



Associazione delle organizzazioni di ingegneria,  
di architettura e di consulenza tecnico-economica



## LA DIRETTIVA 2004/18/CE SUGLI APPALTI PUBBLICI

*Profili di interesse per gli appalti di servizi di ingegneria e architettura*

**di Andrea Mascolini**

### LE PRINCIPALI NOVITÀ

- Nuove soglie: 162.000 € per le forniture, 249.000 € per i servizi; 6.242.000 € per i lavori
- Possibilità di qualificarsi anche facendo affidamento sulla capacità di altri soggetti
- Prestatore di servizi può essere anche un ente pubblico che offre servizi sul mercato
- Introduzione del dialogo competitivo per appalti complessi articolata in due fasi con eventuali “rilanci”
- Possibilità di ricorso alle aste elettroniche
- Disciplina dei sistemi dinamici di acquisizione
- Introduzione degli accordi quadro
- Riduzione dei termini di gara in caso di trasmissione in via elettronica di bandi e atti in via elettronica
- Maggiore tutela sull'esclusione dalle gare

#### 1. Premessa

La nuova direttiva, sugli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la n. 2004/18/CE<sup>1</sup>, pubblicata sulla Guce, serie L, del 30 aprile 2004, è stata approvata dal Parlamento europeo il 29 gennaio 2004 dopo quasi quattro anni di discussione.

Il lungo iter di esame della proposta è estremamente indicativo della delicatezza degli argomenti trattati ma, soprattutto, è frutto di un - a tratti - duro braccio di ferro fra Consiglio e Parlamento Europeo sulle materie più innovative della direttiva (su tutti la disciplina del dialogo competitivo).

---

<sup>1</sup> Consultabile al sito [www.oice.it](http://www.oice.it) in “Normativa e giurisprudenza”, nella parte “Norme europee”.

La direttiva ha lo scopo di unificare, in una sorta di **codice unico**, discipline settoriali diverse (contenute nelle direttive 93/36, 93/37 e 92/50 CEE) e rappresenta quindi il testo di riferimento per l'aggiudicazione di appalti pubblici nei settori non disciplinati dalla direttiva "settori speciali" (acqua, energia e trasporti), oggetto di un'altra direttiva (la 2004/17/CE)<sup>2</sup>.

La direttiva non si applica, così come quella sui "settori speciali" agli appalti aventi ad oggetto "la messa a disposizione o la gestione di reti pubbliche di telecomunicazioni o la prestazione al pubblico di uno o più servizi di telecomunicazioni" dal momento che, in virtù dell'avvenuto processo di liberalizzazione, il settore delle telecomunicazioni è già da qualche anno che non è più sottoposto al rispetto delle direttive appalti pubblici.

Si tratta quindi, innanzitutto, di una opera legislativa di unificazione e razionalizzazione che consentirà a tutti gli operatori del settore di muoversi più agevolmente all'interno delle procedure di affidamento di questi contratti, potendo contare su di un unico "corpus" che raccoglie discipline aventi ad oggetto un mercato stimato, in Europa, più di 1400 miliardi di euro, pari a circa il 16% del PIL di tutta l'Unione europea.

Nel mettere a punto questo "corpus" normativo il legislatore comunitario ha anche recepito all'interno delle singole disposizioni della direttiva tutti quei principi che nel corso degli ultimi trent'anni ha elaborato la Corte di giustizia europea, con particolare riguardo alla tutela della libertà di prestazione dei servizi, alla non discriminazione e parità di trattamento, alla trasparenza e alla concorrenza.

In questo modo la Commissione europea dovrebbe quindi avere posto le basi per una sensibile riduzione del contenzioso e, contemporaneamente, per una limitazione delle anomalie nel recepimento della direttiva stessa da parte dei singoli stati membri.

## 2. Entrata in vigore e attuazione

La direttiva, **non entrerà in vigore immediatamente** in quanto spetterà ai singoli stati membri **recepire il testo** nel proprio ordinamento entro **21 mesi dalla pubblicazione sulla gazzetta europea** (in Italia si dovrà quindi aggiornare il d.lgs. 157/95, oppure emanare un nuovo decreto legislativo contenente le tre discipline unificate dalla direttiva europea).

## 3. Soglie di applicazione

Fra le principali novità del testo unificato c'è innanzitutto l'**innalzamento delle soglie di applicazione** della normativa europea.

Rispetto ai valori che saranno in vigore in Italia fino al 31 dicembre 2005 le variazioni (al momento dell'entrata in vigore della direttiva) saranno le seguenti:

- per i **servizi** si passerà da 236.945 euro a **249.000 euro**,
- per i lavori si passerà da 5.923.624 euro a 6.242.000 euro;
- per le forniture da 154.014 euro a 162.000 euro.

La direttiva (art. 9, comma 1) conferma i precedenti sistemi di calcolo del valore dell'appalto, anche se chiarisce in maniera più efficace che: "il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice. Questo calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni e di rinnovi eventuali del contratto".

