Introduzione alle nuove direttive comunitarie in tema di appalti e concessioni e al loro recepimento in Italia

Avv. Marco Iannacci

Dipartimento di Diritto Amministrativo e degli Appalti Pubblici

**Convegno MePAIE – Il Mercato della Pubblica Amministrazione in Italia e in Europa
Cremona, 5-6 Marzo 2015**

L'attuale quadro normativo in tema di appalti e concessioni

- **Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163)**
 - **273 articoli**
 - **38 allegati**
 - **oltre 1.500 commi**

- **Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice (Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010 n. 207)**
 - **359 articoli**
 - **15 allegati**

632 articoli

Le modifiche apportate al Codice dei Contratti pubblici in «corso d'opera»

- ben 53 modifiche legislative successive all'approvazione del Codice del 2006 (....approssimativamente)
- Il ruolo della Giurisprudenza Amministrativa (in particolare dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato)
- Il ruolo della AVCP (oggi ANAC)

Le nuove direttive comunitarie

- **Direttiva 2014/24** relativa agli appalti pubblici nei settori ordinari (abroga la Direttiva 2004/18)
- **Direttiva 2014/25** relativa agli appalti degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali cd. settori «speciali» (abroga la Direttiva 2004/17)
- **Direttiva 2014/23** sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (novità)

Le nuove direttive comunitarie

segue

Verso una semplificazione degli appalti e delle concessioni pubbliche?

- 94 articoli 25 allegati (Direttiva appalti nei settori ordinari)
- 110 articoli 21 allegati (Direttiva appalti nei settori esclusi)
- 55 articoli 11 allegati (Direttiva concessioni)

L'attuazione delle nuove Direttive in Italia

- La «*dead line*» del 18 aprile 2016
 - Le direttive sono **entrate in vigore il 18 aprile 2014.**
 - **Gli Stati membri dovranno recepire** le disposizioni delle nuove norme nell'ordinamento nazionale **entro il 18 aprile 2016.**

- Le disposizioni *self executing*

- La legge Delega al Governo

L'attuazione delle Direttive in Italia- La delega al Governo

- **I Principi della Delega:**
 - compilazione di un **unico testo normativo denominato “Codice degli appalti pubblici e delle concessioni”** recante le disposizioni legislative in materia di procedure di affidamento di gestione e di esecuzione degli appalti e delle concessioni disciplinate dalle tre direttive, volto anche a garantire l'effettivo coordinamento con le ulteriori disposizioni normative in vigore nelle medesime materie nel **rispetto dei principi del TFUE**;
 - **razionalizzazione del quadro normativo** nelle materie degli appalti pubblici e delle concessioni al fine di conseguire un maggiore livello di **certezza del diritto** e di **semplificazione dei procedimenti**;

L'attuazione delle Direttive in Italia-

La delega al Governo- Principi segue

- **semplificazione** e armonizzazione delle disposizioni in materia di affidamento degli appalti pubblici e delle concessioni, anche attraverso la promozione di soluzioni innovative nelle materie disciplinate con **particolare riguardo allo sviluppo delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici di preminente interesse nazionale**, nonché degli interventi in materia di mitigazione del rischio idrogeologico, anche al fine di evitare il ricorso a sistemi derogatori rispetto alla disciplina ordinaria;
- **trasparenza e pubblicità delle procedure di gara** e delle fasi ad essa prodromiche e successive, salvo casi espressamente previsti, anche tenendo conto della esigenza di concorrere, con la definizione di idonee misure, alla **lotta alla corruzione nel settore degli appalti pubblici**, nonché, in ogni caso, previsione di poteri di vigilanza e controllo sull'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici, finalizzati ad **evitare la corruzione ed a favorire la trasparenza**;

L'attuazione delle Direttive in Italia-

La delega al Governo- Principi

segue

- **riduzione degli oneri documentali a carico dei soggetti partecipanti e semplificazione delle procedure di verifica da parte delle stazioni appaltanti**
- **razionalizzazione delle procedure di spesa** attraverso criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti, contenimento dei tempi e piena verificabilità dei flussi finanziari anche attraverso adeguate forme di **centralizzazione delle committenze** e di **riduzione del numero delle stazioni appaltanti** e l'introduzione di **misure volte a contenere il ricorso a variazioni progettuali in corso d'opera**

L'attuazione delle Direttive in Italia-

La delega al Governo- Principi

segue

- razionalizzazione dei **metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale**, anche in materia di esecuzione del contratto;
- miglioramento delle **condizioni di accesso al mercato degli appalti pubblici e delle concessioni per le piccole e medie imprese e per le imprese di nuova costituzione**;
- **disciplina organica della materia delle concessioni**
- **espresa abrogazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163**, anche attraverso l'individuazione di un apposito regime transitorio.
- Entro un anno dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo **disposizioni correttive ed integrative** in base ai **medesimi princìpi e criteri direttivi**.

