

LE DIRETTIVE APPALTI 2004/17/CE E 2004/18/CE

La direttiva 2004/17CE

La **direttiva 2004/17CE** del Parlamento e del Consiglio del 31 marzo 2004 coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (cd. **settori speciali**). La nuova direttiva, conformemente alla direttiva 93/38, all'art. 2 individua tre categorie di **soggetti aggiudicatori**, distinguendo tra:

- Amministrazioni aggiudicatrici;
- Imprese pubbliche;
- Soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi.

Uno degli aspetti più rilevanti dei settori speciali, infatti, che rappresenta il motivo per cui gli stessi sono stati dapprima esclusi dall'applicazione delle direttive-appalti e successivamente fatti oggetto di una specifica regolamentazione, è sicuramente la **natura giuridica** dei soggetti aggiudicatori (che può essere sia **pubblica che privata**, contrariamente alle direttive appalti che prevedono solo soggetti aggiudicatori di natura pubblica). Ciò dimostra chiaramente la volontà del legislatore comunitario di assoggettare alle **regole della concorrenza** tutti quei soggetti che, pur rivestendo dal punto di vista giuridico, carattere formalmente privato, di fatto sono sostanzialmente soggetti pubblici, nel senso che operano secondo logiche pubbliche e non private. Tale volontà appare peraltro evidente al punto 10 delle premesse, in cui si afferma come "la necessità di garantire l'effettiva liberalizzazione del mercato e il giusto equilibrio nell'applicazione delle norme sugli appalti nei settori speciali esige che gli enti interessati siano definiti in modo diverso dal riferimento alla loro qualificazione giuridica". Per tali ragioni, la loro qualificazione giuridica può essere del tutto irrilevante. Il campo di applicazione della direttiva si estende pertanto a tre categorie di soggetti aggiudicatori:

- Sono **amministrazioni aggiudicatrici**: lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico;
- Sono **imprese pubbliche**: le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione.
- Sono **soggetti titolari diritti speciali ed esclusivi**: soggetti privati che annoverano tra le loro attività una o più delle attività proprie dei settori speciali e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi^{1[1]} concessi loro dall'autorità competente in uno Stato membro.

Ai fini della direttiva sono considerati **settori speciali** e quindi oggetto di regolamentazione:

- gas, energia termica ed elettricità,
- l'acqua;
- i servizi di trasporto;
- i servizi postali;
- l'estrazione e prospezione di petrolio e altri combustibili.

Si ricorda che dalla nuova direttiva è **escluso il settore delle telecomunicazioni** (art. 30), ormai considerato già concorrenziale, ed è stato invece **inserito il settore dei servizi postali** (art. 6), non compreso in passato nei settori speciali. Ancora sotto il profilo dell'ambito di applicazione, l'art. 30, par. 1, prevede una procedura volta ad esonerare dall'applicazione della direttiva la prestazione di quelle attività che, nello Stato membro in cui vengono esercitate, "sono direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili". Gli appalti cui la direttiva si riferisce sono.

- L'appalto di **lavori**: quelli aventi "per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato XII o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dall'ente aggiudicatore" (art., par. 1, lett. b);.
- L'appalto di **forniture**: "appalto avente per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti" (art. 1, par. 2, lett. c).

^{1[1]} Sono "diritti speciali o esclusivi" quelli "concessi da un'autorità competente di uno Stato membro mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa, avente l'effetto di riservare a uno o più enti l'esercizio di una attività di cui agli articoli da 3 a 7 e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti di esercitare tale attività" (art.2, par. 3).

- L'appalto di **servizi**: "appalto avente per oggetto una delle attività indicate nei due specifici allegati XVII A e XVII B della direttiva" (art. 1, par. 2, lett. d).

L'art. 16 della direttiva ha anche stabilito **nuove soglie di valore**^{2[2]}, prevedendo espressamente che rientrino nel campo di applicazione della stessa tutti gli appalti che, al netto dell'IVA, sono pari o superiori a:

- 422.000 euro per gli appalti di forniture e servizi;
- 5.278.000 euro per gli appalti di lavori.