Va notato che, relativamente alle modalità di **calcolo del valore** dell'appalto avente ad oggetto la **progettazione** si riprende la norma della direttiva 92/50 già esistente (che fa riferimento agli "onorari e alle commissioni"), ma si aggiunge (art. 9, comma 8, lettera iii) un richiamo alle

---

<sup>2</sup> Consultabile al sito [www.oice.it](http://www.oice.it) in "Normativa e giurisprudenza", nella parte "Norme europee".

“**altre forme di remunerazione**”. Si tratta di una sorta di “norma di chiusura” che sembra dare alla stazione appaltante la possibilità di calcolare all’interno del valore dell’appalto anche altre modalità di corrispettivo, così come si prevede, ad esempio, nella legislazione italiana, con la cessione di diritti reali di godimento rispetto al prezzo dell’appalto di lavori.

Nel calcolo del valore dell’appalto (art. 9, comma 2) deve essere ricompreso anche l’eventuale premio che l’amministrazione intenda concedere in caso di procedure più articolate: “**quando l’amministrazione aggiudicatrice prevede premi o pagamenti per i candidati o gli offerenti, ne tiene conto nel calcolo del valore stimato dell’appalto**”. E’ questo il caso del concorso di progettazione o di idee cui segue l’affidamento dell’appalto di progettazione relativo allo sviluppo dell’idea premiata. In tale fattispecie l’amministrazione dovrà, prima di bandire il concorso, calcolare anche i corrispettivi relativi ai livelli progettuali che prevede di affidare al vincitore del concorso (di norma si tratta almeno del progetto definitivo ed esecutivo, quando si esperisce un concorso di progettazione in unico grado).

Viene anche chiarito che la **stima del valore dell’appalto** deve essere **valida al momento dell’invio del bando di gara** o, nei casi in cui il bando non sia richiesto, al momento in cui l’amministrazione aggiudicatrice avvia la procedura di aggiudicazione dell’appalto”.

Per le nuove procedure introdotte dal legislatore comunitario viene inserita una norma *ad hoc* che specifica le modalità di calcolo del valore stimato dell’appalto: “**per gli accordi quadro e per i sistemi dinamici di acquisizione, il valore da prendere in considerazione è il valore massimo stimato al netto dell’IVA del complesso degli appalti previsti durante l’intera durata degli accordi quadro o del sistema dinamico di acquisizione**” (art. 9, comma 9).

#### 4. Amministrazioni aggiudicatrici e centrali di committenza

La direttiva conferma la nozione di **amministrazione aggiudicatrice** (art. 1, comma 9) che riguarda “lo Stato, gli enti pubblici territoriali (nozione che sostituisce quella di “enti locali”, *n.d.r.*), gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico”. Questi ultimi sono sempre individuati tenendo conto dei classici tre parametri: personalità giuridica, istituzione per soddisfare “esigenze”, non più “bisogni”, di interesse generale e non industriale o commerciale, nonché finanziamento/controllo/direzione da parte di altre amministrazioni dello Stato, di enti pubblici territoriali o altri organismi di diritto pubblico.

Una particolare attenzione viene riservata (art. 8) **alle sovvenzioni concesse dalle amministrazioni aggiudicatrici**, fenomeno in relazione al quale il legislatore comunitario si preoccupa di assicurare che il soggetto beneficiario della convenzione rispetti comunque le norme della direttiva quando si affidano appalti pubblici. Dovranno essere a tale proposito i singoli Stati membri a garantire che “le amministrazioni aggiudicatrici che concedono tali sovvenzioni facciano rispettare la presente direttiva qualora gli appalti siano aggiudicati da altri soggetti o rispettino la presente direttiva qualora aggiudichino esse stesse tali appalti in nome e per conto degli altri enti in parola”.

Per quanto riguarda i cosiddetti **appalti in-house** viene confermata la disciplina precedente contenuta nella direttiva 92/50/CEE, che riguarda i soli appalti di servizi e non quelli di forniture e lavori (anche se un tentativo di estensione della normativa sui servizi anche ai lavori e alle forniture era stato compiuto dal Parlamento europeo).

Pertanto non si applicano le norme della direttiva agli “appalti pubblici di servizi aggiudicati da un’amministrazione aggiudicatrice a un’altra amministrazione aggiudicatrice o a un’associazione di amministrazioni aggiudicatrici in base a un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato (art. 18)”.

Ciò consente, come oggi accade, ad una stazione appaltante di evitare l'affidamento in gara di servizi quando in base ad una norma nazionale o ad un provvedimento amministrativo o regolamentare, sia stata prevista la possibilità di acquisire le prestazioni di servizi attraverso l'operato di un'altra amministrazione alla quale il provvedimento o la norma ha attribuito una "esclusiva" di mercato.

Il punto estremamente delicato è stabilire se questo "diritto di esclusiva" risulti o meno compatibile con il Trattato UE; a tale proposito i profili da tenere in considerazione riguardano, in particolare, il rispetto delle norme europee sulla concorrenza e sugli aiuti di Stato.

Viene invece introdotta per la prima volta nell'ordinamento comunitario la definizione di "**centrale di committenza**" (art. 1, comma 10), unico centro di imputazione di appalto, che si avvicina molto a come opera la CONSIP italiana.