Le novità – Le concessioni

- **La direttiva 2014/23/UE** sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, disciplina organicamente un **settore finora solo parzialmente regolato a livello UE**.
- L'aggiudicazione delle concessioni di lavori pubblici, infatti, è stata soggetta sinora alle norme di base della direttiva 2004/18/UE
- **«vuoto giuridico»** parzialmente colmato con ricorso ai principi contenuti nei Trattati (libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza).

Le novità – Le concessioni

segue

- principio di **libera amministrazione delle autorità pubbliche nazionali**, in base al quale esse possono decidere il **modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi** per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici
- **libertà di espletare** tali compiti **direttamente**, avvalendosi delle **proprie risorse** o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici, o di **conferirli a operatori economici esterni**.

Le novità – Le concessioni

segue

- **Definizione di concessione:** contratto a titolo oneroso, concluso per iscritto per mezzo del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di servizi a uno o più operatori economici il cui **corrispettivo** consiste unicamente nel **diritto di gestire i lavori o i servizi** che sono oggetto del contratto o **in tale diritto accompagnato da un prezzo.**
- L'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta **il trasferimento al concessionario di un rischio operativo**

Le novità – Le concessioni

segue

Campo di applicazione

- La direttiva si applica alle concessioni di lavori o di servizi il cui **valore è pari o superiore a 5.186.000 Euro**
- **ogni due anni** la Commissione **verifica** che tale soglia corrisponda a quella stabilita nell'accordo sugli appalti pubblici dell'Organizzazione mondiale del commercio per le concessioni di lavori e se del caso procede alla sua revisione.

Le novità – Le concessioni

segue

Esclusioni dal campo di applicazione della direttiva

- le concessioni aggiudicate in base a **norme** sugli appalti pubblici **previste da un'organizzazione internazionale o da un'istituzione internazionale di finanziamento** quando le concessioni in questione sono **interamente finanziate** da tale organizzazione o istituzione.
- le concessioni nei settori della **difesa e della sicurezza** di cui alla direttiva 2009/81/CE disciplinati da norme procedurali specifiche in base a un **accordo o ad una intesa internazionale conclusi tra uno o più Stati membri e uno o più paesi terzi**

Le novità – Le concessioni

segue

Esclusioni dal campo di applicazione della direttiva

- **concessioni di servizi** per :
 - l'acquisizione, lo sviluppo, la produzione o coproduzione di programmi destinati a **servizi di media audiovisivi o radiofonici** che vengono assegnate dai fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici, o concessioni per il tempo di trasmissione o messa a disposizione del programma, che vengono assegnate ai prestatori di media audiovisivi o radiofonici
 - protezione civile, protezione civile e di prevenzione pericolo
 - i servizi che vengono forniti da **organizzazioni non-profit**

Le novità – Le concessioni

segue

Esclusioni dal campo di applicazione della direttiva

- le concessioni aventi ad oggetto servizi di **arbitrato e di conciliazione** ed altri **servizi legali**;
- le concessioni nel settore delle **acque**;
- le concessioni aggiudicate ad **impresa collegata**;
- le concessioni ***in house***.
- le concessioni aventi ad oggetto la gestione e lo sfruttamento economico di beni demaniali come ad esempio le spiagge (cd. **concessioni balneari**) e gli aerodromi (cfr. Considerando 15)

Le novità – Le concessioni: la durata

- **Durata limitata** secondo la **stima** fatta dalle **Autorità Pubbliche** in funzione dei **lavori o servizi richiesti** al concessionario

- In ogni caso per le **concessioni ultraquinquennali** la **durata massima** della concessione **non supera** il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il:
 - concessionario **recuperi gli investimenti effettuati** nell'esecuzione dei lavori o dei servizi;
 - Il concessionario consegua **un ritorno sul capitale investito** tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici (gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione)

Le novità – Le concessioni: Procedure e criteri di aggiudicazione

- Procedura di aggiudicazione deve rispettare i **principi di:**
 - **parità di trattamento**
 - **non discriminazione**
 - **trasparenza.**
- i criteri di aggiudicazione sono:
 - connessi all'oggetto della concessione
 - **non attribuiscono una incondizionata libertà di scelta** all'amministrazione aggiudicatrice
 - assicurano una valutazione delle offerte in condizioni di **concorrenza effettiva** in modo da individuare un **vantaggio economico complessivo** per l'Amministrazione Aggiudicatrice

Le novità – Le concessioni – Lotta alla corruzione

- Le amministrazioni aggiudicatrici devono prendere misure adeguate per combattere **frodi, favoritismi e corruzione** e per prevenire efficacemente, identificare e risolvere i **conflitti di interesse** che possono sorgere in occasione dello svolgimento delle procedure di aggiudicazione di concessione.

