenza sull'esecuzione dell'appalto. Esse sostengono, ad esempio, la possibilità di escludere del tutto il subappalto o almeno per le sue parti essenziali, o comunque di limitarlo ad una certa percentuale dell'appalto, o ancora la possibilità di conferire all'amministrazione aggiudicatrice il diritto generale di respingere i subappaltatori proposti.

Domanda

44. Ritenete che le amministrazioni aggiudicatrici debbano avere maggiori opportunità di influire sui subappalti effettuati dall'aggiudicatario dell'appalto? In caso affermativo, quali strumenti proponete?

3. UN MERCATO EUROPEO DEGLI APPALTI PIÙ ACCESSIBILE

Uno dei principali obiettivi della normativa UE in materia di appalti pubblici è quello di consentire agli operatori economici di competere effettivamente per gli appalti pubblici in altri Stati membri. Al riguardo si sono ottenuti notevoli successi a partire dall'introduzione delle prime direttive sugli appalti pubblici risalenti agli anni '70. Sembra ancora possibile però migliorare la situazione per creare un vero mercato europeo degli appalti che sia pienamente accessibile a tutte le imprese europee; ciò riguarda soprattutto la possibilità di favorire l'accesso delle PMI e di aumentare la competitività dei mercati degli appalti in generale.

Domanda

45. Ritenete che le direttive vigenti consentano agli operatori economici di avvalersi appieno delle opportunità di appalto nel mercato interno? In caso contrario, quali disposizioni non ritenete adeguate alle esigenze degli operatori economici, e per quali motivi?

3.1. Migliorare l'accesso delle PMI e delle imprese in fase di avviamento (*start-up*)

L'obiettivo delle direttive sugli appalti pubblici è di aprire il mercato degli appalti pubblici a tutti gli operatori economici, indipendentemente dalle loro dimensioni. Si deve però prestare particolare attenzione alla questione dell'accesso delle piccole e medie imprese (PMI)⁶³ a questi mercati.

Le PMI vengono considerate la spina dorsale dell'economia dell'UE, e presentano grandi potenzialità di creazione di posti di lavoro, di crescita e di innovazione. Un accesso agevole ai mercati degli appalti può aiutarle a sfruttare queste potenzialità di crescita e di innovazione, esercitando allo stesso tempo un impatto positivo sull'economia europea. Inoltre, una forte partecipazione delle PMI agli appalti pubblici consente alle amministrazioni aggiudicatrici di ampliare considerevolmente la base potenziale dei fornitori, con effetti positivi di maggiore concorrenza per gli appalti pubblici e come contrappeso agli operatori dominanti.

Per favorire l'accesso delle PMI agli appalti pubblici di ogni valore la Commissione ha pubblicato nel 2008 il "Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici"⁶⁴. Il Codice mette in evidenza e sviluppa una serie di pratiche nell'ambito del quadro normativo dell'UE che ottimizzano le offerte per la partecipazione delle PMI e garantisce pari opportunità per questo gruppo di offerenti.

Secondo uno studio recente svolto su richiesta della Commissione europea⁶⁵, tra il 2006 e il 2008, nell'UE-27 la percentuale di PMI tra le aziende cui sono stati aggiudicati appalti pubblici *al di sopra delle soglie fissate dall'UE* oscillava tra il 58% e il 61%. In termini di valore complessivo degli appalti, secondo le stime le PMI si sono aggiudicate il 31%-38% degli appalti pubblici mentre la loro quota complessiva nell'economia, calcolata sulla base del loro fatturato combinato è pari al 52%.

Su queste basi, si può pensare di introdurre misure legislative a livello UE per garantire che le amministrazioni aggiudicatrici sfruttino appieno le potenzialità economiche e innovative delle PMI nelle loro operazioni di appalto.

Riduzione degli oneri amministrativi nella fase di selezione

Le informazioni fornite dalle PMI fanno pensare che i principali ostacoli alla loro partecipazione a gare pubbliche di appalto siano da ricercarsi nella fase di selezione. Da un lato, ciò riguarda le prove da fornire. Il gran numero di certificati che spesso vengono richiesti nella fase di selezione comporta un onere amministrativo che potrebbe essere difficile da sostenere per le PMI, soprattutto in un contesto transfrontaliero quando è anche necessario tradurre i certificati. Dall'altro, i criteri di selezione sono spesso così severi (ad esempio requisiti di fatturato o numero degli appalti di riferimento richiesti) che è praticamente impossibile per le PMI soddisfarli.

⁶³ Cfr. anche la richiesta rivolta dal Parlamento europeo alla Commissione di adoperarsi maggiormente per agevolare l'accesso delle PMI ai mercati degli appalti nella relazione sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici ([2009/2175\(INI\)](#)).

⁶⁴ Documento di lavoro dei servizi della Commissione SEC(2008) 2193.

⁶⁵ Valutazione dell'accesso delle PMI ai mercati degli appalti pubblici nell'Unione europea (aggiornamento 2009), realizzata nel settembre 2010. Commissionata dalla direzione generale Imprese e Industria. Società di consulenza: GHK.

Per quanto riguarda il primo punto (prove richieste per soddisfare i criteri di selezione), una soluzione che viene spesso proposta potrebbe essere quella di consentire in generale alle imprese di presentare in una prima fase soltanto una sintesi delle informazioni rilevanti per la selezione e/o fornire un'autocertificazione in cui si dichiara di soddisfare i criteri di selezione. In linea di principio, soltanto all'aggiudicatario o agli offerenti ammessi alla fase di aggiudicazione si chiederebbe di presentare i documenti giustificativi (certificati). L'amministrazione aggiudicatrice tuttavia avrebbe la possibilità di richiedere i documenti in qualsiasi momento durante o anche dopo la procedura di appalto ai fini della lotta antifrode. Questo permetterebbe di ridurre gli oneri amministrativi, soprattutto per le piccole e medie imprese, senza compromettere le garanzie necessarie per effettuare scelte corrette.

Per quanto riguarda il secondo punto (criteri di selezione troppo rigorosi) potrebbe essere opportuno introdurre nelle norme UE un limite a certi requisiti per la selezione qualitativa, soprattutto per quanto riguarda la capacità finanziaria. In tal modo si potrebbe evitare che le amministrazioni aggiudicatrici fissino criteri di selezione eccessivamente severi (ad esempio in merito al fatturato) che inevitabilmente escludono le PMI. Questa misura rafforzerebbe ulteriormente l'obbligo già vigente di applicare criteri di selezione proporzionati. D'altro canto però limiterebbe la libertà delle amministrazioni aggiudicatrici di determinare quali standard ritengano necessari per garantire l'adeguata esecuzione dell'appalto.

Altri suggerimenti

Anche le parti interessate talvolta hanno proposto di introdurre misure di discriminazione positiva per le PMI, come la fissazione anticipata di quote di appalto riservate esclusivamente alle PMI. A differenza di alcuni dei nostri partner commerciali che hanno introdotto tali misure, l'UE non è favorevole a riservare i mercati a specifiche imprese. Tali azioni sarebbero anche in contraddizione con il principio di parità di trattamento degli offerenti, un pilastro del regime degli appalti pubblici dell'UE, riconosciuto dalla Corte di giustizia come una delle libertà sancite dal trattato.

Tuttavia, le misure amministrative interne che esortano le amministrazioni aggiudicatrici a fare il possibile per migliorare l'accesso delle PMI ai loro appalti pubblici sarebbero un'altra opportunità da considerare. Si potrebbero fissare obiettivi di partecipazione delle PMI al complesso degli appalti. Questo sistema non comporterebbe la necessità di *riservare specifici appalti* alle PMI, ma si limiterebbe a offrire incentivi alle amministrazioni aggiudicatrici affinché ottimizzino l'impiego degli strumenti disponibili per garantire appalti che tengano conto delle esigenze delle PMI.

Un'altra opzione sarebbe quella di consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere all'aggiudicatario dell'appalto di subappaltare una certa quota del valore dell'appalto a terzi. Quest'obbligo è già sancito dalla direttiva 2004/18/CE per le concessioni di lavori pubblici (articolo 60) e dalla direttiva 2009/81/CE sugli appalti in materia di difesa e sicurezza (articolo 21).

Domande

46. Ritenete che le norme e la politica dell'UE in materia di appalti pubblici siano già sufficientemente attente alle necessità delle PMI? O in alternativa, ritenete che sia necessario rivedere alcune norme della direttiva o introdurre misure supplementari per favorire la partecipazione delle PMI agli appalti pubblici? Motivate la vostra scelta.

47. Siete del parere che alcune delle misure previste dal Codice di buone pratiche debbano diventare obbligatorie per le amministrazioni aggiudicatrici, come la suddivisione in lotti (soggetta ad alcune condizioni)?
48. Ritenete che le norme concernenti la scelta dell'offerente comportino oneri amministrativi sproporzionati per le PMI? In caso affermativo, come si potrebbero alleggerire le norme senza mettere a rischio le garanzie di trasparenza, non discriminazione ed esecuzione degli appalti di elevata qualità?
49. Sareste favorevoli ad una soluzione che richieda la presentazione e la verifica di prove soltanto per i candidati preselezionati/l'aggiudicatario?
50. Ritenete che l'autocertificazione siano uno strumento adeguato per alleggerire gli oneri amministrativi in relazione alle prove richieste per i criteri di selezione, o che non siano sufficientemente attendibili per sostituire i certificati? In quali ambiti potrebbe essere utile l'autocertificazione (soprattutto per i fatti che rientrano nel raggio di azione dell'impresa stessa) e in quali invece non sarebbe utili?
51. Siete d'accordo nel ritenere che requisiti di fatturato eccessivamente rigorosi tesi a dimostrare la capacità finanziaria possano rappresentare un problema per le PMI? Ritenete che la normativa UE debba fissare un rapporto massimo per garantire la proporzionalità dei criteri di selezione (ad esempio: il fatturato massimo richiesto non può superare un certo multiplo del valore dell'appalto)? Avete altri strumenti da proporre per garantire che i criteri di selezione siano proporzionati al valore e all'oggetto dell'appalto?
52. Quali sono i vantaggi e gli svantaggi di un'opzione che preveda che gli Stati membri abbiano la facoltà di consentire o di richiedere alle rispettive amministrazioni aggiudicatrici di obbligare l'aggiudicatario dell'appalto a subappaltare a terzi una certa quota dell'appalto principale?

3.2. Garantire una concorrenza equa ed effettiva

I committenti pubblici acquistano spesso in mercati caratterizzati da strutture anticoncorrenziali⁶⁶. In questi mercati, l'obiettivo delle norme in materia di appalti pubblici – ossia una concorrenza aperta ed effettiva – potrebbe essere difficile da raggiungere applicando semplicemente le norme procedurali previste dalle vigenti direttive. Le decisioni in materia di appalti adottate senza considerare le strutture del mercato, benché siano del tutto conformi alle norme contenute nelle direttive, comportano il rischio di consolidare o addirittura di aggravare le strutture anticoncorrenziali. Questo vale in modo particolare nei casi in cui il valore dell'appalto sia particolarmente elevato e per i settori nei quali le amministrazioni pubbliche siano i principali clienti e la domanda privata non sia sufficiente a compensare l'impatto degli acquisti delle amministrazioni pubbliche sul mercato.

⁶⁶ In molti Stati membri il mercato dello smaltimento dei rifiuti è dominato da uno o due grandi operatori. Il settore edile, almeno per quanto riguarda i grandi progetti infrastrutturali, è oligopolistico e soggetto alla formazione di cartelli. Altri esempi sono le forniture IT, il mercato dell'elettricità in alcuni Stati membri, come illustrato dalle decisioni ex articolo 30 adottate per il mercato dell'elettricità nella Repubblica ceca, in Spagna e in Italia, e il mercato di alcuni servizi postali in alcuni Stati membri, come illustrato dalle decisioni ex articolo 30 adottate per il settore postale in Svezia, Finlandia e Austria.

Per garantire appalti intelligenti miranti a massimizzare la concorrenza in questi mercati, sarebbe necessario in primo luogo che i committenti conoscano la struttura dei mercati stessi. Inoltre, essi dovrebbero adeguare le proprie strategie di appalto (articolazione degli appalti e scelte procedurali). Ad esempio, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero evitare di bandire appalti che possano essere eseguiti soltanto da uno o pochi operatori di mercato, perché non si farebbe che consolidare le strutture oligopolistiche rendendo quasi impossibili nuovi accessi al mercato. Nel peggiore dei casi, l'amministrazione aggiudicatrice si ritroverebbe con un fornitore dominante che potrebbe dettare le condizioni e i prezzi dell'appalto.