Per il legislatore comunitario una "centrale di committenza" è "un'amministrazione aggiudicatrice che acquista forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici, o che aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici."

La direttiva stabilisce in particolare che la scelta di prevedere tali soggetti spetta ad ogni stato membro UE: "Gli Stati membri possono prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di acquistare lavori, forniture e/o servizi facendo ricorso ad una centrale di committenza".

Il principio che la direttiva afferma è quello dell'automatico rispetto delle norme comunitarie da parte di un'amministrazione che acquista lavori, forniture e/o servizi facendo ricorso ad una centrale di committenza, ma a condizione che in precedenza la centrale di committenza (o di acquisto, come anche vengono definite) abbia rispettato le norme comunitarie.

## 5. La nozione di appalto e di prestatore di servizi

Viene introdotta la nozione di "**operatore economico**" (art. 1, comma 8, punto 2), nozione che comprende quella di appaltatore di lavori, di fornitore, e di prestatore di servizi e che viene utilizzata unicamente al fine di semplificare la lettura del testo.

Rimane invece, la nozione di "**prestatore di servizi**" da intendersi come "una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato la realizzazione di servizi (art. 1, comma 8, punto 1)".

Va notato che, rispetto alla versione precedente della direttiva (la 92/50/CEE), viene espressamente specificato che anche un ente pubblico può essere considerato come "prestatore di servizi", ammettendosi quindi che un soggetto pubblico possa prestare ad altra amministrazione aggiudicatrice un servizio. La condizione è però che questo soggetto operi "sul mercato" offrendo tali servizi in concorrenza con gli altri operatori del settore (non operando, quindi, in base a "riserve" di attività attribuite dalla legge o da regolamenti che potrebbero consentire operazioni di dumping).

La direttiva, all'art. 2, stabilisce che le stazioni appaltanti devono rapportarsi ad ogni operatore economico "**su un piano di parità, in modo non discriminatorio**" e "**con trasparenza**".

Per quel che concerne i **raggruppamenti di operatori economici** la direttiva conferma il principio già contenuto nella precedente versione della "direttiva servizi" del 1992, in base al quale i raggruppamenti possono presentare offerte e che **non possono essere imposte determinate forme giuridiche prima dell'aggiudicazione del contratto**. In particolare si prevede che "ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere che i raggruppamenti di operatori economici abbiano una forma giuridica specifica; tuttavia al raggruppamento selezionato può essere

imposto di assumere una forma giuridica specifica una volta che gli sia stato aggiudicato l'appalto, **nella misura in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto**" (art. 4, comma 2).

Quest'ultima specificazione apre quindi la porta anche alla valutazione di merito relativamente alla funzionalità della forma giuridica richiesta rispetto alla "buona esecuzione dell'appalto", valutazione che peraltro, nella buona parte dei casi, non potrà che essere positiva dal momento che la veste giuridica prevista dalla disciplina nazionale sui raggruppamenti di imprese è sempre finalizzata a garantire maggiormente la stazione appaltante e quindi a garantire implicitamente la "buona esecuzione dell'appalto" (art.4, comma 2).

Per quel che riguarda i profili oggettivi dell'ambito di applicazione della direttiva, si ribadisce la **natura onerosa** e la **forma scritta** del contratto di appalto che viene stipulato fra una amministrazione aggiudicatrice e quello che in precedenza si è definito "operatore economico". Oggetto del contratto di appalto potrà essere l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi.

La direttiva scende poi nel dettaglio delle definizioni dei singoli contratti.

Va premesso che, nonostante la normativa risulti di fatto unificata, ciò non significa che non abbia più senso la distinzione fra una tipologia di appalto e le altre.

All'interno della direttiva rimangono infatti una serie di norme che si applicano soltanto a determinati contratti e non ad altri. Ci sono, cioè norme specifiche per i lavori, così come per i servizi e le forniture; e la distinzione rileva anche nei singoli stati membri (in Italia, ad esempio, gli appaltatori di lavori devono essere qualificati dalle SOA, società organismi di attestazione, previste dal Dpr 34/2000).

L'**appalto di lavori** viene quindi definito (art. 1, comma 2, lett. b), in ossequio alla precedente direttiva 93/37, come appalto che può avere ad oggetto l'esecuzione, o la progettazione e l'esecuzione, o ancora l'esecuzione con qualsiasi mezzo di un'opera rispondente ai bisogni dell'amministrazione.

Sulla seconda tipologia di appalto (nel nostro ordinamento definita dall'art. 19 della legge 109/94 come "**appalto integrato**") appare interessante notare come nelle premesse alla direttiva (9° considerando) si specifichi che, in via generale, "è opportuno" che le amministrazioni prevedano sia l'aggiudicazione separata, sia l'aggiudicazione congiunta di lavori e progettazione e che la direttiva non vuole prescrivere una scelta o l'altra".