L'art. 17 detta poi i criteri relativi alle **modalità di calcolo del valore stimato degli appalti**, stabilendo in linea generale, che esso debba tenere conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni e di rinnovi eventuali del contratto. La direttiva contiene inoltre una serie di **esclusioni generali** dalla sua applicazione riguardanti tutti gli enti e tutti i tipi di appalto (art. 19-23), una serie di **esclusioni relative** riguardanti tutti gli enti ma solo alcuni tipi di appalti di servizi (art. 24) ed infine alcune esclusioni relative solo ad alcuni enti aggiudicatori (art. 26). Tra i casi di **esclusione generale** rientrano: gli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi (art. 19); gli appalti aggiudicati per fini diversi dall'esercizio di un'attività interessata o per esercizio di un'attività in un paese terzo (art. 20); gli appalti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza (art. 21); gli appalti aggiudicati in forza di norme internazionali (art. 22) ed, infine, gli appalti aggiudicati ad un'impresa collegata ad una joint-venture ad un ente aggiudicatore facente parte di una joint-venture (art. 23).

Per quanto concerne le procedure di gara la direttiva ne prevede tre:

- **la procedura aperta**: quella in cui qualsiasi operatore economico interessato può presentare un'offerta (art. 1, par. 9, lett. a);
- **la procedura ristretta**: quella alla quale ogni operatore economico può chiedere di partecipare e possono presentare un'offerta solo i candidati invitati dall'ente aggiudicatore (art. 1, par. 9, lett. b);
- **la procedura negoziata**: quella in cui l'ente aggiudicatore consulta gli operatori economici di propria scelta e negozia con uno o più di essi le condizioni dell'appalto (art. 1, par. 9, lett. c);

La Direttiva contiene inoltre una serie di norme atte a garantire la **massima pubblicità** agli **avvisi** con cui si indice una **gara** (art. 42 - onde assicurare la massima partecipazione alle gare - agli **avvisi** relativi agli **appalti aggiudicati** (art. 43), nonché agli **avvisi** relativi ai **sistemi di qualificazione** (art. 41).

In materia di **qualificazione dei concorrenti**, la direttiva fissa all'art. 54 i cd. criteri di qualificazione qualitativa dei candidati, stabilendo che gli enti aggiudicatori che fissano criteri di selezione in una procedura aperta ristretta o negoziata devono farlo secondo regole e criteri oggettivi che vanno resi disponibili agli operatori economici interessati.^{3[3]} Nel caso in cui l'ente aggiudicatore sia una amministrazione, si applicano anche i criteri di esclusione definiti dall'art. 45 della dir. 2004/18/CE, ossia le ipotesi di commissione di particolari reati^{4[4]}. Per quanto concerne i **sistemi di qualificazione**, una delle più rilevanti differenze rispetto ai settori classici degli appalti è data dalla previsione di cui all'art. 53, secondo cui i soggetti aggiudicatori possono istituire un proprio sistema di qualificazione degli operatori economici (albi di fornitori, di prestatori di servizi, di esecutori di lavori pubblici), con la possibilità, una volta istituito il sistema, di invitare alle gare (a procedura ristretta o negoziata) solo le imprese qualificate (art. 53, par. 9). La direttiva prevede inoltre in varie disposizioni la possibilità di introdurre **criteri ambientali e sociali** negli appalti pubblici di settore speciale.^{5[5]}

Infine, la direttiva reca, da un lato, una serie di norme (art. 45 - 48) atte a favorire il ricorso ai mezzi di comunicazione elettronici, nonché l'utilizzo di strumenti informatici e telematici nell'ambito delle tradizionali procedure di gara; dall'altro, fissa regole specifiche (artt. 15 e 48 e ss.) per l'istituzione ed il funzionamento di sistemi di acquisto interamente elettronici (sistemi dinamici di acquisto, v. art. 1, par. 5) ovvero di processi elettronici di valutazione delle offerte (aste elettroniche, art. 1, par. 6, e art. 56).

Il termine per il recepimento da parte degli Stati membri è quello del 31 gennaio 2006.

^{2[2]} Le soglie di seguito riportate sono quelle risultanti dalle modifiche introdotte successivamente alla approvazione della direttiva (vedi l'articolo 1 del [regolamento CE n. 1874/2004](#) e successivamente l'articolo 1 del [regolamento CE n. 2083/2005](#)).