Ovviamente la forma giusta degli appalti dipende dalla struttura del mercato pertinente. Se i concorrenti minori che operano sul mercato sono in grado di fornire il servizio o i prodotti in questione su scala più ridotta, un modo efficace per intensificare la concorrenza potrebbe essere la riduzione del volume/della durata degli appalti. Sarebbe altresì possibile assicurare una concorrenza efficiente dividendo l'appalto in lotti, eventualmente definendo il numero massimo di lotti che possono essere aggiudicati ad un unico offerente. Se tra le imprese minori non ci sono abbastanza concorrenti, un'alternativa per garantire una concorrenza efficiente potrebbe essere quella di raggruppare gli acquisti in un unico appalto, per attirare potenziali concorrenti da altri Stati membri.

Vengono menzionati spesso altri strumenti che possono assicurare un'efficiente concorrenza nei mercati degli appalti, e che potrebbero essere introdotti a livello UE quali scelte opzionali da offrire agli Stati membri o alle amministrazioni aggiudicatrici. Come si è detto, criteri di selezione meno esigenti normalmente fanno aumentare il numero di offerte valide⁶⁷. È possibile evitare appalti svantaggiosi imposti da fornitori dominanti previa definizione di un prezzo massimo di riserva, oltre il quale l'appalto non viene aggiudicato, oppure con la possibilità di cancellare la procedura se soltanto l'offerta (o le offerte) di un offerente passano la fase di selezione.

Più in generale, è opportuno prendere in considerazione misure volte a favorire la partecipazione degli offerenti di altri Stati membri, ogni qualvolta sia possibile. Come è già stato fatto notare, esiste un cospicuo potenziale da sfruttare per accrescere gli scambi intraeuropei nel settore degli appalti pubblici, al fine di creare un vero mercato europeo degli appalti. In tal modo si moltiplicherebbero le opportunità economiche per le imprese europee e si accrescerebbe allo stesso tempo la base potenziale dei fornitori per le amministrazioni aggiudicatrici. Tra le misure volte a favorire la partecipazione transfrontaliera si possono citare un migliore riconoscimento reciproco dei certificati (o addirittura la realizzazione di un sistema comune europeo di prequalificazione). Secondo alcune parti in causa per certi appalti di valore elevato, potrebbe essere utile redigere le specifiche dell'offerta in una seconda lingua o accettare le offerte in lingua straniera. Si potrebbe anche considerare l'utilizzo di un sistema di traduzione automatica – almeno per fornire informazioni preliminari – per alcune fasi della procedura.

Tutte le misure volte a garantire la concorrenza nei mercati degli appalti presuppongono che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di una buona conoscenza dei mercati sui quali effettuano i loro acquisti (ad esempio, realizzando studi sulla struttura e la conformazione del mercato scelto prima dell'effettivo appalto). Mettere in atto queste o altre garanzie richiederebbe uno sforzo ulteriore da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, che

⁶⁷ Requisiti meno severi in termini di fatturato favoriscono la partecipazione delle aziende minori, requisiti meno rigorosi in termini di esperienze precedenti favoriscono nuovi accessi al mercato, ecc.

probabilmente sarebbe giustificato solo per appalti di valore elevato con un notevole impatto potenziale sulla struttura del mercato.

Domande

53. Siete d'accordo nel ritenere che gli appalti pubblici possano esercitare una notevole influenza sulle strutture del mercato e che i committenti, ove possibile, debbano adeguare le proprie strategie di appalto per contrastare strutture anticoncorrenziali del mercato?
54. Ritenete che la politica e le norme UE in materia di appalti pubblici debbano prevedere strumenti (facoltativi) per incoraggiare simili strategie di appalto che favoriscono la concorrenza? In caso affermativo, quali strumenti proponete?
55. Nell'attuale contesto, ritenete necessari iniziative o strumenti più specifici per incoraggiare la partecipazione degli offerenti di altri Stati membri? In caso affermativo, specificare quali.
56. Ritenete necessario migliorare il reciproco riconoscimento dei certificati? Sareste favorevoli alla creazione di un sistema di prequalificazione su scala europea?
57. Come proponete di affrontare la questione delle barriere linguistiche? Siete del parere che le amministrazioni aggiudicatrici debbano essere obbligate a redigere le specifiche dell'offerta, per appalti di valore elevato, in una seconda lingua o ad accettare offerte in lingue straniere?
58. Quali strumenti potrebbero istituire le norme in materia di appalti pubblici per contrastare l'affermarsi di fornitori dominanti? Come si potrebbero tutelare maggiormente le amministrazioni aggiudicatrici dal potere dei fornitori dominanti?

Prevenire comportamenti anticoncorrenziali

Una questione correlata è il problema dei comportamenti anticoncorrenziali nei mercati degli appalti. I mercati degli appalti sembrano tra l'altro particolarmente soggetti a comportamenti collusivi dei partecipanti (turbativa d'asta, spartizione del mercato, ecc.)⁶⁸, tra l'altro a causa della stabilità e della prevedibilità della domanda pubblica. Alcuni analisti inoltre ritengono che sia la trasparenza del processo a provocare di fatto la formazione di cartelli.

Benché il numero delle violazioni della legge sulla concorrenza nelle procedure di appalti pubblici sia tutt'altro che marginale⁶⁹, le vigenti norme UE in materia di appalti pubblici non affrontano specificamente la questione. Finora, si riteneva possibile affrontare il problema con efficienza sulla base delle norme vigenti, ad esempio offrendo linee guida agli enti appaltanti sul modo di prevenire e individuare comportamenti collusivi.

Sarebbe però opportuno chiedersi se tali linee guida siano sufficienti a contrastare la collusione in maniera efficiente nell'ambito dei mercati degli appalti, o se invece siano

⁶⁸ Cfr. anche l'ampio lavoro dell'OCSE, ad esempio le linee guida per la lotta contro le turbative d'asta negli appalti pubblici: http://www.oecd.org/document/29/0,3343,en_2649_40381615_42230813_1_1_1_1,00.html

⁶⁹ Per alcuni "famosi" cartelli nei mercati degli appalti pubblici, cfr. ad esempio la causa relativa ai buoni mensa in Italia o la causa "Lycées de l'Ile-de-France" in Francia.

necessari specifici strumenti legislativi, quali regole di esclusione più severe in caso di turbativa d'asta; la possibilità di non divulgare alcune informazioni o l'uso obbligatorio della procedura negoziata in settori in cui la formazione di cartelli sia molto probabile; l'uso di certificati di determinazione indipendente delle offerte; l'obbligo per i committenti di consultare le autorità responsabili della concorrenza nel caso di offerte sospette, ecc.

L'esperienza acquisita induce a ritenere che potrebbe essere utile rendere "a prova di collusione" alcuni strumenti che sono particolarmente a rischio di abusi a fini collusivi. Ad esempio, il subappalto di alcune parti dell'appalto è un modo comune con cui l'aggiudicatario ricompensa i membri del cartello per aver rispettato l'accordo di cartello. Un modo per affrontare questo problema potrebbe essere di proibire, ad alcune condizioni, il subappalto a imprese che abbiano partecipato alla procedura di appalto⁷⁰.

È evidente che ulteriori garanzie volte a prevenire comportamenti anticoncorrenziali potrebbero contribuire al mantenimento di una solida concorrenza nei mercati degli appalti. Ancora una volta questo vantaggio deve essere considerato con attenzione rispetto agli oneri amministrativi supplementari che tali norme comporterebbero per committenti e imprese.

Domanda

59. Ritenete che nelle norme UE in materia di appalti pubblici sarebbe necessario introdurre maggiori garanzie per tutelarsi da comportamenti anticoncorrenziali nelle procedure di appalto? In caso affermativo, quali nuovi strumenti/disposizioni proporreste?

3.3. Appalto nel caso di concorrenza inesistente/diritti esclusivi

In pratica, le amministrazioni aggiudicatrici hanno spesso bisogno di rivolgersi ad uno specifico operatore economico per i propri acquisti perché esso detiene diritti esclusivi sulla produzione dei beni o l'erogazione dei servizi in questione. In simili casi, la normale concorrenza per gli appalti in questione è esclusa. Per questo motivo, le direttive sugli appalti pubblici consentono il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione "qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'appalto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato"⁷¹.

È vero che, a causa dell'esistenza del diritto esclusivo, una gara di appalto sarebbe una pura formalità senza alcun valore pratico. È innegabile, tuttavia, che l'accesso all'appalto pubblico in questione sia stato bloccato dalla precedente attribuzione del diritto esclusivo, eliminando qualsiasi possibilità di concorrenza prima ancora dell'inizio della procedura di appalto.

La questione concernente le modalità di attribuzione del diritto esclusivo e in particolare se vi sia stata concorrenza equa nella fase di attribuzione del diritto esclusivo (che pregiudica la successiva decisione in materia di appalto), non viene affrontata nelle vigenti direttive sugli appalti pubblici per quanto riguarda gli appalti aggiudicati agli operatori privati.

⁷⁰ Tuttavia le restrizioni alla partecipazione degli offerenti in ragione di rischi di collusione sono consentite soltanto a condizioni relativamente rigorose. Cfr. la sentenza della Corte di giustizia europea del 19 maggio 2009 nella causa C-538/07 Assitur (concernente i raggruppamenti temporanei di imprese).

⁷¹ Articolo 31, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/18/CE.

La questione viene affrontata soltanto nel contesto della cooperazione pubblico-pubblico, laddove gli appalti di servizi pubblici tra le amministrazioni aggiudicatrici sono esclusi dall'applicazione della direttiva se vengono aggiudicati sulla base di un diritto esclusivo – purché tale diritto esclusivo sia compatibile con i principi del trattato⁷².

Questa specifica disposizione probabilmente non sarà più necessaria una volta che sia individuata una soluzione globale per le questioni connesse alla cooperazione pubblico-pubblico. È opportuno chiedersi tuttavia se, per favorire una solida concorrenza nei mercati degli appalti, non sia necessario generalizzare il concetto sotteso a questo articolo. Sulla base di tale principio, sarebbe possibile aggiudicare appalti senza una procedura competitiva sulla base di diritti esclusivi, a condizione che anche tali diritti esclusivi siano stati soggetti a procedura competitiva.

Domande

60. Secondo voi, l'attribuzione di diritti esclusivi mette a rischio la concorrenza equa nei mercati degli appalti?
61. In caso affermativo, quali strumenti proporreste per ridurre tali rischi/garantire la concorrenza equa? Ritenete che le norme UE in materia di appalti debbano consentire l'aggiudicazione di appalti senza una procedura di appalto sulla base di diritti esclusivi soltanto a condizione che il diritto esclusivo in questione sia stato attribuito nell'ambito di una procedura trasparente e competitiva?

4. USO STRATEGICO DEGLI APPALTI PUBBLICI IN RISPOSTA ALLE NUOVE SFIDE

Le amministrazioni pubbliche possono offrire un importante contributo alla realizzazione degli obiettivi della strategia Europa 2020⁷³, sfruttando il proprio potere di acquisto per appaltare beni e servizi a maggiore valenza “sociale” per favorire l'innovazione, rispettare l'ambiente e lottare contro i cambiamenti climatici, riducendo il consumo energetico, aumentando l'occupazione, migliorando la salute pubblica⁷⁴ e le condizioni sociali, e promuovendo l'uguaglianza e l'inclusione dei gruppi svantaggiati⁷⁵. La sensibile domanda di beni e servizi “più verdi”, a basse emissioni di carbonio, più innovativi e socialmente responsabili potrà anche orientare la produzione e le tendenze di consumo negli anni a venire. Ovviamente, la necessità di affrontare le sfide a valenza sociale non deve ridurre l'efficienza degli appalti pubblici. Pur tenendo conto di considerazioni di carattere politico nel contesto degli appalti pubblici, sarà necessario evitare la creazione di ulteriori e sproporzionati oneri amministrativi per le amministrazioni aggiudicatrici e la distorsione della concorrenza nei mercati degli appalti.

Ci sono due metodi possibili per utilizzare gli appalti pubblici al fine di realizzare gli obiettivi strategici previsti dalla strategia Europa 2020:

⁷² Articolo 18 della direttiva 2004/18/CE.

