



Istituto Grandi Infrastrutture

Testo Unico

su

Appalti e Concessioni

Note illustrative alla Proposta IGI

1. Queste note illustrative intendono dare conto dell'*impostazione* della nostra Proposta, delle *ragioni* che hanno ispirato la relativa scelta, delle *più rilevanti soluzioni* adottate sugli argomenti di maggiore interesse.
2. Come emerge dallo schema allegato, la proposta IGI è suddivisa in tre parti, dedicate rispettivamente ai settori c.d. ordinari, a quelli speciali o esclusi e alle concessioni di lavori e di servizi.
3. I settori ordinari sono, a loro volta, ripartiti in due titoli: a) i lavori; b) le forniture e i servizi.
4. I settori speciali sono invece accorpati in un unico titolo, che disciplina lavori, forniture e servizi.
5. La terza parte riguarda le concessioni, ripartite in concessioni di lavori e concessioni di servizi.
6. Le concessioni di lavori sono distinte a loro volta a seconda che l'iniziativa sia assunta dall'Amministrazione o dagli operatori economici.
7. La medesima suddivisione è seguita per le concessioni di servizi.
8. Dunque, *l'impostazione* della nostra Proposta si concreta nel sostanziale mantenimento del vigente assetto normativo, dal momento che, invece di racchiudere in un unico testo tutta la materia dei settori ordinari, mantiene i lavori separati dall'appalto di servizi e forniture.



Istituto Grandi Infrastrutture

9. A favore di questa scelta, militano sostanzialmente tre ragioni.
10. La prima risiede nella difficoltà di integrare i contratti di lavori con i servizi e le forniture, e ciò sia per le soverchianti dimensioni della disciplina dei lavori che mal si presta ad un'integrazione con gli altri appalti, sia per la necessità di riordinarla in maniera autonoma.
11. Unificando i tre tipi di appalti, si rischia di creare un corpo normativo pieno di rimandi, oltre che di distinzioni e sottodistinzioni.
12. La seconda ragione risale al dato di esperienza legato al passaggio di regime giuridico, ed ai pesanti contraccolpi sull'attività degli enti aggiudicatori.
13. In questa prospettiva, è apparso opportuno conservare, per i servizi e le forniture, il testo vigente, integrato, ovviamente, dalle novità introdotte dalla Direttiva 18/2004.
14. Per una ragione diversa, si è deciso di scorporare la disciplina delle concessioni da quella degli appalti, visto che nel nostro ordinamento stentano a farsi strada i concetti comunitari, in materia, che possono così riassumersi: (i) la concessione gode di una regolamentazione leggera, (ii) il concessionario non è un ente appaltante; (iii) le amministrazioni aggiudicatrici non possono acquisire concessioni senza l'intermediazione di un confronto concorrenziale.
15. La sconoscenza di questa realtà ha condotto all'attuale situazione normativa, per cui la scelta del concessionario avviene con un procedimento modellato sull'aggiudicazione degli appalti, e il concessionario, a sua volta, è collocato tra le Amministrazioni aggiudicatrici.



Istituto Grandi Infrastrutture

16. Le linee-guida della Proposta IGI, muovono lungo due assi: la delega contenuta nella Comunitaria 2004 e la sentenza della Corte di Giustizia 7 ottobre 2004.

17. Secondo i principi ispiratori di fondo della delega, ricavabili dagli articoli 1, 5 e 25 della legge n. 62 del 205, vanno apportate le modificazioni necessarie alle vigenti norme che hanno recepito le Direttive degli anni Novanta; bisogna garantire una disciplina conforme alle prescrizioni delle Direttive 17 e 18 del 2004; occorre far confluire in un unico testo tutta la normativa della materia, in maniera da garantire la completezza e il coordinamento con le disposizioni in vigore.

18. Quanto alla sentenza 7 ottobre 2004, la stessa delega, imponendo di adeguarvi la normativa da varare, mostra di avere colto l'importanza di questa decisione, che trascende il caso deciso, laddove afferma che i legislatori nazionali non possono restringere la libertà di scelta degli enti aggiudicatori ai fini di decidere quali strumenti utilizzare fra quelli messi a disposizione dalle Direttive.

