



Università degli Studi di Perugia

I contratti pubblici per l'innovazione e lo sviluppo regionale

Laura Berionni
Perugia, 5 dicembre 2014

Università degli studi di Perugia- Progetto di ricerca
"Regioni e Unione Europea" (Re.Ue)

LA COSTRUZIONE EUROPEA DI UNA DISCIPLINA GIURIDICA IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI

Il *public procurement* rappresenta un settore in cui l'attività del legislatore europeo nonché quella della giurisprudenza è stata ed è tuttora particolarmente intensa.

Si tratta di un ambito in cui si è sviluppata un'ampia regolazione sovranazionale che ha condizionato in modo sostanziale le discipline degli Stati membri, costituendo **uno dei corpi normativi europei più significativi**.

Le ragioni di questo interesse sono facilmente intuibili considerando la **dimensione economica** del mercato dei contratti pubblici in Europa: le autorità pubbliche spendono circa il **18% del PIL dell'UE** per beni, servizi ed opere.

Si tratta quindi di un settore in cui è particolarmente importante tenere presente lo scenario europeo, poiché è da qua che arrivano i principali *input* e le più importanti innovazioni.

Recente processo di modernizzazione e di revisione della disciplina:

- **Direttiva 2014/23/UE** sull'aggiudicazione dei contratti di concessione
- **Direttiva 2014/24/UE** sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE
- **Direttiva 2014/25/UE** sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

Approvate il 15.01.2014

Pubblicate nella GUUE il **28.03.2014**

Termine per il recepimento: 24 mesi dalla pubblicazione in GUUE
Scaduto tale termine: obbligo di applicazione norme self-- executing
nell'ordinamento di ogni Stato membro

PRINCIPALI CONTRIBUTI FORNITI ATTRAVERSO IL PROGETTO RE.UE PER UN MIGLIOR USO DEI CONTRATTI PUBBLICI REGIONALI IN BASE AGLI INDIRIZZI EUROPEI

- **“I contratti pubblici di rilevanza europea: il *discrimen* tra appalto e concessione, tra incertezze normative ed oscillazioni giurisprudenziali”.**
- **Contributo per l’elaborazione di un piano d’azione per lo sviluppo e la promozione dell’*e-procurement* (approvvigionamento elettronico) e dell’*e-invoicing* (fatturazione elettronica) nella regione Umbria.**
- **Appalti, concessioni e aiuti di Stato: una Guida europea per l’affidamento e la gestione dei servizi di interesse economico e dei servizi sociali di interesse generale (seminario illustrativo e formativo e successiva pubblicazione per condividere e diffondere in maniera più mirata le informazioni e gli approfondimenti “Gli enti territoriali di fronte alla sfida della modernizzazione di appalti e aiuti di stato”).**
- **“Small Business Act (SBA): facilitare la partecipazione delle Piccole e Medie Imprese (PMI) agli appalti pubblici” (seminario, tavolo di discussione, coinvolgimento operatori economici, sottoposizione di un questionario sui principali punti critici emersi per migliorare la prassi applicativa regionale).**

UTILIZZO STRATEGICO DEL *PUBLIC PROCUREMENT*

“Le amministrazioni pubbliche possono offrire un importante contributo alla realizzazione degli obiettivi della strategia Europa 2020, 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 pubblica e le condizioni sociali, e promuovendo l’uguaglianza e l’inclusione dei gruppi svantaggiati”.

Commissione europea, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici*. «Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti», COM(2011)15 def., Bruxelles, 27.1.2011

- L'utilizzo strategico del *public procurement* implica un nuovo bilanciamento tra le regole ed i principi posti a garanzia della concorrenzialità del mercato e la necessaria alterazione della *par condicio* che il perseguimento di specifici obiettivi comporta.

È infatti evidente che l'introduzione di considerazioni di tipo ambientale o sociale nelle procedure di aggiudicazione comporta una alterazione delle regole di libera concorrenza ed una restrizione della competizione, giustificate dal peculiare interesse che si intende perseguire.

- Sono dunque legittime misure di discriminazione positiva?
- A quali condizioni?
- Quali criteri devono guidare la ponderazione?

L'utilizzo dei contratti pubblici come strumento di politica industriale, sociale, ambientale e di innovazione nella nuova Direttiva 2014/24/UE

Le principali novità riguardano **specifiche tecniche, criteri di aggiudicazione e condizioni di esecuzione**.

Si potrà tenere conto di aspetti qualitativi nella fase di selezione degli offerenti (ex. possibilità di “favorire” le c.d. imprese sociali) e nella definizione dei criteri di aggiudicazione secondo il nuovo concetto di “miglior rapporto qualità-prezzo” e del “costo del ciclo di vita”, che includono la considerazione degli impatti sul fronte ambientale e sociale.

(Per la nuova disciplina dei criteri di aggiudicazione, v. considerando da 89 a 98 ed artt.67ss. della Direttiva 2014/24/UE, da confrontare con considerando 1 e 46 e con l'art.53 della Direttiva 2004/18/CE.)