⁷³ Cfr. la comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010, COM(2010) 2020.

⁷⁴ Cfr. conclusioni del Consiglio del 13 settembre 2010 sugli insegnamenti tratti dalla pandemia A/H1N1.

⁷⁵ Questa considerazione è in particolare in linea con l'articolo 9 del TFUE che invita l'Unione a tener conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale.

- fornire alle amministrazioni aggiudicatrici gli strumenti necessari per tener conto di tali obiettivi in conformità delle norme procedurali in materia di appalti pubblici (“come acquistare”);
- imporre requisiti obbligatori alle amministrazioni aggiudicatrici o prevedere incentivi capaci di orientare le loro decisioni in merito al tipo di beni e servizi da appaltare (“che cosa acquistare”).

Le direttive in materia di appalti pubblici creano un quadro comune per gli acquisti pubblici fissando norme procedurali su “come acquistare” e lasciano libere le amministrazioni aggiudicatrici nella decisione fondamentale su “che cosa acquistare”, per definire le caratteristiche dei lavori, dei prodotti o dei servizi che meglio si adattano alle loro esigenze e realizzare le condizioni che sono più adatte agli obiettivi strategici auspicati (purché trasparenti e non discriminatorie).

La normativa UE in materia di appalti pubblici consente inoltre incentivi per appalti conformi agli obiettivi della strategia Europa 2020, o l'imposizione di obblighi alle amministrazioni aggiudicatrici su “che cosa acquistare”, a livello europeo o a livello nazionale, per garantire che le strategie relative agli appalti pubblici siano coerenti con gli obiettivi strategici globali.

Negli ultimi anni sono già state varate alcune specifiche iniziative politiche, sia a livello europeo che a livello nazionale, per favorire l'uso degli appalti pubblici a sostegno dei summenzionati obiettivi strategici, come il lavoro attualmente in corso sulla promozione degli acquisti verdi della pubblica amministrazione (*Green public procurement – GPP*)⁷⁶, sulle considerazioni sociali negli appalti pubblici⁷⁷ e sull'innovazione⁷⁸.

In particolare, è da più di un decennio che gli Stati membri eseguono appalti pubblici verdi. La maggior parte degli Stati membri hanno adottato piani di azione nazionali per gli appalti pubblici verdi con obiettivi volontari o obbligatori e misure specifiche per muovere e attuare gli appalti pubblici verdi. L'UE ha sviluppato criteri per gli appalti pubblici verdi per 18 gruppi di servizi e prodotti⁷⁹, e altri seguiranno

⁷⁶ Cfr. comunicazione della Commissione dal titolo “Appalti pubblici per un ambiente migliore” (COM(2008) 400), che fissa obiettivi per la diffusione degli appalti pubblici verdi negli Stati membri e ha avviato il processo di elaborazione dei criteri europei volontari comuni per detti appalti. Cfr. anche “*Acquistare verde! Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*”, http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline_en.htm.

⁷⁷ Cfr. il manuale “*Buying social – A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement*” (Acquisti ispirati a criteri sociali – Una guida per tener conto delle considerazioni sociali negli appalti pubblici), SEC(2010) 1258.

⁷⁸ In seguito all'impegno n. 17 della comunicazione “Unione dell'innovazione”, la Commissione europea attualmente sta monitorando uno studio (avviato nel novembre 2010 e che si concluderà nel novembre 2011) che intende sviluppare un nuovo meccanismo di supporto per gli appalti nel settore dell'innovazione. Questo schema fornirà orientamenti e creerà un meccanismo di supporto (finanziario) per aiutare le amministrazioni aggiudicatrici ad attuare tali appalti in maniera aperta e non discriminatoria, per mettere in comune la domanda, redigere specifiche comuni e promuovere l'accesso delle PMI. Sugli appalti pre-commerciali, cfr. la comunicazione della Commissione dal titolo “*Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa*” (COM(2007) 799).

⁷⁹ Cfr. comunicazione della Commissione dal titolo “Appalti pubblici per un ambiente migliore” (COM(2008) 400), che fissa obiettivi per l'adozione di GPP da parte degli Stati membri e ha avviato il processo di sviluppo dei criteri comuni volontari europei per il GPP. Cfr. anche “*Acquistare verde! Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*”, http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline_en.htm.

Nella sezione seguente si discute della necessità di apportare modifiche (e quali) alle norme UE in materia di appalti pubblici per garantire la coerenza e l'adeguatezza delle varie misure che vengono o potrebbero essere adottate a livello Ue e nazionale.

4.1. “Come acquistare” per realizzare gli obiettivi della strategia Europa 2020

Le considerazioni concernenti la tutela ambientale, l'inclusione sociale o la promozione dell'innovazione possono essere rilevanti in diverse fasi della procedura di appalto, a seconda della loro natura. Non è possibile tener conto di tutte le diverse considerazioni relative a questi obiettivi strategici in ogni fase. Nella sezione seguente si esamina il modo in cui si potrebbe tener conto di ognuno dei singoli obiettivi strategici nelle varie fasi di una procedura di appalto.

Descrivere l'oggetto dell'appalto e le specifiche tecniche

Conformemente alle vigenti norme UE in materia di appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici devono garantire una descrizione chiara e non discriminatoria dell'oggetto dell'appalto e definire le specifiche tecniche che non devono avere l'effetto di favorire determinate imprese.

I requisiti relativi a processo e metodi di produzione devono riguardare la fabbricazione del prodotto e contribuire alle sue caratteristiche, senza necessariamente essere visibili. In conformità alle norme vigenti, non è possibile richiedere un processo e metodi di produzione che non riguardino la fabbricazione del prodotto e non si riflettano nelle caratteristiche del prodotto stesso.

Le pubbliche amministrazioni e le parti interessate talvolta affermano che, per motivi ambientali e sanitari, sarebbe opportuno o necessario acquistare alcuni prodotti in loco. In tale contesto, occorre sottolineare che questi requisiti violano il diritto UE se comportano discriminazioni ingiustificate dirette o indirette tra fornitori. Possono essere giustificati soltanto in casi eccezionali, in cui esigenze legittime e obiettive che non sono associate a considerazioni di natura puramente economica possono essere soddisfatte soltanto dai prodotti di una certa regione.

Domande

62. Ritenete che le norme sulle specifiche tecniche consentano in misura sufficiente di introdurre considerazioni correlate ad altri obiettivi politici?
63. Siete d'accordo nel ritenere che la possibilità di definire specifiche tecniche in termini di prestazioni o di requisiti funzionali potrebbe consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di soddisfare meglio le proprie esigenze politiche rispetto ad una definizione basata su rigorosi e dettagliati requisiti tecnici? In caso affermativo, sareste favorevoli a rendere obbligatori i requisiti funzionali o quelli basati sulla prestazione a determinate condizioni?
64. Ad esempio, ritenete che le amministrazioni aggiudicatrici sfruttino abbastanza le opportunità offerte dall'articolo 23 della direttiva 2004/18/CE concernente i criteri di

accessibilità⁸⁰ per i portatori di handicap o una progettazione adeguata per tutti gli utenti? In caso contrario, che cosa sarebbe necessario fare?

65. Ritenete che alcune delle procedure previste dalle direttive vigenti⁸¹ (come il dialogo competitivo, i concorsi di progettazione) siano particolarmente adatte per tener conto delle politiche ambientali e sociali, e in materia di accessibilità e innovazione?
66. Quali modifiche proporreste di apportare alle procedure previste dalle direttive vigenti per tenere conto nel modo più completo possibile dei suddetti obiettivi politici, salvaguardando al contempo il rispetto dei principi di non discriminazione e trasparenza e garantendo condizioni di parità alle imprese europee? L'impiego di tecnologie innovative dell'informazione e della comunicazione potrebbe aiutare i committenti a realizzare gli obiettivi della strategia Europa 2020?
67. Ci sono casi in cui una limitazione ai soli fornitori locali o regionali potrebbe essere giustificata da motivi legittimi e obiettivi che non siano basati su considerazioni puramente economiche?
68. Ritenete che se si consentisse l'impiego della procedura negoziata previa pubblicazione come procedura standard sarebbe più facile tener conto di considerazioni politiche, come quelle di carattere ambientale, sociale, innovativo, ecc.? O il rischio di discriminazione e restrizione della concorrenza sarebbe invece troppo alto?

Imporre i criteri di selezione più pertinenti

Al momento di valutare la capacità dei candidati di eseguire l'appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono tener conto dell'esperienza specifica e delle competenze concernenti gli aspetti sociali e ambientali rilevanti per l'oggetto dell'appalto.

Domanda

69. Quali potrebbero essere a vostro avviso utili esempi di competenza tecnica o altri criteri di selezione tesi a favorire la realizzazione di obiettivi come la protezione dell'ambiente, la promozione dell'inclusione sociale, il miglioramento dell'accessibilità dei disabili e il sostegno all'innovazione?

Impiego dei criteri di aggiudicazione più adatti

Per garantire la concorrenza effettiva tra gli operatori economici ed evitare decisioni arbitrarie da parte delle amministrazioni pubbliche, le vigenti norme UE in materia di appalti pubblici prevedono che i criteri di aggiudicazione siano connessi all'oggetto dell'appalto, non possano conferire un'illimitata libertà di scelta all'amministrazione aggiudicatrice e debbano essere esplicitamente menzionati nel bando di gara.

Le amministrazioni aggiudicatrici sono libere di decidere la relativa importanza da attribuire ai singoli criteri utilizzati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa. In tal

⁸⁰ Accessibilità in questo contesto significa accessibilità di persone con limitazioni funzionali (disabilità).

⁸¹ Per la descrizione delle procedure, cfr. la precedente sezione 2.1.

modo, esse potranno indicare, nella valutazione, l'importanza che desiderano attribuire a criteri ambientali o sociali rispetto ad altri criteri, tra cui il prezzo.

Per beni e servizi standard, in molti casi è già possibile fissare elevati standard ambientali o sociali nelle specifiche tecniche o nelle condizioni di esecuzione dell'appalto e al contempo aggiudicare l'appalto secondo il criterio del prezzo più basso. In questo modo, le amministrazioni aggiudicatrici possono ottenere prodotti e servizi ai prezzi migliori e nel rispetto di elevati standard.

Tuttavia, l'impiego di criteri associati all'ambiente, all'efficienza energetica, all'accessibilità o all'innovazione nella fase di aggiudicazione piuttosto che soltanto nelle specifiche tecniche o come condizioni di esecuzione dell'appalto può avere il vantaggio di spingere le aziende a presentare offerte che vanno al di là dei livelli fissati nelle specifiche tecniche e quindi promuovere l'introduzione di prodotti innovativi sul mercato. Potrebbe anche essere utile applicare tali criteri nella fase di aggiudicazione, nei casi in cui vi sia incertezza in merito ai prodotti o servizi disponibili sul mercato.

Domande

70. Il criterio dell'offerta più vantaggiosa sembra il più adatto a realizzare altri obiettivi strategici. Ritenete che, per tener conto nel modo migliore di tali obiettivi, sarebbe utile modificare le norme vigenti (per alcuni tipi di appalti/alcuni settori specifici/in determinate circostanze):
- 70.1.1. per eliminare il criterio basato unicamente sul prezzo più basso;
 - 70.1.2. per limitare l'applicazione del criterio del prezzo o l'importanza che le amministrazioni aggiudicatrici possono attribuire al prezzo;
 - 70.1.3. per introdurre una terza possibilità tra i criteri di aggiudicazione oltre al prezzo più basso e all'offerta economicamente più vantaggiosa? In caso affermativo, quale criterio alternativo proporreste per realizzare altri obiettivi strategici con maggiore efficacia e per garantire condizioni paritarie e pari condizioni di concorrenza tra le imprese europee?
71. Ritenete che, in ogni caso, il punteggio attribuito ai criteri ambientali, sociali o innovativi, ad esempio, debba essere limitato ad un massimo fissato preventivamente, in modo che tale criterio non diventi più importante dei criteri basati sulla prestazione o sui costi?
72. Ritenete che la possibilità di includere criteri ambientali o sociali nella fase di aggiudicazione sia compresa e sfruttata? Pensate che la direttiva debba definirla con maggiore chiarezza?
73. A parer vostro dovrebbe essere obbligatorio tener conto dei costi del ciclo di vita al momento di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, soprattutto nel caso dei grandi progetti? In caso affermativo, ritenete necessario/opportuno che i servizi della Commissione elaborino una metodologia per determinare i costi del ciclo di vita?