19. Se si confronta quest'affermazione con quella che, proprio in materia di offerta economicamente più vantaggiosa, si rintraccia nella sentenza della Corte Costituzionale 482/1995, e nella legge-quadro 109/1994, emerge con evidenza la diversità culturale del nostro ordinamento, rispetto a quello comunitario, e la necessità di mantenersi fedeli alle Direttive.

20. D'altronde, gli spazi lasciati alla discrezione degli Stati non possono andare oltre i casi in cui sia la stessa Direttiva ad attribuire agli ordinamenti nazionali la facoltà di recepire oppure no gli istituti in essa previsti, (è per esempio, il caso del dialogo competitivo).



Istituto Grandi Infrastrutture

21. Tutto questo ha condotto alla redazione di un testo che è fedele alle Direttive, ovviamente con le dovute scelte interpretative, specie in materia di avvalimento, di procedure ristrette e di qualificazione.

22. Con riferimento ai lavori pubblici, la nostra Proposta riporta il sistema nell'alveo comunitario, mentre lascia immutato l'impianto normativo per tutto il resto, ed anzi anticipa la riforma del DPR 554, recependo il nuovo testo.

23. Quanto agli *aspetti specifici più importanti*, si fornisce qui di seguito un'indicazione sulle idee-guida delle soluzioni proposte, tralasciandosi per il resto, qualsiasi commento, trattandosi di norme ripetitive della situazione esistente.

24. In merito alle *concessioni*, la proposta ne suggerisce una collocazione autonoma, per svincolarle dalla logica dell'appalto, disciplinato da procedimenti molto più articolati, in funzione del finanziamento a carico totalmente pubblico.

25. Per quanto riguarda la disciplina, essa è allineata alle Direttive comunitarie, che, com'è noto, è così strutturata: (i) il concedente, per la scelta del concessionario, è tenuto ad applicare esclusivamente le disposizioni sui termini e sulla pubblicità, essendo libero per tutto il resto, dato che si verte sostanzialmente in una trattativa privata con bando; (ii) il concessionario a sua volta è tenuto anch'esso all'applicazione esclusiva delle disposizioni sui termini e sulla pubblicità, per la quota-lavori che appalta a terzi, mentre è svincolato da procedure di sorta per quanto riguarda le forniture e i servizi; (iii) le amministrazioni aggiudicatrici possono diventare concessionarie nei lavori pubblici soltanto a seguito di



Istituto Grandi Infrastrutture

gara e, a valle, per i lavori che sono tenute ad appaltare, debbono rispettare tutte le disposizioni della Direttiva.

26. Nel nostro ordinamento, soltanto dal 2002, con la legge 166, vi è stato un timido allineamento alle Direttive per quanto riguarda i rapporti tra il concessionario e i suoi appaltatori, mentre è rimasto ingabbiato nelle procedure dell'evidenza pubblica il rapporto tra concedente e concessionario, e ciò anche nella più liberale legge obiettivo.

27. Per quanto riguarda l'altra forma di concessione, quella cioè ad iniziativa privata (*promotore*), la proposta IGI mira ad uno snellimento del tortuoso procedimento che porta all'aggiudicazione, nel senso cioè che si è salvaguardato l'aspetto più interessante del fenomeno, cioè la proposta di inserire in programmazione un'opera che l'amministrazione non aveva preso in esame, ma poi la procedura si snoda: (i) attraverso il riconoscimento di pubblico interesse della proposta del promotore, (ii) l'inserimento in programmazione, (iii) l'apertura di una trattativa preceduta da bando alla quale partecipa anche il promotore, e che, essendo finalizzata all'aggiudicazione richiede ai concorrenti offerte consistenti nella presentazione, tra l'altro, di un *progetto preliminare*.

28. Un ulteriore snellimento è consistito nel prevedere che, anche per la concessione ad iniziativa dell'amministrazione, punto di partenza è lo *studio di fattibilità* e che le proposte sulla base delle quali si apre la negoziazione consistano nella presentazione, tra l'altro, di un progetto preliminare, affidando poi alla fase contrattuale la redazione della progettazione esecutiva.