^{3[3]} L'art. 54, par. 3, prevede che "nel caso delle procedure ristrette o negoziate, i criteri possono fondarsi sulla necessità oggettiva, per l'ente aggiudicatore, di ridurre il numero dei candidati a un livello che corrisponda a un giusto equilibrio tra caratteristiche specifiche della procedura di appalto e i mezzi necessari alla sua realizzazione. Il numero dei candidati prescelti tiene conto tuttavia dell'esigenza di garantire un'adeguata concorrenza".

^{4[4]} Partecipazione ad organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio dei proventi di attività illecite.

^{5[5]} Cfr. il punto 53 dei Considerando che prevede che "Nei casi appropriati, in cui l'applicazione di misure o sistemi di gestione ambientale durante l'esecuzione dell'appalto è giustificata dalla natura dei lavori e/o dei servizi, può essere richiesta l'applicazione di tali misure o sistemi". Cfr. anche l'art. 52, par. 3, ove si dispone che "Per gli appalti di lavori e di servizi e solo in determinati casi, per accertare la capacità tecnica dell'operatore economico, gli enti aggiudicatori possono chiedere che l'operatore economico indichi i provvedimenti di gestione ambientale che egli sarà in grado di applicare in occasione della realizzazione dell'appalto".

La direttiva 2004/18CE

La direttiva 2004/18/CE presenta numerosi aspetti innovativi della disciplina comunitaria degli appalti pubblici. In primo luogo essa procede alla **unificazione di tutte le norme comunitarie in materia di appalti pubblici** (a parte i cd "settori speciali", per i quali è stata contestualmente emanata la direttiva 2004/17/CE). Alcune delle principali novità della nuova direttiva 2004/18/CE riguardano le soglie di applicazione più elevate, l'introduzione del dialogo competitivo, delle aste elettroniche, dei sistemi dinamici di acquisto, degli accordi quadro, la possibilità di partecipare alle gare con le holding.

Spetterà ai singoli Stati membri recepire il testo nel proprio ordinamento entro 21 mesi dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea.

Soglie di applicazione.

Si ricorda che le due nuove direttive hanno modificato le soglie comunitarie. Tuttavia – dopo la loro emanazione – la disciplina comunitaria è stata nuovamente ritoccata dal **Regolamento CE n. 2083 del 19 dicembre 2005**. Pertanto, le nuove soglie sono così determinate: per gli **appalti di lavori** e le **concessioni di lavori pubblici** la soglia oggi vigente è pari a **5.278.000 euro**; per gli **appalti di forniture** occorre distinguere fra appalti aggiudicati da una autorità governativa centrale (soglia di **137.000 euro**) e appalti aggiudicati da altra amministrazione (soglia di **211.000 euro**). Anche per gli **appalti di servizi** la soglia è di **137.000 euro** per gli appalti aggiudicati dalle amministrazioni centrali, mentre si innalza a 211.000 euro non solo per gli appalti aggiudicati dalle altre amministrazioni, ma anche per gli appalti aggiudicati dalle amministrazioni centrali, quando questi abbiano ad oggetto servizi della categoria 8 dell'allegato IIA, servizi di telecomunicazioni della categoria 5 dell'allegato II A, le cui voci CPV corrispondono ai numeri di riferimento CPC 7524, 7525 e 7526, servizi elencati nell'Allegato II B.

Centrali di committenza.

La direttiva conferma la nozione di amministrazione aggiudicatrice e ribadisce che gli **appalti in-house** possono essere effettuati soltanto nel settore dei servizi.

La novità più rilevante consiste nell'introduzione delle cosiddette "**centrali di committenza**", centri unici di imputazione di appalti, modellati secondo lo schema della Consip italiana. Il risultato è che gli appaltatori potrebbero trovarsi, in alcuni settori merceologici, ad avere molto meno controparti rispetto a oggi. Per il legislatore comunitario una centrale di committenza è "un'amministrazione aggiudicatrice che acquista forniture e servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici, o che aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici". La scelta di prevedere tali soggetti spetta a ogni Stato membro: "Gli stati membri possono prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di acquistare lavori, forniture e servizi facendo ricorso a una centrale di committenza" (art. 11, par. 1). Il principio che la direttiva afferma è quello dell'automatico rispetto delle norme comunitarie da parte di un'amministrazione che acquista lavori, forniture e servizi facendo ricorso a una centrale di committenza, ma a condizione che in precedenza la centrale di committenza abbia rispettato le norme comunitarie.