Imposizione di clausole sulla corretta esecuzione dell'appalto

In conformità delle vigenti norme UE in materia di appalti pubblici, le clausole sull'esecuzione dell'appalto devono essere correlate alle funzioni necessarie alla produzione e alla fornitura dei beni o servizi acquistati. Le condizioni concernenti l'esecuzione dell'appalto possono tener conto di altre considerazioni strategiche, come le tematiche sociali e ambientali⁸². Queste ultime potrebbero, ad esempio, consistere nell'obbligo di compensare le emissioni per l'acquisto di specifiche forniture che presentano un'impronta ecologica significativa. Alcuni Stati membri hanno esperienza di appalti per servizi di taxi o di trasporto, per i quali viene richiesto che i veicoli utilizzati per i servizi appartengano alle classi con i migliori livelli di efficienza. Le clausole sull'esecuzione dell'appalto possono anche essere utilizzate per stimolare l'innovazione durante l'esecuzione dell'appalto, ad esempio offrendo incentivi per sviluppare ulteriormente i prodotti o i servizi durante l'esecuzione dell'appalto.

In questa fase, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre all'aggiudicatario dell'appalto alcuni obblighi che riguardano la realizzazione di diversi obiettivi ambientali o sociali, e che non possono essere imposti nelle prime fasi della procedura di appalto.

Domande

74. Le clausole sull'esecuzione dell'appalto costituiscono la fase più adeguata della procedura nella quale includere considerazioni sociali concernenti l'occupazione e le condizioni di lavoro dei lavoratori impegnati nell'esecuzione dell'appalto. Siete d'accordo? In caso contrario, suggerite l'alternativa migliore.
75. Che tipo di clausole sull'esecuzione dell'appalto sarebbero particolarmente adeguate, a vostro parere, per tener conto di considerazioni sociali, ambientali e di efficienza energetica?
76. Ritenete che alcune clausole generali sull'esecuzione dell'appalto, in particolare quelle concernenti l'occupazione e le condizioni di lavoro dei lavoratori impegnati nell'esecuzione dell'appalto, dovrebbero già essere specificate a livello UE?

Verifica dei requisiti

Le amministrazioni aggiudicatrici potrebbero specificare i requisiti ambientali o sociali al momento di redigere le specifiche tecniche, di individuare criteri di selezione/aggiudicazione o ancora di introdurre clausole sull'esecuzione dell'appalto. In simili casi, solitamente esse redigono un elenco delle informazioni dettagliate (certificazione/documentazione e/o impegno specifico) che i candidati o gli offerenti devono presentare per dimostrare la propria capacità di soddisfare i requisiti ambientali o sociali. Ai sensi delle norme vigenti, possono essere accettati quale strumento di prova sistemi di certificazione specifici (ad esempio, i sistemi di certificazione delle foreste, i certificati sociali, ecc.), ma si devono accettare anche strumenti equivalenti. Un problema generale che si riscontra negli appalti pubblici riguarda il modo di verificare tali requisiti lungo tutta la catena dell'approvvigionamento. La questione della verifica è particolarmente rilevante nei casi in cui parte della catena dell'approvvigionamento sia ubicata in un paese terzo.

⁸² Cfr. articolo 26 della direttiva 2004/18/CE.

Al momento di esaminare le domande di partecipazione e le offerte, le amministrazioni aggiudicatrici devono controllare se le informazioni e i documenti forniti dai candidati o dagli offerenti rispondono ai requisiti. Se mancano le informazioni richiesti, o se le informazioni fornite vengono ritenute insoddisfacenti, il candidato o l'offerente viene escluso dalla procedura.

Domande

77. Ritenete che il vigente quadro UE sugli appalti pubblici debba prevedere soluzioni specifiche per affrontare la questione della verifica dei requisiti lungo la catena dell'approvvigionamento? In caso affermativo, quali soluzioni proporreste per affrontare la questione?
78. Qual è il modo migliore per aiutare le amministrazioni aggiudicatrici a verificare i requisiti? Lo sviluppo di documentazione e regimi di valutazione di conformità "standardizzati", nonché di etichettature favorirebbe il loro lavoro? Se un tale approccio venisse adottato, cosa occorrerebbe fare per limitare gli oneri amministrativi?

Collegamento con l'oggetto/con l'esecuzione dell'appalto

Come indicato in precedenza, nel vigente quadro giuridico UE sugli appalti pubblici il collegamento con l'oggetto dell'appalto è una condizione fondamentale di cui si deve tener conto al momento di introdurre nella procedura di appalto pubblico qualsiasi considerazione connessa ad altre politiche. Questo vale anche per le fasi successive della procedura di appalto e per diversi aspetti (specifiche tecniche, criteri di selezione, criteri di aggiudicazione). Nel caso delle clausole sull'esecuzione dell'appalto, affinché la produzione/fornitura di beni/servizi venga appaltata è necessario che vi sia un collegamento con l'adempimento delle funzioni necessarie.

Requisiti meno restrittivi potrebbero consentire alle amministrazioni pubbliche di impegnarsi ancora più a fondo negli obiettivi previsti dalla strategia Europa 2020 mediante gli appalti pubblici. Tra l'altro, consentirebbe alle amministrazioni aggiudicatrici di influenzare il comportamento delle imprese indipendentemente dal prodotto o dal servizio acquistati, ad esempio per accrescere la responsabilità ambientale e l'attenzione alla responsabilità sociale delle imprese. Questo potrebbe dimostrarsi uno strumento molto efficace a sostegno degli obiettivi previsti dalla strategia Europa 2020.

Tuttavia, nel considerare tale opportunità, è necessario valutare attentamente i compromessi con altre considerazioni politiche. Grazie al collegamento con l'oggetto dell'appalto, l'acquisto rimane l'elemento centrale del processo nel quale si utilizza il denaro dei contribuenti. Questa è una garanzia importante che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di ottenere la migliore offerta possibile mediante l'uso efficiente del denaro pubblico. Come si è detto, questo obiettivo viene messo in evidenza anche dalla strategia Europa 2020, nella quale si afferma che la politica sugli appalti pubblici deve garantire l'uso più efficiente dei fondi pubblici. Al contempo, questa garanzia di acquisti al prezzo migliore assicura una certa coerenza tra la politica UE in materia di appalti pubblici e le norme sugli aiuti di Stato, giacché accerta che non si attribuiscono indebiti vantaggi finanziari a operatori economici mediante l'aggiudicazione di appalti pubblici. Un collegamento meno rigoroso con l'oggetto dell'appalto potrebbe quindi comportare il rischio di distanziare l'applicazione delle norme UE in materia di appalti pubblici da quella delle norme sugli aiuti di Stato, e potrebbe

addirittura contrastare, nel tempo, l'obiettivo di una maggiore convergenza tra le norme sugli aiuti di Stato e le norme in materia di appalti pubblici.

Il collegamento con l'oggetto dell'appalto può anche contribuire a evitare che alcuni operatori economici di uno specifico paese possano potenzialmente essere favoriti a danno di quelli di altri Stati membri. Se da un lato questo è particolarmente rilevante per un certo tipo di considerazioni (ad esempio, alcuni requisiti sociali) che affondano più probabilmente le radici nelle realtà nazionali, regionali o addirittura locali, dall'altro ciò vale anche per altre considerazioni politiche come le tematiche ambientali. Ad esempio, nel caso della fornitura di beni, il requisito che gli edifici a uso ufficio utilizzati dagli offerenti debbano essere riscaldati esclusivamente da energia solare potrebbe favorire le imprese di Stati membri le cui condizioni meteorologiche siano favorevoli alla tecnologia solare.

Il collegamento tra le considerazioni di natura strategica e l'oggetto dell'appalto si propone di garantire certezza e prevedibilità alle imprese. Altrimenti, in mancanza di tale collegamento (e di requisiti armonizzati a livello UE), agli operatori economici si potrebbe chiedere di rispettare diversi requisiti (concernenti la percentuale di donne, il numero di disoccupati assunti, i servizi per l'infanzia riservati ai dipendenti, le misure ambientali o di gestione dei rifiuti, eco-etichette, ecc.) per ogni appalto o per ogni amministrazione aggiudicatrice.

La necessità di rispettare i diversi requisiti imposti dalle amministrazioni aggiudicatrici potrebbe rivelarsi particolarmente complessa per le PMI, che non sempre dispongono delle risorse economiche e umane necessarie per soddisfare un'ampia varietà di requisiti sociali a seconda dei casi.

Infine, i requisiti non connessi al prodotto né al servizio acquistato potrebbero ostacolare l'obiettivo della strategia Europa 2020 di promuovere l'innovazione, poiché la concorrenza tra le imprese non si realizzerebbe più al fine di sviluppare il migliore prodotto o servizio (eventualmente in termini di innovazione), ma sulla base della politica aziendale.

Domande

79. Alcune delle parti in causa propongono un'applicazione meno rigida o addirittura l'abbandono della condizione per cui i requisiti imposti dall'amministrazione aggiudicatrice devono essere collegati all'oggetto dell'appalto (in questo modo sarebbe possibile, ad esempio, richiedere agli offerenti una politica occupazionale che garantisca l'uguaglianza di genere sul posto di lavoro o l'assunzione di una certa quota di categorie specifiche di soggetti, come persone in cerca di lavoro, portatori di handicap, ecc.). Siete d'accordo con questa proposta? Quali potrebbero essere, a vostro parere, i vantaggi o gli svantaggi di un'applicazione meno rigida o dell'abbandono del collegamento con l'oggetto dell'appalto?
80. Se si decidesse di applicare meno rigidamente il requisito che prevede il collegamento con l'oggetto dell'appalto, quali meccanismi correttivi, eventualmente, dovrebbero essere inseriti per ridurre il rischio di discriminazioni e di restrizioni alla concorrenza?
81. Ritenete che le PMI possano avere difficoltà a rispettare i vari requisiti? In caso affermativo, come proponete di affrontare il problema?

82. Se ritenete che il collegamento con l'oggetto dell'appalto debba diventare meno rigido o addirittura essere eliminato, in quale delle fasi successive della procedura di appalto questo dovrebbe accadere?
- 82.1. Ritenete che nel definire le specifiche tecniche, sia opportuno applicare meno rigidamente il requisito per cui le specifiche concernenti processo e metodi di produzione devono essere connessi alle caratteristiche del prodotto, al fine di includere elementi che non si riflettono nelle caratteristiche del prodotto (ad esempio, per i suoi acquisti di caffè richiedere al fornitore di pagare ai produttori un premio da investire in attività volte a favorire lo sviluppo socioeconomico delle comunità locali)?
- 82.2. Credete che la normativa UE in materia di appalti pubblici debba consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di applicare criteri di selezione basati su caratteristiche dell'impresa che non siano legate all'oggetto dell'appalto (ad esempio richiedere agli offerenti una politica occupazionale che garantisca l'uguaglianza di genere sul posto di lavoro o in generale l'assunzione di una certa quota di categorie specifiche di soggetti, come persone in cerca di lavoro, portatori di handicap, ecc.)?
- 82.3. Ritenete che il collegamento con l'oggetto dell'appalto debba essere eliminato o reso meno rigoroso nella fase di aggiudicazione per tener conto di altre considerazioni strategiche (ad esempio si potrebbe attribuire un punteggio supplementare agli offerenti che assumano persone in cerca di lavoro o portatori di handicap)?
- 82.3.1. I criteri di aggiudicazione diversi dal prezzo più basso, dall'offerta economicamente più vantaggiosa, dai criteri non collegati all'oggetto dell'appalto potrebbero separare l'applicazione delle norme UE in materia di appalti pubblici da quella delle norme sugli aiuti di Stato, in quanto gli appalti aggiudicati sulla base di criteri diversi da quelli economici potrebbero configurare la concessione di aiuti di Stato, potenzialmente problematici ai sensi delle norme UE sugli aiuti di Stato. Condividete questa preoccupazione? In caso affermativo, come proponete di affrontare il problema?
- 82.4. Ritenete che la normativa UE in materia di appalti pubblici debba consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di imporre clausole sull'esecuzione dell'appalto che non siano rigorosamente collegate alla fornitura dei beni e servizi in questione (ad esempio richiedendo che l'imprenditore istituisca servizi di assistenza all'infanzia per i propri dipendenti o eroghi parte della remunerazione a progetti sociali)?