29. Seguendo le indicazioni contenute nella Comunicazione CEE del 2000, le *concessioni* di lavori pubblici nei *settori speciali* sono state



Istituto Grandi Infrastrutture

riportate nella disciplina delle concessioni, quale delineata nei settori ordinari.

30. Anche per la *concessioni di servizi*, si è adottato il criterio di assimilarne la disciplina, con i dovuti adattamenti, alle concessioni di lavori pubblici, e ciò anche con riferimento al promotore.

31. I *settori esclusi* o speciali sono mantenuti separati da quelli ordinari, anche per quanto riguarda i lavori che, secondo l'attuale normativa, sono parzialmente, ma forse anche totalmente, assoggettati alla legge 109.

32. Per quel che concerne le materie che non sono oggetto della disciplina comunitaria (es. gare sotto soglia; esecuzione del contratto), la scelta è stata quella di applicare la disciplina della Direttiva 17 anche sotto soglia, per le Amministrazioni tradizionali e per gli organismi di diritto pubblico, mentre per le imprese pubbliche, godendo di autonomia e operando per soddisfare bisogni generali ma industriali o commerciali, la Proposta le affranca da qualsiasi vincolo procedurale.

33. Analogamente si è operato per quanto riguarda la disciplina dell'esecuzione, con la precisazione che, in tal caso, si applica la normativa dei settori ordinari ove non derogata da altre norme applicabili nei singoli casi.

34. Uno dei passaggi critici dell'attuale assetto normativo, peraltro non ignoto in Europa, ma che in Italia ha assunto dimensioni rilevanti soprattutto nei lavori pubblici, riguarda la nozione di *amministrazione aggiudicatrice*.

35. La proposta IGI si è allineata alla norma comunitaria, come già si fece nel 1977, all'atto della prima trasposizione delle Direttive, e nel 1991, in occasione dell'introduzione della Direttiva 440 del 1989.



Istituto Grandi Infrastrutture

36. In questo modo, si ridimensiona l'ambito problematico creato dall'articolo 2 della legge 109/94, il quale rappresenta uno dei più inestricabili garbugli dell'ordinamento, in quanto colloca indiscriminatamente tra gli enti aggiudicatori soggetti che teoricamente potrebbero non rispondere ai requisiti di organismo di diritto pubblico e sarebbero perciò esentati dall'applicazione delle norme sull'evidenza pubblica, ignora, per i lavori, la Direttiva sui settori esclusi, che quindi trova applicazione soltanto per le forniture e servizi, e assoggetta le imprese pubbliche alla norma sull'evidenza pubblica non solo quando appaltano i lavori ricadenti nella Direttiva sui settori esclusi, ma anche con riferimento ai lavori che sono fuori dall'ambito di applicazione di tale Direttiva.

37. Quanto al connesso argomento delle *società miste e dei lavori in house*, la nostra proposta, allineata com'è alle Direttive, non dà indicazioni, dal momento che le soluzioni si trovano già nelle Direttive.

38. Secondo queste ultime, l'unico caso in cui la aggiudicazione di un appalto non è assoggettato alle norme comunitarie è quello dei servizi attribuiti ad un soggetto che sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice, in base ad un diritto esclusivo (art. 6, Direttive 92/50 e artt. 11 e 13 Direttiva 93/38).

39. Al di fuori di questo caso, tutti gli appalti aggiudicati senza il rispetto delle norme comunitarie sono ascrivibili a fenomeni di illegittimità e non possono essere disciplinati normativamente, non potendo il legislatore rincorrere tutte le violazioni delle norme.

40. Quanto al caso che un ente affidi *incarichi diretti* ad una persona giuridica che realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente



Istituto Grandi Infrastrutture

o con gli enti che la controllano e sulla quale abbiano un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, nemmeno questo caso è stato giudicato meritevole di una particolare disciplina, dal momento che, come si legge nel punto 45 della famosa sentenza Teckal, l'ente incaricato è tenuto ad applicare le stesse norme del soggetto che lo ha incaricato e non può quindi eseguire "in house" le prestazioni, altrimenti diventa troppo facile eludere le Direttive.