Principali elementi di novità :

- **esplicita preferenza per il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa**, nonché la nuova interpretazione della stessa;
- **introduzione del costo accanto al prezzo**, ma allo stesso alternativo;
- **esplicitazione normativa del concetto di costo e del ciclo di vita** (art. 68).

Per quanto riguarda la possibilità di funzionalizzare la domanda pubblica a vantaggio di **politiche di tipo industriale**, in questo caso la normativa europea non ammette direttamente misure di discriminazione positiva, ma diverse previsioni consentono di **migliorare l'accesso al mercato delle PMI**, ad esempio attraverso:

- **incentivo alla divisione in lotti**, sia su base **quantitativa** che **qualitativa**, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle PMI o in conformità alle diverse fasi successive del progetto. “L’entità e l’oggetto dei lotti dovrebbero essere determinati liberamente dall'amministrazione aggiudicatrice che, in conformità delle pertinenti norme sul calcolo del valore stimato dell'appalto, dovrebbe anche avere la facoltà di aggiudicare alcuni dei lotti senza applicare le procedure previste dalla presente direttiva” (v. considerando n.78 e art. 46, Direttiva 2004/18/CE)
- **criteri di qualificazione più accessibili**: v. considerando n. 83 e art. 58, Direttiva 2004/18/CE, in tema di **requisiti di fatturato e valutazione “qualitativa” della situazione patrimoniale dei concorrenti**.

Ne consegue un ridimensionamento della “primazia” della concorrenza:

la promozione della concorrenza, che rimane certo un principio fondamentale della materia, apre la strada alla tutela di ulteriori principi e, dunque, convive con una nuova attenzione a criteri non esclusivamente pro-concorrenziali, ma anche ambientali e sociali.

La nuova *vision* si pone in linea con l'art. 3.3 del Trattato sull'Unione europea, che parla *di un'economia sociale di mercato fortemente competitiva in grado di favorire la piena occupazione[...]*.

In questo quadro, i contratti pubblici appaiono funzionali al rafforzamento del mercato unico non solo attraverso la competizione concorrenziale, ma anche come strumenti in grado di migliorare le condizioni sociali, occupazionali ed ambientali.

Ci si potrebbe allora chiedere

il recente “spiraglio” aperto dalle istituzioni europee per una integrazione, in materia di contratti pubblici, tra promozione della concorrenza e tutela della dimensione sociale ed ambientale in vista di un utilizzo strategico degli appalti pubblici in funzione di Europa 2020,

potrebbe aprire la strada ad un **utilizzo strategico regionale dei contratti pubblici**, dove la tutela della concorrenza potrebbe convivere con previsioni destinate a migliorare lo sviluppo del territorio o a supportare ulteriori politiche pubbliche?

Nel particolare contesto di crisi economica, **quali spazi** (e con quali limiti) **hanno le Regioni** per rispondere alle specifiche esigenze territoriali anche mediante lo strumento dei contratti pubblici?

MA ... internamente, le procedure di affidamento dei contratti pubblici ricadono nella c.d. materia trasversale “tutela della concorrenza” dove lo Stato ha una competenza esclusiva, a prescindere dall’oggetto del contratto e dalla sua attinenza rispetto a materie concorrenti o residuali

La Corte Costituzionale, proprio in virtù del peso che le regole concorrenziali hanno nell’affidamento dei contratti pubblici, ha ricondotto l’intera disciplina all’
art. 117 della Costituzione, comma 2, lettera e.

Nel momento in cui si riconoscesse una recessione della primazia della concorrenza a favore di una integrazione con ulteriori interessi e principi, l’intera impostazione interna sarebbe destinata ad essere rivista.

L’approccio flessibile seguito dal legislatore europeo lascia in capo **agli Stati membri un’ampia discrezionalità nel recepimento** della possibilità dell’utilizzo strategico del *public procurement*

Nel dubbio di come si concretizzerà il recepimento interno e considerate le complessive tendenze centraliste interne, la domanda di se e come le Regioni possano utilizzare funzionalmente ad esigenze strategiche i contratti pubblici, può trovare fin da ora risposta in un utilizzo della **discrezionalità amministrativa** che, sulla base dell'apertura europea alla possibilità di bilanciare la promozione della concorrenza con altri interessi rilevanti (tutela sociale e occupazionale, tutela ambientale, *favor* per le piccole e medie imprese),
sia in grado di individuare le modalità migliori per rispondere alle suddette esigenze,
nel rispetto dei principi di proporzionalità e trasparenza,
quali corollari dei principi di parità di trattamento e non discriminazione

V. art. 18, comma 1, Direttiva 2014/24/UE

Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata

“Noi siamo convinti che il mondo, anche questo terribile, intricato mondo di oggi può essere conosciuto, interpretato, trasformato e messo al servizio dell'uomo, del suo benessere, della sua felicità.

La lotta per questo obiettivo è una prova che può riempire degnamente una vita”.

E. Berlinguer