In sostanza si chiarisce che la scelta se affidare un appalto in cui la progettazione sia separatamente o congiuntamente affidata con i lavori dovrebbe essere compiuta sulla base di criteri qualitativi ed economici che le legislazioni di ogni stato membro possono definire. Il che è esattamente quello che accade in Italia dove la citata norma della Legge Merloni stabilisce i criteri che giustificano l'aggiudicazione congiunta dell'appalto di progettazione ed esecuzione fra cui anche quelli di natura quantitativa (al di sotto dei 200.000 euro e al di sopra dei 10 milioni di euro) o qualitativi (manutenzione e restauro e scavi archeologici).

Nulla cambia invece per il cosiddetto appalto di "**esecuzione con qualsiasi mezzo**" che è stato recepito nel nostro ordinamento e definito come "affidamento a contraente generale" all'interno della legislazione sulle grandi opere (c.d. Legge obiettivo) di cui si attendono gli ultimi provvedimenti attuativi (e in particolare il regolamento sulla qualificazione dei contraenti generali).

Per quel che riguarda gli **appalti misti** (lavori con forniture e/o servizi), tematica di particolare interesse per quel che attiene alla disciplina dei c.d. contratti di *global service*, sempre nei "considerando" della direttiva (si tratta del decimo considerando), si precisa che un appalto va

definito di lavori se il suo oggetto riguarda “specificamente” l’esecuzione di lavori, “anche se può riguardare la fornitura di altri servizi necessari per l’esecuzione dei lavori stessi”.

Questa precisazione va però letta con quanto previsto per il contratto di appalto di servizi laddove si precisa che, se nel contratto vi sono anche dei lavori qualificabili “accessori” rispetto ai servizi, il contratto si definisce comunque di servizi. Il riferimento è quindi alla nozione di accessorietà dei lavori e non alla prevalenza economica. Ciò viene chiarito sempre in un considerando della direttiva, ove si afferma che “sono accessori rispetto all’oggetto principale del contratti i lavori che costituiscono solo una conseguenza eventuale o un complemento del servizio”. E, per ulteriore chiarezza, si afferma anche che “il fatto che detti lavori (accessori) facciano parte dell’appalto non può giustificare la qualifica di appalto pubblico di lavori” dell’appalto di servizi. Diversamente, nella legge 109/94 si applica il criterio della prevalenza economica, ma va rilevato come questa diversa impostazione sia stata oggetto di una procedura di infrazione contro l’Italia.

Lo stesso concetto di accessorietà viene utilizzato nel caso di appalto di **fornitura con lavori di posa** in opera e installazione: se questi lavori sono “accessori” si tratta ancora di un appalto di forniture e non di un appalto di lavori.

Diverso è invece il criterio utilizzato nel caso di **appalto di servizi e forniture**: la qualificazione del contratto dipende dalla prevalenza economica dell’una o dell’altra attività.

Va posto in evidenza che, per la prima volta nell’ordinamento comunitario, viene data la definizione di **concessione di servizi**, nozione che il legislatore comunitario prevede per distinguerla dalla nozione di appalto e da quella di concessione di lavori pubblici.

In particolare, per concessione di servizi il legislatore intende quel contratto “che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo” (art. 1, comma 4).

La concessione di servizi è però **esclusa dall’ambito di applicazione della direttiva europea**, anche se, come chiarito nella Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 12 aprile 2000, nell’affidamento delle concessioni di servizi gli stati membri dell’unione europea sono sempre tenuti ad applicare e **rispettare i principi generali del Trattato** (in particolare quelli di trasparenza, pubblicità, proporzionalità, parità di trattamento).

A tale proposito si ricorda che anche il Dipartimento per le politiche comunitarie, nella circolare del 1/3/2002 n. 3944 sulle procedure di affidamento delle concessioni di servizi, ha ribadito l’obbligo di rispetto dei principi del Trattato.

### OGGETTO DEI CONTRATTI DI APPALTO

- Appalto di lavori: sola esecuzione, progettazione e esecuzione; esecuzione con qualsiasi mezzo
- Appalto di forniture: acquisto e leasing di prodotti
- Appalto di servizi: prestazioni di servizi
- Criterio dell’accessorietà nei contratti misti di lavori, servizi e forniture
- Criterio della prevalenza economica nei contratti misti di servizi e forniture

## 6. Specifiche tecniche e condizioni particolari per l'appalto

La direttiva ribadisce e amplia il principio generale per cui le amministrazioni aggiudicatrici **non possono creare ostacoli alla libera concorrenza**, attraverso l'introduzione nei documenti di gara di norme tecniche dettagliate e troppo specifiche.

In particolare si chiarisce un principio già affermato più volte dalla Corte di giustizia europea per cui “le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza” (art. 23, comma 2).

Vengono poi introdotte delle disposizioni più articolate e specifiche rispetto al testo della direttiva 92/50/CEE, che tengono anche conto delle recenti norme, ad esempio, sulle ecotichettature e su altre regolamentazioni specifiche.