Il dialogo competitivo.

Il dialogo competitivo è la nuova procedura di aggiudicazione introdotta dalla direttiva e può essere utilizzata per i soli **appalti complessi**, quando la stazione appaltante si trovi di fronte ad un appalto di cui non sia "in grado di definire i mezzi tecnici per la sua esecuzione o non sappia impostare giuridicamente o finanziariamente il progetto" (art. 1, par. 11, lettera c). Nella procedura di gara è netta la separazione tra la fase del dialogo, in cui avviene una vera e propria messa a punto, anche per fasi successive, della soluzione o delle soluzioni ritenute idonee dall'amministrazione, e la successiva fase in cui l'amministrazione riceve e valuta le offerte. Se l'amministrazione, "per ridurre il numero delle soluzioni da discutere" (art. 29), sceglie di svolgere la procedura in più fasi

successive (e deve prevederlo nel bando di gara o nel documento descrittivo), è tenuta ad applicare i criteri di aggiudicazione previsti nel bando di gara. Il dialogo può anche durare molto dal momento che è previsto che prosegua finché l'amministrazione non sia in grado di individuare, "se del caso dopo averle confrontate" (art. 29) la o le soluzioni che essa ritiene idonee e soddisfacenti. Solo dopo parte la fase di offerta, nel corso della quale le offerte possono anche successivamente essere precisate, chiarite e perfezionate. Successivamente si apre la fase della scelta della migliore offerta. In questo caso la direttiva precisa che la scelta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Una volta individuata l'offerta economicamente più vantaggiosa, si prevede ancora la possibilità per la stazione appaltante di chiedere al migliore offerente di precisare alcuni aspetti dell'offerta e di confermare gli impegni che derivano dall'offerta presentata. È infine prevista la facoltà per l'amministrazione di stabilire premi o pagamenti per i partecipanti al dialogo.

La partecipazione all'appalto con le holding.

Per quel che riguarda la partecipazione all'appalto, in applicazione della sentenza *Ballast Noedam Groep* del 1994, si precisa che un operatore economico (e quindi il principio vale per tutti e tre i tipi di appalto, lavori, forniture e servizi) può "fare affidamento sulle capacità di altri soggetti a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi" (art. 47, par. 2), provando che "per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie, per esempio, presentando l'impegno di tale soggetto di mettere a disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie" (*idem*). Questa possibilità può essere utilizzata anche dai raggruppamenti che, a loro volta, possono "fare assegnamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti" (art. 47, par. 3). La norma sembra aprire la strada alla candidatura di soggetti, per esempio gruppi o holding, ma anche ati (associazioni temporanee di imprese), che potrebbero qualificarsi a un appalto pure con le referenze di altri soggetti o con altri soggetti anche estranei al raggruppamento. E ciò sarà possibile, sia con una semplice lettera di impegno del soggetto che apporterà le referenze, sia con altri mezzi (dal momento che la direttiva testualmente afferma che "l'impegno" è solo un esempio di dimostrazione nei confronti della stazione appaltante, della messa a disposizione delle risorse necessarie).

Sistemi dinamici di acquisizione e aste elettroniche.

Ulteriori innovazioni riguardano i cosiddetti sistemi dinamici di acquisto e le aste elettroniche. Il "**sistema dinamico di acquisizione**" (art. 33), istituito con pubblico incanto, è caratterizzato dall'essere funzionale soprattutto agli acquisti di uso corrente per i quali, di norma, quanto disponibile sul mercato è già in grado di soddisfare le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice. In buona sostanza, si tratta di sistemi elettronici aperti che per una durata limitata (non possono durare per più di quattro anni) consentono agli operatori economici di formulare un'offerta indicativa nell'arco di un certo periodo di tempo. I candidati in possesso dei requisiti minimi per l'accesso alla gara possono quindi presentare offerte che siano in linea con il capitolato d'oneri messo a disposizione dalla stazione appaltante e le offerte formulate possono essere migliorate in ogni momento. Quindi, una volta pubblicato il bando di gara e reso noto il capitolato d'oneri, le stazioni appaltanti lasceranno libero l'accesso in via elettronica alla documentazione di gara. Le offerte dovranno essere valutate entro 15 giorni dalla loro ricezione e comunicata all'offerente l'eventuale ammissione nel sistema dinamico o il rigetto dell'offerta.