41. Un altro importante tema è stato quello degli *operatori economici*, tra i quali le Direttive collocano anche gli enti pubblici, generalizzando quello che in precedenza era previsto soltanto nella Direttiva servizi, vale a dire la possibilità appunto degli enti pubblici di gareggiare sullo stesso piano dei privati.

42. La Proposta IGI prende poi posizione sull'*ambito di applicazione oggettivo*, e ancora una volta si è fatta una scelta di conformità con le Direttive comunitarie, rinviando, per l'individuazione dell'oggetto dell'appalto, all'allegato della Direttiva stessa, nel quale sono elencate le attività che ricadono nei lavori, con l'indicazione di interessanti soluzioni ai molti problemi sorti nel nostro ordinamento soprattutto per decidere se certe prestazioni rientravano tra i lavori o i servizi.

43. Per gli *appalti misti*, che hanno richiesto più di un intervento legislativo senza mai approdare a soluzioni tranquillanti, si è riportata la normativa comunitaria.

44. Quanto all'*appalto integrato*, che, come è noto, si distingue dall'appalto-concorso perché, mentre in quest'ultimo l'obbligazione contrattuale consiste soltanto nell'esecuzione, nel primo l'obbligazione è duplice e consiste nel progettare e nell'eseguire, ne è stata generalizzata,



Istituto Grandi Infrastrutture

l'utilizzabilità, con conseguente possibilità, per gli enti aggiudicatori, di avvalersene, senza dover ricercare la sussistenza di particolare presupposti.

45. L'*appalto-concorso* è stato collocato tra le procedure aperte per evitare che, ove il numero di concorrenti non raggiunga il numero minimo necessario per adottare questa procedura ristretta, i committenti si trovino nell'impossibilità di andare oltre, e di essere quindi costretti ad optare per il pubblico incanto, che a questo punto sarebbe impraticabile essendo l'amministrazione priva di progetto esecutivo da mettere a base di gara.

46. La proposta IGI si è soffermata anche sulla *procedura di gara vera e propria*, per la quale si sono offerte soluzioni legislative a problemi pratici, per i quali la giurisprudenza non è stata capace di trovare soluzioni uniformi, come nel caso di divergenza tra prezzo in lettere e prezzo in cifre, offerte pari, e l'attività delle commissioni di gara.

47. Con riferimento alla *qualificazione*, la proposta IGI si è limitata a tre innovazioni: 1) le Soa debbono rispondere alle norme europee in materia di certificazioni (art. 52, comma 7, Direttiva 18/2004); 2) sul certificato vanno inseriti i requisiti che hanno permesso all'impresa di ottenere l'attestazione, conformemente al comma 2 del citato art. 52; 3) è stato abrogato l'*art. 1, comma 3 del DPR 34/2000*, secondo il quale l'attestazione costituisce condizione necessaria e sufficiente, e ciò per evitare il contrasto con l'art. 44 della Direttiva 18/2004. Questo è basato sul principio che alle gare possono partecipare tutti i soggetti idonei, intendendosi per tali quelli che rispondono ai requisiti di cui agli articoli da 47 a 52, e che spetta all'ente aggiudicatore di fissare, con riferimento all'oggetto del contratto (v. comma 2/II del cit. art. 44), i livelli minimi di capacità richiesti. Privando gli enti aggiudicatori di tale potere, si viola il principio fissato nella sentenza 7