4.2. “Che cosa acquistare” a sostegno degli obiettivi previsti dalla strategia Europa 2020

Un altro modo per realizzare obiettivi strategici mediante gli appalti pubblici potrebbe essere quello di imporre obblighi alle amministrazioni aggiudicatrici in relazione a “che cosa acquistare”. Ad esempio, si potrebbero imporre requisiti o criteri obbligatori per regolamentare le caratteristiche dei beni o servizi da fornire (ad esempio, livelli massimi di utilizzo dell'energia e delle risorse, sostanze nocive per l'ambiente, livelli minimi di

riciclaggio) o in alternativa fissare obiettivi (ad esempio, il 60% degli acquisti pubblici deve essere ecocompatibile)⁸³.

La normativa europea settoriale recentemente introdotta a livello UE:

- ha imposto alle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere nei propri appalti pubblici un certo livello di efficienza energetica⁸⁴;
- ha imposto alle amministrazioni aggiudicatrici di tener conto dell'impatto energetico o di altri tipi di impatto ambientale nelle decisioni in materia di appalti pubblici⁸⁵;
- ha invitato il settore pubblico a svolgere un ruolo esemplare nel settore dell'efficienza energetica adottando un numero minimo di misure per promuovere l'efficienza energetica negli appalti⁸⁶ e promuovendo gli edifici pubblici efficienti sotto il profilo delle risorse (ad esempio, edifici con consumo di energia primaria ridotto o pari a zero⁸⁷);
- ha invitato le amministrazioni aggiudicatrici a fare in modo di appaltare unicamente i prodotti appartenenti alla classe più elevata di efficienza energetica⁸⁸.

Nella sua recente comunicazione dal titolo "Energia 2020 – Una strategia per un'energia competitiva, sostenibile e sicura"⁸⁹, la Commissione ha affermato che i criteri energetici (riguardanti l'efficienza, le fonti rinnovabili e le reti intelligenti) dovrebbero essere utilizzati in tutti gli appalti pubblici di lavori, servizi o forniture.

Per i prodotti, si potrebbe prevedere un uso più generalizzato della metodologia di calcolo sviluppata per la direttiva sui veicoli puliti⁹⁰. In effetti, l'obbligo di tener conto dei costi operativi del ciclo di vita nelle decisioni di acquisto di prodotti e servizi (in linea con l'obbligo già in vigore per i veicoli) potrebbe assicurare costi complessivi minori. Ciò richiederebbe tuttavia lo sviluppo di una metodologia generale applicabile a tutti i gruppi di prodotti.

Più in generale, l'introduzione di requisiti obbligatori nelle norme UE in materia di appalti pubblici mediante una normativa basata su atti delegati è stata invocata come un altro

⁸³ Ad esempio, nel settore degli appalti verdi, diversi Stati membri, quali Paesi Bassi, Finlandia, Slovenia, Austria o Belgio hanno fissato obiettivi ambiziosi in materia di appalti pubblici a livello nazionale.

⁸⁴ Regolamento (CE) n. 106/2008 (GU L 39 del 13.2.2008, pag. 1, cosiddetto regolamento *Energy Star* UE).

⁸⁵ Direttiva 2009/33/CE relativa alla promozione di veicoli puliti e a basso consumo energetico.

⁸⁶ Direttiva 2006/32/CE concernente l'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici.

⁸⁷ Direttiva 2009/28/CE, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (GU L 140 del 05/06/2009, pag. 16) e direttiva 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia (GU L 153 del 18.6.2010, pag. 13).

⁸⁸ Direttiva 2010/30/UE concernente l'indicazione del consumo di energia e di altre risorse dei prodotti connessi all'energia, mediante l'etichettatura ed informazioni uniformi relative ai prodotti (GU L 153 del 18.6.2010, pag. 6).

⁸⁹ COM(2010) 639.

⁹⁰ Per sostenere l'attuazione dell'obbligo imposto dalla direttiva di tener conto dei costi del ciclo di vita, la Commissione ha sviluppato il portale "*Clean Vehicle*" che fornisce tutte le informazioni necessarie per il calcolo del costo del ciclo di vita previsto dalla direttiva: <http://www.cleanvehicle.eu/>; http://ec.europa.eu/transport/urban/vehicles/directive/directive_en.htm.

strumento per promuovere l'innovazione o altri obiettivi previsti dalla strategia Europa 2020⁹¹.

Per quanto riguarda l'inclusione sociale, la nuova strategia europea sulla disabilità 2010-2020⁹² indica che la Commissione studierà l'eventuale vantaggio derivante dall'adozione di misure regolamentari che garantiscano l'accessibilità dei prodotti e dei servizi, tra cui misure destinate ad accrescere il ricorso agli appalti pubblici.

L'imposizione di tali obblighi può essere uno strumento molto efficace per realizzare gli obiettivi della strategia Europa 2020, favorendo la diffusione nel mercato di beni e servizi di alta valenza sociale. Inoltre, l'accentramento delle decisioni sulle strategie di acquisti può evitare la frammentazione delle politiche in materia di appalti e accrescere la prevedibilità, a vantaggio degli operatori economici. Ad esempio, nel campo degli appalti pubblici verdi, approcci divergenti degli Stati membri sugli appalti pubblici verdi potrebbero causare problemi ai fornitori, specialmente le PMI, che devono adattarsi a contesti diversi in paesi diversi, complicando in tal modo lo sviluppo e la vendita di prodotti e di servizi verdi.

D'altro canto, sono state espresse alcune preoccupazioni in merito agli obblighi su "che cosa acquistare".

Un aspetto importante da considerare è il rischio che l'introduzione di tali obblighi possa condurre a discriminazioni o limitare la concorrenza nei mercati degli appalti, il che porterebbe ad una diminuzione degli offerenti e ad un aumento dei prezzi, il che potrebbe essere problematico in periodi di difficoltà economiche e di restrizioni di bilancio per molti Stati membri. Per ridurre tale rischio, i requisiti e i criteri imposti devono essere obiettivi e non discriminatori, e il loro impiego deve essere limitato ai casi in cui il mercato dell'UE sia sufficientemente sviluppato per garantire una concorrenza effettiva. Occorre anche tener conto del fatto che alcuni obblighi dettati da una maggiore protezione dell'ambiente potrebbero generare a medio o lungo termine risparmi economici (ad esempio, nel settore dell'efficienza energetica).

Certi tipi di obblighi potrebbero esercitare un impatto ancora maggiore sulla concorrenza nei mercati degli appalti rispetto ad altri.

- Le specifiche tecniche concernenti i requisiti di prestazione probabilmente avranno un effetto meno limitante sulla concorrenza rispetto alle specifiche dettagliate sulle caratteristiche tecniche dei beni da appaltare
- Le prescrizioni obbligatorie sulle caratteristiche tecniche dei beni da appaltare potrebbero sensibilmente ridurre la scelta e la concorrenza nei mercati degli appalti, o anche eliminarle del tutto, laddove le disposizioni obbligatorie sulla scelta del criterio (o dei criteri) di aggiudicazione di cui tener conto (ad esempio efficienza energetica, determinazione dei costi del ciclo di vita, accessibilità) probabilmente avrebbero effetti meno limitanti sulla concorrenza nei mercati degli appalti.

Un altro effetto dell'imposizione di obblighi alle amministrazioni aggiudicatrici su "che cosa acquistare" è la riduzione del loro margine di manovra nelle procedure di appalto; ciò

⁹¹ Relazione di Mario Monti al presidente della Commissione europea dal titolo "Una nuova strategia per il mercato unico", del 9 maggio 2010, punto 3.4, pag. 78.

⁹² COM(2010) 636.

potrebbe influire sulla loro capacità di fornire beni e servizi del tutto adatti a soddisfare le specifiche esigenze delle singole amministrazioni aggiudicatrici. Questo rischio potrebbe essere attenuato fissando l'obbligo ad un livello adeguato.

Si sostiene inoltre che obblighi imposti a livello centrale su ciò che si deve acquistare creerebbero un ulteriore onere amministrativo a carico delle amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici, nonché un maggiore carico di lavoro per verificare che le imprese soddisfino i requisiti. Una maggiore istruzione e un'adeguata formazione, nonché strumenti dedicati⁹³ potrebbero aiutare le amministrazioni aggiudicatrici ad affrontare questo carico di lavoro in maniera efficiente. Inoltre, con l'introduzione di requisiti standardizzati a livello UE, ad esempio l'acquisto di prodotti che rientrino nelle classi con le prestazioni più elevate, le autorità aggiudicatrici non avrebbero più bisogno di possedere specifiche conoscenze tecniche per la redazione delle specifiche, il che semplificherebbe in alcuni casi il compito di tener conto di tali criteri a livello locale, regionale e nazionale.

Una soluzione di portata minore sarebbe quella di prevedere incentivi per gli appalti di determinati tipi di beni o servizi, senza tuttavia imporli. Tali incentivi potrebbero consistere in vantaggi finanziari a favore delle amministrazioni aggiudicatrici che indicano appalti per la fornitura di beni e servizi ecosostenibili, socialmente inclusivi o innovativi, meccanismi per lo scambio delle migliori pratiche tra amministrazioni aggiudicatrici o altri meccanismi di sostegno per le amministrazioni aggiudicatrici che intendono perseguire gli obiettivi della strategia Europa 2020 mediante i loro appalti.

Domande

83. Ritenete che gli obblighi a livello UE su “che cosa acquistare” siano uno strumento efficace per realizzare altri obiettivi strategici? Quali sarebbero i principali vantaggi e svantaggi di tale approccio? Per quali specifici gruppi di prodotti o servizi o per quali specifiche politiche ritereste utili gli obblighi su “che cosa acquistare”? Motivate la vostra scelta. Fornite esempi di prassi seguite dagli Stati membri in materia di appalti che potrebbero essere replicate a livello UE.
84. Ritenete che altri obblighi a livello di UE su “che cosa acquistare” dovrebbero essere sanciti da una normativa specifica (in materia sociale, di ambiente, di energia, di accessibilità, ecc) o piuttosto dovrebbero essere imposti da una normativa generale dell'UE in materia di appalti pubblici?
85. Ritenete che a livello nazionale sia necessario imporre obblighi su “che cosa acquistare”? Ritenete che tali obblighi nazionali possano provocare una potenziale frammentazione del mercato interno? In caso affermativo, quale sarebbe il modo più opportuno per ridurre tale rischio?
86. Ritenete che gli obblighi su “che cosa acquistare” debbano definire gli obblighi a carico delle amministrazioni aggiudicatrici relativamente al livello di diffusione (ad esempio degli appalti pubblici verdi), le caratteristiche dei beni/servizi/lavori che esse dovrebbero acquistare o specifici criteri di cui tener conto come uno di una serie di elementi dell'offerta?

⁹³ Quale il predetto portale “*Clean Vehicle*”.

- 86.1. Quale spazio di manovra sarebbe opportuno lasciare alle amministrazioni aggiudicatrici nel prendere decisioni in materia di acquisti?
- 86.2. I requisiti obbligatori dovrebbero fissare soltanto il livello minimo, affinché le singole amministrazioni aggiudicatrici possano definire requisiti più ambiziosi?
87. A vostro parere, quale sarebbe lo strumento migliore per gestire lo sviluppo tecnologico dal punto di vista della tecnologia più avanzata (ad esempio, affidare ad un soggetto il compito di monitorare quale tecnologia si sia sviluppata e abbia raggiunto la fase più avanzata, oppure richiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di tener conto della tecnologia più avanzata come uno dei criteri di aggiudicazione, o altri strumenti)?
88. L'introduzione di criteri od obiettivi obbligatori su "che cosa acquistare" non deve portare all'eliminazione della concorrenza nei mercati degli appalti. Come si può tener conto dell'esigenza di non eliminare la concorrenza al momento di definire tali criteri od obiettivi?
89. Ritenete che l'imposizione di obblighi su "che cosa acquistare" aumenterebbe gli oneri amministrativi, soprattutto per le piccole imprese? In caso affermativo, come si potrebbe ridurre tale rischio? Che tipo di misure attuative e/o orientamenti devono associarsi a tali obblighi?
90. Se non siete favorevoli a introdurre obblighi su "che cosa acquistare", ci sono altri strumenti (ad esempio raccomandazioni o altri incentivi) che ritenete adeguati?