Va segnalata l'introduzione di una nuova norma relativa alle modalità di esecuzione dell'appalto (art. 26) rapportate ad **esigenze di natura sociale e ambientale**. Si prevede, cioè, che le stazioni appaltanti possano esigere dagli appaltatori “condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto purché siano compatibili con il diritto comunitario e siano precisate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri. Le condizioni di esecuzione di un appalto possono basarsi in particolare su considerazioni sociali e ambientali” (art. 26).

## 7. Procedure di aggiudicazione: la novità del dialogo competitivo

La nuova direttiva conferma le precedenti procedure di aggiudicazione: la **procedura aperta** (pubblico incanto), la **procedura ristretta** (licitazione privata) e la **procedura negoziata** (trattativa privata), con o senza pubblicazione del bando di gara.

Va segnalato come la disciplina in materia di **procedura negoziata** contenga alcune significative modifiche, in primo luogo con riguardo alla casistica che giustifica l'adozione di questa procedura di scelta del contraente.

In particolare l'articolo 30, comma 1, lettera c) prevede che si possa ricorrere alla **procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara** nel caso di “**prestazioni di natura intellettuale quali la progettazione di opere**”, a condizione che non sia possibile “stabilire le specifiche dell'appalto con una precisione sufficiente che permetta di aggiudicare l'appalto selezionando l'offerta migliore secondo le norme della procedura aperta o della procedura ristretta”. La novità è che, rispetto alla precedente versione della direttiva servizi, viene espressamente richiamata la “progettazione” nell'ambito delle prestazioni intellettuali, anche se rimangono invariate le condizioni oggettive che possono determinare il ricorso alla trattativa privata in luogo del pubblico incanto o della licitazione privata.

Molto più articolata è invece la disciplina, nuova, dettata dai successivi commi 2, 3 e 4 dello stesso articolo 30, ove si affermano alcuni principi di carattere generale che le amministrazioni aggiudicatrici devono seguire quando pongono in essere **procedure negoziate con pubblicazione del bando di gara**.

Si precisa in particolare che la negoziazione svolta dalle amministrazioni aggiudicatrici con gli offerenti è **strumentale all'adeguamento delle offerte alle esigenze indicate nel bando di gara**, nel capitolato d'oneri e negli eventuali documenti complementari, “per cercare l'offerta migliore”.

Il legislatore comunitario impone alla stazione appaltante di rispettare e garantire “la parità di trattamento fra tutti gli offerenti” e di non fornire “in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri”.

E' poi espressamente codificata l'ipotesi dei rilanci successivi nella parte in cui si stabilisce che "le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere che **la procedura negoziata si svolga in fasi successive** per ridurre il numero di offerte da negoziare applicando i criteri di aggiudicazione indicati nel bando di gara o nel capitolato d'oneri".

La direttiva precisa però che questa possibilità deve essere resa esplicita nel bando di gara o nel capitolato d'oneri.

Una delle maggiori novità introdotta dalla direttiva è rappresentata dal **dialogo competitivo** (art. 29), una procedura di aggiudicazione che può definirsi speciale in quanto il legislatore comunitario ne ha inteso limitare l'utilizzo ai soli casi di **appalti complessi**.

E' stato quindi previsto che il dialogo competitivo possa essere scelto dalla stazione appaltante laddove essa 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"** (11° considerando).

Sono queste le condizioni in presenza delle quali il legislatore comunitario giustifica la "anomalia" di questa procedura che, diversamente dalle altre in cui è l'amministrazione a definire gli aspetti tecnici dell'intervento sui quali i concorrenti devono confrontarsi, prevede che siano i candidati a concorrere alla messa a punto dei profili tecnici dell'intervento.

Il dato caratteristico di questa procedura risiede quindi proprio nella impossibilità per l'amministrazione di definire i mezzi tecnici per soddisfare le sue necessità e nella incapacità di impostare gli aspetti giuridici o finanziari del progetto.

Nel merito, l'articolo 29 della direttiva precisa – come accennato in precedenza - che se il ricorso alla procedura ristretta o alla procedura aperta non permette l'aggiudicazione dell'appalto, ci si può avvalere del dialogo competitivo, ovviamente alle condizioni già citate (complessità dell'appalto relativa alla difficoltà di definizione dei mezzi tecnici o di impostazione degli aspetti giuridici o finanziari del progetto).

Nella procedura di gara, si richiede la **massima trasparenza** da parte della stazione appaltante nella disciplina dei criteri di selezione (per i quali si applicano le altre norme della direttiva unificata) e dei criteri di aggiudicazione, anche in considerazione della mancanza del capitolato tecnico.

Si mette anche in risalto l'obbligo di rispettare la **parità di trattamento** fra tutti gli offerenti, con un espresso **divieto di rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte o le informazioni riservate del candidato** che, solo lui, può autorizzare l'amministrazione a divulgarle.

In particolare, è chiarita la netta **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", 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" 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.

E' infine prevista la facoltà per l'amministrazione di stabilire “**premi o pagamenti**” per i partecipanti al dialogo.

La procedura sembra avere più di un punto di contatto sia con la disciplina vigente prevista per le opere di grandi dimensioni affidabili, nel nostro ordinamento, con lo schema del **contraente generale** previsto dalla Legge obiettivo, contrattualmente riconducibile al terzo tipo di appalto della direttiva, sia con la disciplina in materia di “**promotore**” prevista dagli articoli 37 bis e seguenti della legge 109/94.