Le **aste elettroniche** sono invece dei processi che si inseriscono all'interno delle usuali procedure di aggiudicazione e costituiscono un sistema di negoziazione delle offerte che precede l'aggiudicazione dell'appalto. Non possono in alcun modo essere utilizzate quando si tratti di appalti di servizi o di lavori che abbiano a oggetto "prestazioni intellettuali quali la progettazione di lavori" (art. 1, comma 7). Tale esclusione comporta anche che non potrà essere utilizzata nelle procedure di appalto integrato in cui la stazione appaltante chiede all'impresa, associando o individuando un progettista, di predisporre la progettazione esecutiva dell'intervento da realizzare. Si può fare ricorso all'asta elettronica quando "le specifiche dell'appalto possono essere fissate in maniera precisa" (art. 54, par. 2). L'oggetto dell'asta elettronica è ben determinato: può infatti riguardare il prezzo o i prezzi (o valori) degli elementi dell'offerta previsti dal capitolato nel caso di appalto aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Come di consueto anche l'impiego dell'asta elettronica deve essere segnalato dall'amministrazione nel bando di gara.

L'asta si conclude in una data fissata o quando non si ricevono più nuovi prezzi o, ancora, quando si è raggiunto il numero di fasi previsto nel bando.

Gli accordi quadro.

La direttiva unificata estende ai settori tradizionali anche l'utilizzazione degli accordi quadro già previsti dalla direttiva settori speciali (93/38/CEE), ma essi non saranno applicabili in caso di appalti di servizi aventi a oggetto prestazioni intellettuali. In particolare, viene definito come accordo quadro un accordo concluso tra una o più amministrazioni e uno o più operatori economici con lo scopo di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare in un determinato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e le quantità previste. In sede di aggiudicazione degli appalti pubblici basati su un accordo quadro, le parti non possono apportare modifiche sostanziali alle condizioni fissate in tale accordo. Un accordo quadro potrà durare al massimo quattro anni. Sono stabiliti diversi criteri di aggiudicazione a seconda che l'accordo quadro sia concluso con un solo operatore economico o con più operatori economici.

Il termine per il recepimento da parte degli Stati membri è quello del **31 gennaio 2006**.

¹ Sono "diritti speciali o esclusivi" quelli "concessi da un'autorità competente di uno Stato membro mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa, avente l'effetto di riservare a uno o più enti l'esercizio di una attività di cui agli articoli da 3 a 7 e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti di esercitare tale attività" (art.2, par. 3).

⁶[2] Le soglie di seguito riportate sono quelle risultanti dalle modifiche introdotte successivamente alla approvazione della direttiva (vedi l'articolo 1 del regolamento CE n. 1874/2004 e successivamente l'articolo 1 del regolamento CE n. 2083/2005).

⁷[3] L'art. 54, par. 3, prevede che "nel caso delle procedure ristrette o negoziate, i criteri possono fondarsi sulla necessità oggettiva, per l'ente aggiudicatore, di ridurre il numero dei candidati a un livello che corrisponda a un giusto equilibrio tra caratteristiche specifiche della procedura di appalto e i mezzi necessari alla sua realizzazione. Il numero dei candidati prescelti tiene conto tuttavia dell'esigenza di garantire un'adeguata concorrenza".

⁸[4] Partecipazione ad organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio dei proventi di attività illecite.

⁹[5] Cfr. il punto 53 dei Considerando che prevede che "Nei casi appropriati, in cui l'applicazione di misure o sistemi di gestione ambientale durante l'esecuzione dell'appalto è giustificata dalla natura dei lavori e/o dei servizi, può essere richiesta l'applicazione di tali misure o sistemi". Cfr. anche l'art. 52, par. 3, ove si dispone che "Per gli appalti di lavori e di servizi e solo in determinati casi, per accertare la capacità tecnica dell'operatore economico, gli enti aggiudicatori possono chiedere che l'operatore economico indichi i provvedimenti di gestione ambientale che egli sarà in grado di applicare in occasione della realizzazione dell'appalto".