4.3. Innovazione

L'Europa presenta grandi potenzialità non ancora sfruttate di guidare l'innovazione mediante gli appalti pubblici e di incoraggiare allo stesso tempo la concorrenza transfrontaliera, di promuovere un'economia a basse emissioni di carbonio e di ottenere il miglior rapporto qualità/prezzo per le autorità pubbliche. Gli appalti pubblici di prodotti e servizi innovativi sono fondamentali per migliorare la qualità e l'efficienza dei servizi pubblici in periodi di restrizioni di bilancio.

Le vigenti direttive UE in materia di appalti pubblici adottano un approccio flessibile che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere ad appalti orientati all'innovazione che possono stimolare il settore a trovare nuove soluzioni avanzate.

I concorsi di progettazione⁹⁴ consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di acquistare piani e progetti in settori quali l'architettura, l'ingegneria o l'elaborazione dei dati: nell'ambito di tale procedura, ai partecipanti si chiede di presentare progetti al di fuori del rigido quadro del capitolato d'oneri; sono quindi liberi di presentare idee innovative che potrebbero essere utilizzate in una futura procedura di appalto.

Nel caso di appalti particolarmente complessi, in cui le amministrazioni aggiudicatrici ritengono che l'uso della procedura aperta o ristretta non consentirà di aggiudicare l'appalto,

⁹⁴ Cfr. articoli dal 66 al 74 della direttiva 2004/18/CE.

la direttiva prevede un'altra procedura: il dialogo competitivo⁹⁵. In questa procedura le amministrazioni aggiudicatrici possono aprire un dialogo con i candidati per individuare e definire gli strumenti più adatti a soddisfare le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice. Ai partecipanti si chiede di proporre idee e soluzioni che vengono discusse con le amministrazioni aggiudicatrici.

L'obiettivo delle vigenti norme UE in materia di appalti pubblici è di tutelare le soluzioni innovative, benché non facciano parte dei diritti di proprietà intellettuale. Le amministrazioni aggiudicatrici non possono rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte né altre informazioni riservate senza il consenso dell'offerente⁹⁶.

Tuttavia, l'uso selettivo dei diritti di proprietà intellettuale o di soluzioni innovative viene considerato un motivo di preoccupazione, soprattutto in relazione al dialogo competitivo: se un partecipante rivela le caratteristiche specifiche della propria soluzione, gli altri candidati possono venirne a conoscenza. Mentre le norme vigenti prevedono che tali informazioni debbano restare riservate, l'amministrazione aggiudicatrice si trova tuttavia in una situazione difficile, pressata tra l'obbligo di tutelare le informazioni riservate e la necessità di rivelare alcune informazioni per individuare le soluzioni più adatte a soddisfare le proprie esigenze. Le amministrazioni aggiudicatrici potrebbero essere tentate di esercitare pressioni sugli offerenti affinché accettino di rivelare tali informazioni. Inoltre, il fatto che la soluzione migliore (quella scelta dall'amministrazione aggiudicatrice) sia inevitabilmente presentata a tutti i partecipanti, che sono quindi invitati a presentare le proprie offerte sulla base di tale soluzione, potrebbe scoraggiare i partecipanti, i quali eviterebbero di proporre soluzioni altamente innovative, non potendo essere certi che l'aver ideato tali soluzioni frutterebbe loro l'aggiudicazione dell'appalto.

Al momento di preparare il bando di gara, le amministrazioni aggiudicatrici potrebbero anche decidere di autorizzare gli offerenti a presentare varianti. In tal caso, si potrebbero offrire beni o servizi che non corrispondono a quelli definiti dall'autorità aggiudicatrice, ma che soddisfano i requisiti tecnici minimi contenuti nel bando di gara. La possibilità di presentare offerte che differiscano dalle specifiche tecniche inizialmente definite dalle amministrazioni aggiudicatrici incoraggia gli operatori economici a proporre un maggior numero di servizi o prodotti innovativi, e quindi stimola la ricerca nel settore delle nuove tecnologie, consentendo agli utenti di sfruttare il progresso tecnologico.

Un altro modo importante per stimolare l'innovazione è la richiesta, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, di sviluppare prodotti o servizi che non sono ancora disponibili sul mercato. Secondo l'attuale quadro giuridico, ciò è possibile mediante il cosiddetto "appalto pre-commerciale"⁹⁷, ossia l'appalto di servizi di ricerca e sviluppo per lo

⁹⁵ Cfr. l'articolo 29 della direttiva 2004/18/CE e il considerando 31 della direttiva 2004/18/CE. Benché il dialogo competitivo non sia previsto dalla direttiva 2004/17/CE, nulla impedisce ad un'amministrazione aggiudicatrice che abbia optato per una procedura negoziata con pubblicazione preventiva del bando di gara di indicare nelle specifiche che la procedura sarà quella prevista dalla direttiva 2004/18/CE per il dialogo competitivo.

⁹⁶ Articolo 29, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE. Tale garanzia costituisce una norma supplementare aggiunta alla clausola di riservatezza prevista dall'articolo 6 della direttiva.

⁹⁷ Per maggiori orientamenti, cfr. la comunicazione della Commissione "Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa", e il documento di lavoro dei servizi della Commissione che l'accompagna, rispettivamente COM(2007) 799 e SEC (2007) 1668. Per ulteriori informazioni sugli sviluppi più recenti e notizie sugli appalti pre-commerciali: http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/home_en.html

sviluppo di nuove soluzioni⁹⁸, al fine di acquistare il prodotto o il servizio finale mediante una normale procedura di appalto pubblico in una fase successiva. Tale approccio consente alle amministrazioni pubbliche di condividere con i fornitori i rischi e i benefici della progettazione, della realizzazione di prototipi e della sperimentazione su un volume limitato di nuovi prodotti e servizi, senza comportare aiuti di Stato.

L'appalto pre-commerciale può aiutare le amministrazioni aggiudicatrici a migliorare drasticamente la qualità e l'efficienza dei servizi pubblici, creando mercati di punta e promuovendo lo sviluppo di nuove soluzioni innovative che possono soddisfare le richieste del settore pubblico di prodotti e servizi non ancora disponibili sul mercato.

Nonostante queste diverse possibilità di promuovere l'innovazione mediante gli appalti pubblici, le parti in causa sostengono che in Europa soltanto una quota molto bassa degli appalti pubblici mira a promuovere l'innovazione. Ciò è dovuto ad una serie di fattori quali: incentivi sbagliati che favoriscono soluzioni a basso rischio; mancanza di conoscenze e di capacità in merito a come effettuare con successo procedure di appalto di nuove tecnologie e innovazioni; l'assenza di connessione tra gli appalti pubblici e gli obiettivi politici e la mancanza di un approccio strategico. Di conseguenza, in risposta ad una necessità di orientamento individuata, occorre un dibattito sulle modalità di applicazione delle norme in materia di appalti pubblici ed eventuali ulteriori misure potrebbero aiutare le amministrazioni aggiudicatrici a promuovere l'innovazione. Particolare attenzione dovrebbe essere prestata alla misurazione delle prestazioni, fondamentale per valutare gli effetti degli appalti pubblici sull'innovazione, per migliorare le prestazioni e conseguire il vero obiettivo dell'innovazione.

Domande

91. Ritenete che vi sia la necessità di promuovere ulteriormente e di stimolare l'innovazione tramite gli appalti pubblici? Quali incentivi/misure sosterebbero e accelererebbero la diffusione delle innovazioni da parte degli organi pubblici?
92. Ritenete che il dialogo competitivo consenta una sufficiente protezione dei diritti di proprietà intellettuale e delle soluzioni innovative, tale da assicurare che gli offerenti non vengano privati dei benefici derivanti dalle loro idee innovative?
93. Ritenete che altre procedure potrebbero soddisfare meglio il requisito del sostegno all'innovazione tutelando soluzioni originali? In caso affermativo, quale tipo di procedure sarebbe più adeguato?
94. A vostro parere, l'approccio dell'appalto pre-commerciale, che prevede che le amministrazioni aggiudicatrici appaltino servizi di R&S per lo sviluppo di prodotti non ancora disponibili sul mercato, è adatto a stimolare l'innovazione? È necessario introdurre altre migliori prassi di condivisione e/o definizione di parametri per attività di appalto nel settore della R&S nei vari Stati membri con l'intento di favorire una più ampia diffusione dell'appalto pre-commerciale? Le amministrazioni aggiudicatrici potrebbero richiedere in altri modi non contemplati esplicitamente dal vigente quadro giuridico lo sviluppo di prodotti e servizi non ancora disponibili sul mercato? Ritenete che ci siano strumenti specifici con i quali le amministrazioni

⁹⁸ Appalto non coperto dalle direttive UE in materia di appalti pubblici, ai sensi dell'articolo 16, lettera f), della direttiva 2004/18/CE.

aggiudicatrici possano incoraggiare le PMI e le imprese in fase di avviamento (*start-up*) a partecipare ad appalti pre-commerciali?

95. Sono necessarie altre misure per favorire la capacità di innovazione delle PMI? In caso affermativo, che tipo di misure specifiche suggerireste?
96. Che tipo di misurazione delle prestazioni suggerireste per monitorare i progressi e l'impatto degli appalti pubblici innovativi? Quali dati sarebbero necessari per la misurazione delle prestazioni e in che modo possono essere raccolti senza imporre oneri aggiuntivi a carico delle amministrazioni aggiudicatrici e/o degli operatori economici?

4.4. Servizi sociali

I servizi sociali sono elencati nell'allegato II B della direttiva 2004/18/CE. Quindi, come si è detto in precedenza, gli appalti per i servizi sociali di valore superiore alle soglie per l'applicazione delle direttive sugli appalti pubblici sono soggetti soltanto ad alcune norme specifiche delle direttive (quelle concernenti le specifiche tecniche e la pubblicazione dei risultati della procedura di appalto) e ai principi fondamentali del diritto UE, come la non discriminazione e la trasparenza⁹⁹. Come si è detto in precedenza, gli appalti di valore inferiore alle soglie sono soggetti soltanto ai principi fondamentali del diritto UE, come la non discriminazione e la trasparenza, se presentano un interesse transfrontaliero.

Quindi, al momento di esternalizzare i servizi sociali mediante un appalto pubblico di servizi, le amministrazioni pubbliche godono già di notevole libertà in relazione alle procedure da seguire. Inoltre, le amministrazioni pubbliche possono introdurre requisiti concernenti in particolare la qualità, la completezza e la continuità del servizio in questione, nonché requisiti concernenti il coinvolgimento e la partecipazione degli utenti alla fornitura e alla valutazione dei servizi, oppure tali da garantire che i fornitori di servizi si familiarizzino con il contesto locale quando prestano il servizio¹⁰⁰.

Secondo alcune parti interessate, tuttavia, gli adeguamenti delle norme vigenti sono necessari per meglio tener conto delle specificità dei servizi sociali. In particolare ci sono richieste di soglie più alte per tali servizi. Si deve notare che, nel caso dei servizi sociali, un aumento delle soglie applicabili non produrrebbe una restrizione del campo di applicazione né delle possibili richieste di compensazioni nel quadro del GPA e di altri accordi internazionali, dal momento che i servizi B non sono coperti da tali strumenti.

⁹⁹ I servizi sociali figurano tra i servizi elencati nell'allegato II B della direttiva 2004/18/CE, a cui si applicano soltanto norme limitate di tale direttiva (per la distinzione tra i servizi elencati nell'allegato II A e i servizi elencati nell'allegato II B, cfr. gli articoli 20 e 21 della direttiva).

¹⁰⁰ Orientamenti specifici sull'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici ai servizi sociali, tenendo conto della libertà di cui godono le amministrazioni pubbliche in questo campo, sono forniti nella "Guide on the application of the EU rules on State aid, public procurement and internal market to services of general economic interest and, in particular, to social services of general interest" - SEC(2010)1545 [Guida sull'applicazione delle norme UE in materia di aiuti di Stato, appalti pubblici e mercato interno ai servizi di interesse economico generale e, in particolare, ai servizi sociali di interesse generale] che ha aggiornato il documento di lavoro dei servizi della Commissione dal titolo "Frequently Asked Questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest" [Domande e risposte sull'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici ai servizi sociali di interesse generale, SEC(2007) 1514 del 20.11.2007].