Si tratta di similitudini che, nel primo caso (contraente generale), sembrano minori dal momento che, di norma, almeno stando alla limitatissima esperienza italiana di questi due anni, l'amministrazione ha quasi sempre messo a base di gara un progetto preliminare in cui era sufficientemente chiaro il profilo dell'intervento da realizzare.

Nel secondo caso, invece, la disciplina del promotore sembra essere certamente più vicina a quella comunitaria dal momento che la stazione appaltante si troverebbe di fronte ad un appalto la cui complessità può derivare dalla difficoltà di impostare gli aspetti finanziari del progetto. Ed è proprio questo profilo a rilevare nel c.d. “project financing” disciplinato dalla legge Merloni con riguardo alla figura del promotore. In questo caso infatti il progetto preliminare viene presentato dal “promotore” unitamente ad un piano economico-finanziario che definisce quei profili sui quali la stazione appaltante non ha idea di come procedere.

Un'ulteriore analogia rispetto alla procedura del dialogo competitivo e del promotore sembra risiedere nella fase di messa in concorrenza della proposta del promotore e nella successiva fase di negoziazione (con diritto di prelazione per il promotore) in cui può anche essere ammessa, come accaduto nella gara per la BREBEMI, la pratica dei rilanci successivi.

Infine va anche notato come sia nel dialogo competitivo, sia nella disciplina del promotore siano ammessi i premi ai soggetti che non siano risultati aggiudicatari della commessa (anzi, nella disciplina del promotore i rimborsi per il promotore o per i due non aggiudicatari sono obbligatori, mentre nel dialogo competitivo spetta alla stazione appaltante decidere se attribuire i premi o i “pagamenti”).

Al di là di tutto, comunque, si può affermare che il dialogo competitivo è procedura dotata di un grado di flessibilità maggiore rispetto a quello delle procedure utilizzate finora per l'aggiudicazione di appalti a contraente generale e per la procedura negoziata prevista nella legislazione sul promotore. Il che, peraltro, deve anche fare riflettere sulle condizioni cui sono sottoposti gli imprenditori che partecipano al dialogo competitivo.

Per quel che riguarda i **requisiti minimi per la partecipazione all'appalto** vengono di fatto confermati i precedenti requisiti previsti dalle direttive settoriali anche se viene introdotto un rilevante principio, peraltro già ampiamente elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia a partire dalla famosa sentenza Ballast Noedam Groep del 1994.

L'articolo 48, commi 3 e 4, precisa infatti che un **operatore economico** (e quindi il principio vale per tutti i tre 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**”, provando che “per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie, ad esempio, presentando l'impegno di tale soggetto di mettere a disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie”.

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”.

La norma sembra destinata ad introdurre un principio molto rilevante nel nostro ordinamento, laddove verrà conformemente recepita la direttiva su questo punto.

Sembra infatti che si possa aprire la strada alla candidatura di soggetti, ad esempio gruppi o holding, ma anche ATI, che potrebbero qualificarsi ad un appalto anche 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).

Per quel che riguarda i **termini applicabili alle diverse procedure di aggiudicazione** viene innanzitutto stabilito e chiarito in maniera più efficace l’importante principio per cui nella determinazione dei termini per la ricezione delle offerte e per l’invio delle domande di partecipazione, le amministrazioni devono tenere conto della “complessità dell’appalto e del tempo necessario per presentare le offerte”, nel rispetto dei termini previsti dalla direttiva.

Per quel che riguarda la **procedura aperta** (pubblico incanto) viene confermato il termine di **52 giorni** dalla data di trasmissione del bando di gara (art. 38, comma 2).

Nelle procedure ristrette, nella procedura negoziata con pubblicazione del bando di gara e nel dialogo competitivo viene confermato quanto già previsto in precedenza: 37 giorni per la ricezione della domanda di partecipazione e, per la sola procedura ristretta, 40 giorni per l’invio delle offerte.

Una novità (almeno con riguardo all’entità del termine) attiene alla possibilità di ridurre il termine per la presentazione delle offerte nel caso di pubblicazione del c.d. **avviso di preinformazione** da parte della stazione appaltante: se è avvenuta la preinformazione la stazione appaltante potrà ridurre il termine per la ricezione delle offerte da 40 fino a **22 giorni** ( in precedenza si poteva arrivare fino a 26 giorni).

Una ulteriore novità è legata all’adozione della **trasmissione in via elettronica dei bandi di gara**: se la stazione appaltante ha adottato questa modalità di trasmissione (in conformità a quanto stabilisce un apposito allegato alla direttiva, l’ VIII, punto 3), **si potranno ridurre di 7 giorni i termini per la presentazione delle domande di partecipazione. Tale facoltà non vale per le procedure aperte.**

Analogamente, se la stazione appaltante offre la possibilità, **per via elettronica**, di accesso libero, diretto e completo alla documentazione di gara (capitolati e documenti connessi) potrà ridurre di **5 giorni il termine per la ricezione delle offerte.**

La stessa possibilità di riduzione dei termini viene concessa nelle **procedure di urgenza** (applicabili in caso di procedura ristretta e di procedura negoziata con pubblicazione del bando) quando la stazione appaltante abbia trasmesso il bando di gara in via elettronica: **passa da 15 a 10 giorni il termine per la presentazione delle domande di partecipazione.**

Rimane invece fermo, sempre in caso di procedura di urgenza, il termine di 10 giorni per la presentazione delle offerte nelle procedure ristrette.