Le novità – Gli appalti

Obiettivi:

- **semplificazione** e una maggiore **flessibilità delle procedure**
- avvicinare **la disciplina dei settori "speciali" a quella dei settori classici (ordinari)**

Le novità – Gli appalti

segue

- **Maggior ricorso all'autocertificazione**, con l'introduzione del **documento di gara unico europeo (DGUE)** che conterrà le informazioni relative all'azienda e l'autocertificazione dei requisiti necessari alla partecipazione alle gare (In Italia processo di decertificazione è stato avviato da tempo- vedi **AVCPASS-** criticità);
- l'introduzione di misure incentivanti **l'accesso al mercato da parte delle piccole e medie imprese** mediante la **riduzione dei costi amministrativi** di partecipazione alle gare;

Le novità – Gli appalti

segue

- **incentivazione alla suddivisione degli appalti in lotti**
- **obbligo di motivare la decisione di non suddividere l'appalto in lotti di dimensioni più piccole**

Le novità – Gli appalti

segue

- **requisiti di fatturato:** le stazioni appaltanti non possono introdurre nei bandi **soglie minime di fatturato sproporzionate** rispetto al valore del contratto (al massimo possono richiedere un fatturato doppio rispetto all'importo a base di gara)

- riduzione dei **tempi minimi per la presentazione delle offerte** da parte delle imprese
 - procedura aperta il tempo minimo per la presentazione delle offerte passa da 52 a 35 giorni.
 - procedura ristretta da 37 a 30 giorni

Le novità – Gli appalti

segue

- **obbligo** di stabilire la **comunicazione integralmente elettronica** tra la P. A. e le imprese in **tutte le fasi della procedura** (periodo di transizione di 30 mesi)
- nuove procedure di affidamento che aumentano le **possibilità di negoziazione** tra la P.A. e le imprese in corso di gara, (es. i "**partenariati per l'innovazione**", che consentono alle autorità pubbliche di indire bandi di gara per risolvere un problema specifico, lasciando spazio alle autorità pubbliche e all'offerente per trovare insieme **soluzioni innovative**)

Le novità – Gli appalti

segue

- maggior possibilità di ricorso alla trattativa privata (**procedura negoziata senza bando**)
- introduzione della **procedura competitiva con negoziazione** (in risposta ad un bando le imprese inviano un'offerta iniziale che viene negoziata e progressivamente "limata" con la P.A. fino ad arrivare all'offerta finale)
- **possibilità per gli Stati membri di prevedere il pagamento dei subappaltatori** per le prestazioni affidate direttamente da parte dell'autorità aggiudicatrice, consentendo ai subappaltatori di proteggersi efficacemente dal rischio di mancato pagamento;

Le novità – Gli appalti

segue

- preferenza per il **criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa**

- promozione dell' uso strategico degli appalti per ottenere merci e servizi che:
 - promuovano l'**innovazione**
 - rispettino l'**ambiente**
 - contrastino il cambiamento climatico,
 - migliorino l'**occupazione**, la **salute pubblica** e le **condizioni sociali**

Considerazioni finali

- Semplificazione ?
- Maggior apertura del mercato?
- Maggiore trasparenza ?
- **Il necessario periodo di «gestazione» delle nuove norme**
- Una nuova sfida per gli operatori del *Public Procurement*

Le opinioni ed informazioni contenute nelle presenti slide hanno carattere esclusivamente divulgativo. Esse pertanto non possono considerarsi sufficienti ad adottare decisioni operative o l'assunzione di impegni di qualsiasi natura, né rappresentano l'espressione di un parere professionale. Le slide sono di proprietà di CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni.

C/M/S/ Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni

Galleria Passarella, 1
20122 Milano

Italia

T + 39 02 892 838 00

F + 39 02 480 129 14

Via Agostino Depretis, 86
00184 Roma

Italia

T + 39 06 478 151

F + 39 06 483 755

CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni è membro di CMS, organizzazione internazionale di studi legali e tributari indipendenti.

Uffici CMS: Aberdeen, Algeri, Amburgo, Amsterdam, Anversa, Barcellona, Belgrado, Berlino, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucarest, Budapest, Casablanca, Città del Messico, Colonia, Dubai, Duesseldorf, Edinburgo, Francoforte, Ginevra, Glasgow, Istanbul, Kiev, Lione, Lipsia, Lisbona, Londra, Lubiana, Lussemburgo, Madrid, Milano, Monaco, Mosca, Muscat, Parigi, Pechino, Podgorica, Praga, Rio de Janeiro, Roma, Sarajevo, Shanghai, Siviglia, Sofia, Stoccarda, Strasburgo, Tirana, Utrecht, Varsavia, Vienna, Zagabria e Zurigo.

www.cms-aacs.com

www.cmslegal.com