Domande

97. Ritenete che sarebbe opportuno dedicare maggiore attenzione alle specifiche caratteristiche dei servizi sociali nella normativa UE in materia di appalti pubblici? In caso affermativo, in che modo?
- 97.1. Ritenete che sia necessaria una maggiore regolamentazione, a livello UE, di alcuni aspetti concernenti l'appalto di servizi sociali, al fine di migliorare la qualità di tali servizi? In particolare:
- 97.1.1. opportuno che le direttive proibiscano il criterio del prezzo più basso per l'aggiudicazione di appalti, limitino l'uso del criterio del prezzo, limitino l'importanza che le amministrazioni aggiudicatrici possono attribuire al prezzo, introducano una terza possibilità per i criteri di aggiudicazione oltre al prezzo più basso e all'offerta economicamente più vantaggiosa?
- 97.1.2. è necessario che le direttive consentano la possibilità di riservare gli appalti in materia di servizi sociali a organizzazioni senza scopo di lucro? Sarebbe opportuno concedere altri privilegi a tali organizzazioni per quanto riguarda l'aggiudicazione di appalti in materia di servizi sociali?
- 97.1.3. misure intese ad alleggerire i criteri di aggiudicazione o riservare gli appalti a determinati tipi di organizzazione potrebbero compromettere la capacità delle procedure di appalto di assicurare l'acquisizione di tali servizi "al costo minore per la comunità" e pertanto presentare il rischio di appalti che comportino un aiuto di Stato. Condividete queste preoccupazioni?
- 97.2. Ritenete che altri aspetti dell'appalto di servizi sociali debbano essere meno regolamentati (ad esempio mediante soglie più alte o norme *de minimis* per tali servizi)? Quale sarebbe la giustificazione per il trattamento speciale riservato ai servizi sociali?

5. GARANZIA DI PROCEDURE CORRETTE

I rischi finanziari in gioco e la stretta interazione tra il settore pubblico e quello privato fanno degli appalti pubblici un'area in cui è particolarmente forte il rischio di prassi commerciali scorrette, come conflitti di interessi, favoritismi e corruzione. Secondo la stessa linea di pensiero, il programma di Stoccolma¹⁰¹ indica gli appalti pubblici come un'area di particolare attenzione nel contesto della lotta alla corruzione.

Si richiedono meccanismi efficaci per prevenire prassi commerciali scorrette negli appalti pubblici non soltanto per garantire pari condizioni di concorrenza e per assicurare l'uso efficiente del denaro dei contribuenti, ma anche per contribuire in modo significativo al successo della lotta globale contro la criminalità economica.

I requisiti fissati nelle direttive per quanto riguarda la trasparenza della procedura, volta a garantire parità di trattamento a tutti gli offerenti, hanno già ridotto al minimo il rischio di prassi commerciali scorrette. Le direttive vigenti tuttavia non includono norme più specifiche

¹⁰¹ Documento del Consiglio n.17024/09, adottato dal Consiglio europeo il 10/11 dicembre 2009.

per prevenire e sanzionare i conflitti di interessi, e contengono poche norme specifiche per penalizzare i favoritismi e la corruzione negli appalti pubblici. La legislazione nazionale tratta tali questioni con particolare attenzione, ma il livello di salvaguardie specifiche offerto dalla legislazione nazionale varia notevolmente da uno Stato membro all'altro.

L'aumento delle garanzie procedurali per contrastare prassi commerciali scorrette a livello UE potrebbe migliorare lo standard comune europeo di protezione nei confronti di tali prassi, aumentare l'equità complessiva delle procedure e rendere le procedure di appalto meno vulnerabili alle frodi e alla corruzione. Garanzie supplementari di questo tipo però comportano spesso oneri amministrativi supplementari a carico dei committenti e delle imprese, e il loro valore aggiunto nella lotta alle prassi commerciali scorrette deve essere attentamente ponderato rispetto ad un possibile impatto negativo sull'obiettivo globale di semplificare le procedure.

5.1. Prevenire i conflitti di interessi

Il conflitto di interessi si verifica quando i soggetti che partecipano alla decisione di aggiudicare l'appalto hanno obblighi professionali o personali contrastanti o ancora interessi personali o finanziari che potrebbero rendere loro difficile un adempimento equo e imparziale dei propri doveri, oppure quando un soggetto sia in grado di influire sul processo decisionale dell'amministrazione aggiudicatrice per tutelare i propri interessi. Tale conflitto di interessi non genera necessariamente corruzione, ma può provocare un comportamento corrotto. Per scongiurare la frode è quindi indispensabile individuare e risolvere i conflitti di interessi. È opportuno ricordare che un conflitto di interessi rappresenta, obiettivamente e di per sé, una grave irregolarità indipendentemente dalle intenzioni delle parti interessate e dal fatto che esse agiscano in buona o cattiva fede¹⁰².

È necessario discutere dell'opportunità di disporre di norme di base a livello UE, come la definizione comune di situazioni inaccettabili in cui si verificano conflitti di interessi e alcune garanzie per prevenire o risolvere tali situazioni¹⁰³. Tali garanzie potrebbero includere la richiesta di dichiarazioni di assenza di conflitti di interessi nonché un certo grado di trasparenza e responsabilità dei funzionari preposti agli appalti rispetto alla loro situazione personale, naturalmente nel pieno rispetto delle norme e degli standard sulla protezione dei dati. Ad esempio, le norme UE potrebbero imporre l'obbligo di rivelare i nomi dei membri della commissione di gara ad un organismo di controllo, oppure obbligare l'amministrazione aggiudicatrice a verificare l'assenza di conflitti di interessi al momento di istituire la commissione di gara.

¹⁰² Cfr. sentenza del 15 giugno 1999 nella causa T-277/97 *Ismeri Europa Srl c./Corte dei conti*, punto 123, in merito alle norme in materia di appalti delle istituzioni UE.

¹⁰³ Cfr., ad esempio, le norme previste per gli appalti aggiudicati dalle istituzioni UE: l'articolo 52 del regolamento del Consiglio n. 1605/2002 che stabilisce il regolamento finanziario applicabile al bilancio generale delle Comunità europee, e la pertinente giurisprudenza, in particolare le sentenze del 9 luglio 2002 nella causa T-21/01 *Zavvos/Commissione*, e del 17 marzo 2005 nella causa T-160/03 *AFCon Management Consultants/Commissione*.

Domande

98. Sareste favorevoli a introdurre una definizione di conflitto di interessi a livello UE in materia di appalti pubblici? Quali attività/situazioni, che sono fonti di potenziale rischio, sarebbe opportuno affrontare (rapporti personali, interessi economici come partecipazioni, incompatibilità con attività esterne, ecc.)?
99. Ritenete necessario disporre di garanzie a livello UE che prevengano, individuino e risolvano efficacemente situazioni caratterizzate da conflitti di interessi? In caso affermativo, che tipo di garanzie ritenete utili?

5.2. Lotta contro i favoritismi e la corruzione

I mercati degli appalti, e in particolare i grandi progetti di lavori, sono spesso considerati un settore lucrativo per una potenziale corruzione. Bisogna ricordare inoltre che l'integrità del processo è messa a rischio non soltanto nel caso di corruzione, com'è ovvio, ma anche più in generale in tutti i casi di favoritismo, benché questo non implichi necessariamente comportamenti corrotti: si pensi ad esempio ai favoritismi nei confronti di un candidato locale. Gli scenari più comuni di corruzione che possono verificarsi nelle procedure di appalti pubblici sono il pagamento di bustarelle (ossia di somme per ricompensare un funzionario che ha influito sulla procedura di appalto), la manipolazione del bando di gara per favorire uno specifico offerente e il ricorso a società di copertura/interposte per coprire le attività illegali del funzionario corrotto.

In molti Stati membri le norme in materia di appalti contengono meccanismi specificamente concepiti per prevenire e combattere la corruzione e i favoritismi. Come per la questione del conflitto di interessi, è necessario valutare l'opportunità di integrare alcune garanzie specifiche nella normativa UE in materia di appalti pubblici, a condizione di non imporre oneri amministrativi sproporzionati. Si deve però tener presente che non soltanto la corruzione è una questione estremamente sensibile per gli Stati membri, ma anche che i problemi effettivi in questo campo e le potenziali soluzioni dipendono dalle culture amministrative ed economiche dei vari paesi, che sono assai divergenti. Di conseguenza, potrebbe essere difficile trovare una soluzione valida per tutti da attuare a livello UE.

Si propone spesso di affrontare il problema della corruzione negli appalti pubblici aumentando il livello di trasparenza concernente, in particolare, le decisioni assunte dai funzionari preposti agli appalti nel corso della procedura. Ciò consentirebbe ai candidati ed eventualmente ai cittadini di controllare le decisioni dei funzionari pubblici, fungendo in tal modo da efficace strumento di lotta contro la corruzione. Questa maggiore trasparenza potrebbe essere introdotta, ad esempio, per l'apertura delle offerte o la pubblicazione obbligatoria dei verbali che documentano la procedura di appalto. L'onere amministrativo supplementare di tale misura sarebbe relativamente limitato, giacché le amministrazioni aggiudicatrici sono già obbligate a redigere tali verbali¹⁰⁴. Allo stesso modo, la pubblicazione degli appalti conclusi (che comprende informazioni commerciali sensibili) potrebbe favorire un controllo più democratico delle decisioni in materia di appalti.

Si potrebbero anche prevedere strumenti specifici come il sistema di notifica delle frodi tramite internet o numero telefonico gratuito per incoraggiare i partecipanti o altre persone a fornire informazioni su irregolarità o reati. Il bando di gara, il sito web dell'amministrazione

¹⁰⁴ Articolo 43 della direttiva 2004/18/CE.

aggiudicatrice e altre modalità di pubblicazione potrebbero includere riferimenti al sistema mediante il quale l'amministrazione aggiudicatrice o l'autorità di controllo può ricevere informazioni da fonti anonime o identificate.

Bisogna incoraggiare il ricorso agli strumenti attualmente disponibili, che favoriscono una gestione efficace e trasparente dell'intero ciclo di appalto. In tale contesto potrebbe essere utile l'elaborazione di elenchi di indicatori di allerta per le amministrazioni aggiudicatrici, nonostante le note limitazioni¹⁰⁵. Per l'applicazione di prassi più efficaci di segnalazione, potrebbe essere utile promuovere norme precise sull'obbligo di segnalazione e sulla protezione di coloro che denunciano irregolarità. Il ricorso a controlli esterni (ad esempio esperti in materia di *governance*, ONG, ecc.) potrebbe aggiungere valore agli strumenti di controllo interno al momento di valutare la prestazione dei contraenti, e di individuare e segnalare casi sospetti.

Potrebbe anche essere utile considerare l'opportunità di utilizzare gli attuali meccanismi di valutazione per monitorare il rispetto degli strumenti internazionali pertinenti, tra cui le disposizioni in materia di corruzione negli appalti pubblici¹⁰⁶.

Infine, limitare la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici per alcuni aspetti potrebbe complicare l'attuazione di decisioni che non siano giustificate su basi obiettive e quindi prevenire i favoritismi (ad esempio, limitando la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici per l'annullamento delle procedure). Tali misure tuttavia non devono limitare il necessario margine di manovra di cui le amministrazioni aggiudicatrici hanno bisogno per acquistare beni e servizi adatti alle loro specifiche esigenze.

Domande

100. Condividete l'opinione che i mercati degli appalti siano esposti a rischi di corruzione e favoritismi? Ritenete che in questo settore l'azione dell'UE sia necessaria o piuttosto che debba essere lasciato alle competenze esclusive degli Stati membri?
101. Secondo voi, quali sono i principali rischi per l'integrità di ognuna delle varie fasi della procedura di appalto pubblico (definizione dell'oggetto dell'appalto, preparazione della gara, fase di selezione, fase di aggiudicazione, esecuzione dell'appalto)?
102. Quali tra i rischi individuati, a vostro parere, dovrebbero essere affrontati introducendo norme più specifiche/supplementari nelle direttive UE in materia di appalti pubblici, e in che modo (quali norme/garanzie)?
103. Quali strumenti supplementari potrebbero fornire le direttive per affrontare il problema della criminalità organizzata nell'ambito degli appalti pubblici? Sareste favorevoli, ad esempio, all'introduzione di un controllo *ex-ante* sui subappalti?

¹⁰⁵ World Bank Policy Research Paper n. 5243, 29 marzo 2010

¹⁰⁶ In particolare la Convenzione OCSE sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni commerciali internazionali e la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione.