La direttiva ammette come mezzo di **comunicazione** fra stazione appaltante e operatore economico **sia il fax, sia la “via elettronica”** e detta disposizioni ad hoc (art.42) per la trasmissione per via elettronica che prevedono anche la possibilità per gli stati membri di esigere che le **offerte** siano presentate solo ed esclusivamente attraverso la **“firma elettronica avanzata”**.

Per quel che riguarda i **rapporti fra i partecipanti alle procedure di aggiudicazione e le amministrazioni aggiudicatrici**, la direttiva ribadisce concetti già previsti nelle direttive precedenti e confermati anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

In particolare si ribadisce che su richiesta degli interessati le amministrazioni hanno **l'obbligo di motivare le decisioni relative ad eventuali annullamenti delle procedure** che possano anche essere giunti alla fase immediatamente precedente alla aggiudicazione, oltre a quello di informare “quanto prima possibile” i candidati e gli offerenti sulle decisioni prese riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto e all'ammissione in un sistema dinamico di acquisizione.

Confermato anche l'obbligo di rendere esplicite le motivazioni sul rigetto delle candidature, sulla valutazione delle offerte e sull'aggiudicazione, ferma restando la possibilità per le amministrazioni di non divulgare talune informazioni che possano pregiudicare interessi commerciali di operatori economici o che possano pregiudicare la concorrenza leale tra questi ultimi.

Confermati anche gli usuali **criteri di aggiudicazione** degli appalti: prezzo più basso e criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Come parametri di valutazione di quest'ultimo criterio vengono introdotte le **caratteristiche ambientali** e viene modificato il “merito tecnico” in “pregio tecnico”.

#### **DIALOGO COMPETITIVO**

- impiego per appalti particolarmente complessi per definire l'intervento dal punto di vista tecnico, giuridico e finanziario;
- due fasi: dialogo e fase di offerta (possibili anche i “rilanci”)
- aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa
- l'offerta migliore può essere precisata e integrata;
- è in facoltà dell'amministrazione prevedere premi per i partecipanti al dialogo

#### **8. Concorsi di progettazione**

La direttiva amplia la disciplina dei concorsi di progettazione in precedenza prevista dalla direttiva 92/50/CEE.

Viene innanzitutto **adeguata la soglia** ai 249.000 di euro, cifra al di sopra della quale, come negli appalti di servizi, scatta l'obbligo di applicazione della direttiva (soglia ridotta a 162.000 in caso di concorsi indetti dalle “autorità governative centrali”).

Viene anche confermato che le norme sui concorsi non si applicano agli appalti “segreti”, o alle procedure disciplinate da norme internazionali e ai “settori speciali” che hanno una loro disciplina ad hoc.

Vengono **richiamate le disposizioni sulla pubblicazione dei bandi di cui all'articolo 37**, che quindi si applicano anche ai concorsi di progettazione, così come anche la normativa relativa alle comunicazioni (art. 42) si applica a tutte le comunicazioni relative ai concorsi di progettazione.

Una delle novità riguarda la precisazione che possono non essere pubblicate le informazioni relative all'aggiudicazione di concorsi di progettazione la cui divulgazione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di imprese pubbliche o private oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra i prestatori di servizi.

La direttiva specifica che deve essere comunque **garantita l'integrità dei dati e la riservatezza di qualsiasi informazione trasmessa dai partecipanti** al concorso.

Per quel che riguarda la possibilità di applicare dispositivi di **ricezione elettronica dei piani e dei progetti**, la direttiva specifica che devono essere messe a disposizione degli interessati le informazioni riguardanti le specifiche necessarie alla presentazione di piani e progetti per via elettronica, compresa la cifratura, mentre i dispositivi di ricezione elettronica dei piani e dei progetti devono essere conformi ai requisiti dell'allegato X della direttiva stessa.

Non è inoltre consentito alla commissione giudicatrice di prendere visione del contenuto dei piani e dei progetti prima della scadenza del termine previsto per la loro presentazione.

Le commissioni giudicatrici, "autonoma nelle sue decisioni", esamina i progetti presentati dai candidati in **forma anonima**.

Come novità, rispetto alla direttiva 92/50/CEE, si prevede che la commissione debba scrivere in un apposito verbale le scelte effettuate "secondo i meriti di ciascun progetto", nonché tutte le osservazioni e le richieste di precisazione.

Viene affermato anche il principio generale per cui l'anonimato deve essere rispettato fino al parere o alla decisione della commissione aggiudicatrice.