5.3. Esclusione degli offerenti “scorretti”

L’esclusione degli offerenti colpevoli di corruzione e, più in generale, di colpa professionale (“provvedimento di esclusione”) costituisce un’arma potente per punire – e anche in una certa misura prevenire – comportamenti scorretti da parte delle imprese. L’articolo 45 della direttiva 2004/18/CE prevede già l’obbligo di escludere gli offerenti condannati per alcuni reati ivi elencati (in particolare la corruzione), nonché la possibilità di escludere gli offerenti per altri comportamenti scorretti (compreso il caso in cui “nell’esercizio della propria attività professionale, [l’offerente] abbia commesso un errore grave”).

Tuttavia, alcune questioni concernenti l’ambito di applicazione, l’interpretazione, il recepimento e l’applicazione pratica di questa disposizione rimangono aperte, e gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici hanno richiesto ulteriori chiarimenti.

In particolare, si tratta di capire se i casi di esclusione previsti dall’articolo 45 siano adeguati, sufficientemente chiari (soprattutto i casi di esclusione per “errore grave” nell’esercizio dell’attività professionale) e abbastanza esaurienti, o se sarebbe opportuno introdurre altri casi di esclusione. Sembra inoltre che le amministrazioni aggiudicatrici debbano far fronte a difficoltà pratiche, al momento di ottenere tutte le informazioni pertinenti sulla situazione personale degli offerenti e dei candidati stabiliti in altri Stati membri, nonché in merito alla loro ammissibilità conformemente al loro diritto nazionale.

Inoltre, sarà necessario chiarire la portata dell’applicazione della legislazione nazionale sui casi di esclusione. Se si attribuisse agli Stati membri la facoltà di introdurre altri casi di esclusione nella propria legislazione nazionale, essi potrebbero far fronte con maggiore efficacia ai problemi specifici generati da comportamenti commerciali scorretti connessi al contesto nazionale. D’altro canto, i specifici casi di esclusione nazionali comportano sempre un rischio di discriminazione nei confronti degli offerenti esteri e potrebbero minare il principio di condizioni di parità a livello europeo.

Una questione importante su cui le vigenti direttive UE non si pronunciano è quella concernente le cosiddette misure di “autodisciplina”, ossia le misure adottate dall’operatore economico per porre rimedio ad una situazione negativa che influisce sulla sua ammissibilità. La loro efficacia dipende dalla loro accettazione da parte dallo Stato membro. La questione delle misure di “autodisciplina” deriva dalla necessità di raggiungere un equilibrio tra l’attuazione dei casi di esclusione e il rispetto della proporzionalità e della parità di trattamento. La presa in considerazione delle misure di “autodisciplina” consentirebbe alle amministrazioni aggiudicatrici di effettuare una più completa e oggettiva valutazione della situazione individuale del candidato o dell’offerente e di decidere quindi in merito alla sua eventuale esclusione da una procedura di appalto.

L’articolo 45 consente agli Stati membri di tener conto delle misure di “autodisciplina” purché tali misure mostrino che le preoccupazioni per l’onestà professionale, la solvibilità e l’affidabilità del candidato o dell’offerente non sussistono più. Non esistono però norme uniformi sull’autodisciplina, sebbene le amministrazioni aggiudicatrici di alcuni Stati membri tengano conto delle misure adottate dall’operatore economico per porre rimedio all’esclusione.

Inoltre, ci si chiede se l’UE debba esplicitamente imporre sanzioni qualora si tenti di mettere a rischio la trasparenza e l’imparzialità della procedura di appalto (ad esempio, a carico di candidati od offerenti che cerchino di accedere a informazioni riservate o di influenzare

indebitamente l'attività dell'amministrazione aggiudicatrice, ad esempio nelle fasi di selezione e aggiudicazione). Tali sanzioni potrebbero consistere, ad esempio, nel respingere la candidatura o l'offerta, purché la decisione sia debitamente motivata.

Alcune gravi forme di comportamento illegale, come corruzione o conflitti di interessi deliberatamente non dichiarati, dovrebbero essere anch'essi sanzionati più pesantemente, ad esempio mediante sanzioni penali. Gli Stati membri sono già tenuti a prevedere sanzioni penali nei casi di corruzione dei loro pubblici ufficiali. L'opportunità di prevedere standard minimi in relazione alle sanzioni deve essere valutata alla luce della gravità del reato e dei principi di necessità, sussidiarietà e proporzionalità¹⁰⁷.

Domande

104. Ritenete che l'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE concernente l'esclusione degli offerenti sia un utile strumento per sanzionare comportamenti commerciali scorretti? Quali meccanismi alternativi e/o miglioramenti di questo meccanismo proporreste?
105. Come sarebbe possibile rafforzare la cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici per ottenere informazioni sulla situazione personale dei candidati e degli offerenti?
106. Ritenete che la questione delle misure di "autodisciplina" debba essere trattata esplicitamente nell'articolo 45 oppure che essa vada disciplinata esclusivamente a livello nazionale?
107. La decisione motivata di respingere un'offerta o una candidatura può essere considerata una sanzione adeguata per migliorare il rispetto del principio di parità di trattamento?
108. Ritenete che alla luce del trattato di Lisbona, a livello UE debbano essere elaborati standard minimi per le sanzioni penali in particolari circostanze, quali corruzione o conflitti di interesse non dichiarati?

5.4. Come evitare indebiti vantaggi

Infine, potrebbero verificarsi situazioni in cui, pur in assenza di conflitti di interessi o di pratiche scorrette, l'equità della procedura potrebbe essere messa a rischio perché alcuni offerenti sono avvantaggiati. Ad esempio, il fatto che il candidato o l'offerente abbia in precedenza partecipato ad attività preparatorie connesse allo sviluppo del servizio da fornire (come la ricerca e/o la progettazione) potrebbe conferire notevoli vantaggi a tale offerente in termini di informazioni privilegiate e sollevare perplessità sul rispetto del principio di parità di trattamento¹⁰⁸.

Si tratta di capire in che misura sia possibile compensare i vantaggi senza discriminare l'offerente in questione. Limitarsi a escludere gli offerenti che abbiano partecipato alla preparazione del progetto sarebbe probabilmente una reazione spropositata, forse neanche fattibile dal punto di vista pratico, soprattutto quando, nel mercato in questione, vi sono pochi

¹⁰⁷ Sulle competenze funzionali dell'UE in materia di diritto penale, cfr. la causa C-440-05, Commissione/Consiglio, punto 66.

¹⁰⁸ Cfr. cause riunite C-21/03 e C-34/03, Fabricom.

concorrenti qualificati. Una compensazione significativa potrebbe consistere, ad esempio, nell'obbligo di rivelare a tutti gli offerenti concorrenti tutte le informazioni privilegiate che l'offerente avvantaggiato possa aver ottenuto da una precedente partecipazione al progetto.

Una questione ancora più delicata riguarda il problema dei vantaggi naturali degli offerenti già operanti sul mercato, che sono ancora più difficili da individuare chiaramente e da compensare. Ancora una volta, l'obbligo di rivelare alcune informazioni privilegiate potrebbe essere utile per ridurre i rischi di discriminazione, a condizione che le informazioni commerciali sensibili siano adeguatamente protette.

Domande

109. Sarebbe opportuno introdurre norme specifiche a livello UE per affrontare la questione che alcuni offerenti sono avvantaggiati dall'aver partecipato in precedenza all'elaborazione del progetto oggetto della gara di appalto? Quali garanzie proporreste?
110. Ritenete che il problema dei possibili vantaggi degli offerenti già operanti sul mercato debba essere affrontato a livello UE, e in caso affermativo in che modo?

6. ACCESSO DEI FORNITORI DEI PAESI TERZI AL MERCATO UE

Gli impegni internazionali assunti dall'UE in materia di appalti traspaiono in numerose disposizioni delle direttive.

Il considerando (7) della direttiva 2004/18/CE e il considerando (14) della direttiva 2004/17/CE fanno esplicito riferimento alla decisione del Consiglio 94/800/CE, che ha approvato l'accordo sugli appalti pubblici sottoscritto nell'ambito dell'OMC (GPA). Si afferma che *“il regime applicabile agli offerenti e ai prodotti dei paesi terzi firmatari è quello definito dall'Accordo”*. Inoltre, le condizioni concernenti il GPA sono contenute nell'articolo 5 della direttiva 2004/18/CE e nell'articolo 12 della direttiva 2004/17/CE. Di conseguenza, gli operatori economici originari dei paesi firmatari del GPA hanno diritto allo stesso trattamento degli operatori economici europei alle condizioni fissate dal GPA, in particolare l'appendice I relativa all'UE che comprende tutti gli impegni assunti dall'UE ai sensi dell'Accordo.

Inoltre, per i settori nei quali l'UE non ha assunto impegni a livello internazionale, l'articolo 58 della direttiva 2004/17/CE introduce una preferenza comunitaria per l'appalto di beni, e l'articolo 59 della stessa direttiva consente di limitare l'accesso al mercato UE degli appalti di servizi di pubblica utilità.

Recentemente, molte parti in causa hanno fatto notare che il mercato UE degli appalti è più aperto dei mercati degli appalti dei nostri partner internazionali. Di conseguenza, le imprese UE non competono sempre in condizioni di parità con le imprese estere. Inoltre, questa situazione ha un effetto negativo sulla posizione negoziale dell'UE nell'ambito di negoziati internazionali per un maggiore accesso al mercato. È quindi necessario riflettere sulla politica dell'UE in materia di appalti pubblici nei confronti dei paesi terzi e sull'utilizzo delle suddette disposizioni, nonché sui possibili miglioramenti.

Tutto questo rientra nel dibattito in corso sui possibili metodi per rafforzare l'influenza dell'UE nei negoziati internazionali, al fine di garantire un accesso più equilibrato e reciproco

ai mercati degli appalti esteri e dell'UE. La Commissione realizza al momento una valutazione dell'impatto per analizzare tutte le varie opzioni politiche possibili, sulla base del rispetto dei nostri impegni internazionali assunti ad esempio con l'accordo sugli appalti pubblici sottoscritto nell'ambito dell'OMC, nonché in relazione ai paesi terzi con cui l'UE non ha ancora concluso simili accordi.

Domande

111. Quali sono le vostre esperienze con i meccanismi di cui agli articoli 58 e 59 della direttiva 2004/17CE e/o qual è la vostra opinione al riguardo?
- 111.1. È necessario migliorare ulteriormente tali disposizioni? In caso affermativo, in che modo? Potrebbe essere opportuno estendere l'ambito di applicazione di tali disposizioni oltre il settore degli appalti di servizi di pubblica utilità?
112. Quali altri meccanismi proporreste per favorire una maggiore simmetria nell'accesso ai mercati degli appalti?

Il presente Libro verde affronta le questioni individuate dalla Commissione ha individuato come elementi importanti di una futura riforma della politica UE in materia di appalti pubblici. Potrebbero esserci anche altri temi chiave non trattati nel Libro verde. Inoltre, sarebbe interessante sapere dalle parti in causa quali delle suddette questioni ritengono più importanti, e quali sembrano meno pertinenti in vista di una futura riforma. Pertanto, tutte le parti in causa sono invitate a rispondere alle seguenti domande.

Domande

113. Ci sono altre questioni che a vostro avviso dovrebbero essere trattate in una futura riforma delle direttive UE in materia di appalti pubblici? Quali sono tali questioni, a quali problemi è necessario far fronte e quali potrebbero essere le soluzioni possibili?
114. Vi preghiamo di classificare per ordine di importanza le varie questioni sollevate nel presente Libro verde, e altre questioni che ritenete importanti. Se doveste scegliere tre questioni prioritarie da affrontare in primo luogo, quali scegliereste? Motivate la vostra scelta.

La Commissione invita tutte le parti interessate a trasmettere contributi, prima del 18 aprile 2011, preferibilmente in formato Word, tramite posta elettronica all'indirizzo: MARKT-CONSULT-PP-REFORM@ec.europa.eu.

Non è necessario rispondere a tutte le domande formulate nel presente documento. I contributi possono limitarsi unicamente alle domande che presentano un interesse particolare per voi. Vi preghiamo di indicare chiaramente gli aspetti a cui fanno riferimento i vostri contributi.

I contributi ricevuti e l'identità dell'autore, saranno pubblicati su internet, a meno che l'autore non si opponga alla pubblicazione dei dati personali perché la pubblicazione potrebbe ledere i suoi interessi legittimi. In tal caso, il contributo potrà essere pubblicato in forma anonima. In linea di principio, se il contributo non sarà pubblicato, il suo contenuto non verrà preso in considerazione.