I candidati possono poi essere chiamati a chiarire le proprie proposte rispondendo a quesiti della commissione messi a verbale in precedenza.

## 9. Sistemi dinamici di acquisizione e aste elettroniche

Particolarmente innovativo è il testo della direttiva relativo ai cosiddetti **sistemi dinamici di acquisto** e alle **aste elettroniche**.

Il "**sistema dinamico di acquisizione**" (art. 33 della direttiva) è caratterizzato dall'essere funzionale soprattutto agli acquisiti di uso corrente per i quali, di norma, quanto disponibile sul mercato è in grado di soddisfare ex se le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice.

In buona sostanza si tratta di **sistemi elettronici "aperti"** che consentono agli operatori economici di formulare una offerta indicativa nell'arco di un certo periodo di tempo.

La possibilità di utilizzare i sistemi dinamici di acquisto (che **non possono durare per più di quattro anni**) dipenderà dai singoli stati membri della UE (in Italia non esiste questo strumento e occorrerà recepirlo con l'apposito decreto legislativo di attuazione della direttiva nel nostro ordinamento).

Dal punto di vista procedurale la direttiva prevede che le stazioni appaltanti per potere istituire il sistema dinamico di acquisizione devono seguire la procedura del **pubblico incanto** (procedura aperta) fino all'aggiudicazione dell'appalto.

I candidati in possesso dei requisiti minimi per l'accesso alla gara possono quindi presentare offerte che siano in linea con il capitolato d'onere 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'onere, 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 comunicano all'offerente l'eventuale ammissione nel sistema dinamico o il rigetto dell'offerta.

Per ogni appalto specifico la stazione appaltante dovrà poi mettere in concorrenza gli offerenti pubblicando un altro bando semplificato e dando un termine sufficiente per le offerte. L'aggiudicazione avverrà all'offerente che avrà presentato la "migliore offerta in base ai criteri di aggiudicazione previsti dal bando".

Le **aste elettroniche** (art. 54 della direttiva) 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.

Occorre precisare che le aste elettroniche **non possono in alcun modo essere utilizzate** quando si tratti di **appalti di servizi** o di lavori **che abbiano ad oggetto “prestazioni intellettuali quali la progettazione di lavori”**; il che significa, ad esempio, che non potrà essere utilizzata non soltanto nelle procedure di affidamento di incarichi di progettazione, ma anche 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.

L'esclusione non sembra invece applicarsi agli appalti di forniture, appalti che peraltro potrebbero ben consistere, come appalti misti, anche nella prestazione di servizi intellettuali (si pensi ad una fornitura informatica in cui vi sia, con carattere di accessorietà e di minore rilevanza economica, anche la progettazione di un software).

La direttiva prevede che possa farsi ricorso all'asta elettronica nell'ambito delle procedure aperte, ristrette o negoziate con apertura della concorrenza, **quando “le specifiche dell'appalto possono essere fissate in maniera precisa”**.

La stessa possibilità viene inoltre concessa nella fase del **“rilancio del confronto competitivo”** quando si è nell'ambito di un accordo quadro o anche nella fase di confronto concorrenziale prevista nel sistema dinamico di acquisto.

L'oggetto dell'asta elettronica è ben determinato: può essere 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, documento sul quale dovranno essere riportati anche gli elementi dell'offerta oggetto dell'asta, le informazioni sullo svolgimento dell'asta e le condizioni alle quali gli offerenti potranno effettuare i rilanci, con gli scarti minimi di rilancio. Dopo le prime offerte inviate la stazione appaltante dovrà selezionarle per poi invitare tutti quelli ammessi a presentare nuovi valori. Ogni informazione dovrà essere tempestivamente inviata agli offerenti. 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.

## **SISTEMI DINAMICI DI ACQUISTO E ASTE ELETTRONICHE**

Sistema dinamico di acquisto: per acquisti di uso corrente, presentazione di una offerta indicativa che ammette agli appalti specifici, durata 4 anni.

Asta elettronica: vietata per la progettazione di lavori, processo di negoziazione utilizzabile per più fasi, per appalti con specifiche tecniche precise.

### 10. Gli accordi quadro

La direttiva unificata estende ai settori tradizionali anche l'utilizzazione degli **accordi quadro** previsti dalla direttiva “settori speciali”( 93/38/CEE), ma essi **non saranno immediatamente applicabili**. Infatti il primo comma dell'art. 32 della direttiva prescrive che gli Stati membri “possono prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di concludere accordi-quadro”. Pertanto finché il legislatore italiano, in sede di recepimento della direttiva, non opererà per rendere utilizzabile tale procedura, l'impiego dell'accordo quadro non sarà possibile.

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** e al fine della determinazione del valore stimato dell'accordo l'art. 9, comma 9 della direttiva prevede che si faccia riferimento al "valore massimo stimato, al netto dell'IVA del complesso degli appalti previsti durante l'intera durata" dell'accordo quadro.

Sono stabiliti diversi criteri di aggiudicazione a seconda che l'accordo quadro sia concluso con un solo operatore economico o con più operatori economici.

Roma, 11 maggio 2004