Istituto Grandi Infrastrutture

ottobre 2004, la quale è scaturita dalla circostanza che, avendo il nostro legislatore imposto il ricorso al solo criterio del massimo ribasso, gli enti aggiudicatori venivano privati della facoltà di scegliere il criterio più confacente all'oggetto dell'appalto. Tale principio, essendo invocabile nella fattispecie, potrebbe condurre ad un'altra declaratoria di illegittimità comunitaria. Per evitare questo rischio, il comma 3 stabilisce che l'attestazione "copre" l'idoneità delle imprese, per i requisiti dell'art. 18 del DPR 34/2000, ma gli enti committenti possono considerare anche gli altri requisiti di cui all'art. 48. Per quanto riguarda la capacità economico-finanziaria, essa non può essere "bloccata" soltanto sul fatturato, perché così operando si privano ancora una volta i committenti di una facoltà che incide sulla concorrenza, ma soprattutto perché la Direttiva dà facoltà agli operatori economici di provare in altro modo la loro capacità, ove non siano in grado di corrispondere alla richiesta di bando (art. 47, u.c. D. 18/2004). Quanto alla capacità tecnica, gli enti committenti debbono, in occasione di ogni gara, accertare che i candidati o i concorrenti siano in possesso di quei requisiti previsti dall'art. 48, che attengono all'esecuzione dello specifico contratto.

48. Per quanto concerne *l'avvalimento*, punto di partenza della soluzione data sono stati gli artt. 47, 48 e 52 della Direttiva 2004/18 (ma anche all'art. 53 Direttiva 2004/17, anche se a diverso fine), i quali, dopo aver enunciato il principio che gli operatori economici possono avvalersi dei requisiti di "altri" soggetti per acquisire la qualificazione che non posseggono, delinea nei seguenti termini i profili dell'istituto.



Istituto Grandi Infrastrutture

Intanto, o distingue a seconda che la qualificazione avvenga nella singola gara oppure in un sistema centralizzato come gli Albi o il nostro sistema ex D.P.R. 34/2000 (certificazione di organismi privati).

Nella prima ipotesi, l'avvalimento avviene caso per caso (*“per un determinato appalto”*: artt. 47, c.2 e 48, c. 3)), a patto però che il soggetto dimostri che *“disporrà dei mezzi necessari”* se si tratta della capacità economico-finanziaria (art. 47); e *“delle risorse necessarie”* *“per l'esecuzione del contratto”*, se invece si tratta della capacità tecnica e professionale (art. 48).

Diversamente dall'ipotesi della qualificazione gara per gara, nella fattispecie disciplinata dall'art. 52 (albi o SOA; ma v. anche l'art. 53 Direttiva 17) gli operatori economici che si avvalgono *“di altri”* devono dimostrare che disporranno di tali mezzi *“per tutta la durata di validità del certificato”*.

Ma, la differenza profonda che sembra sussistere tra le due ipotesi, è che, nel primo caso, l'operatore economico si avvale dei requisiti di *“altri soggetti”* senza alcuna ulteriore specificazione di chi siano tali soggetti; mentre, nel caso dei sistemi centralizzati, l'avvalimento è preso in considerazione soltanto con riferimento ad altre società del gruppo, e in tal caso è previsto: 1) che disporranno dei mezzi della (altra) società *“per tutta la durata di validità del certificato”*; 2) che tali società *“continueranno a soddisfare”* *“durante detta durata”* i requisiti di cui l'operatore economico si è avvalso.

In conclusione, nell'ipotesi dell'avvalimento gara per gara:



Istituto Grandi Infrastrutture

- l'operatore economico può avvalersi dei requisiti di qualunque terzo, sia esso una società del gruppo oppure priva di legami societari con l'"avvalso";
- le risorse necessarie di cui l'operatore si avvale sono legate all'adempimento dell'obbligazione (*"per l'esecuzione del contratto"*), se si tratta dei requisiti tecnici, mentre, per quelli economico-finanziari, l'art. 47, c. 2, si limita ad un generico *"disporrà"*, che però rende sostanzialmente lo stesso concetto;
- in entrambe le ipotesi, l'operatore economico deve comunque fornire la prova dell'impegno del terzo *"avvalente"*.

Nel caso dei sistemi centralizzati:

- dal confronto con l'art. 53, della Direttiva 17, sembrerebbe che l'art. 52 della Direttiva 18 ipotizzi soltanto l'avvalimento infragruppo, altrimenti non si spiega il motivo per cui soltanto le imprese del gruppo debbano *"continuare a soddisfare i requisiti"*.

Ai fini della trasposizione di questa normativa nel nostro ordinamento, occorre partire dall'impostazione dei sistemi di qualificazione, distinguendo, ancora una volta, tra qualificazione gara per gara e qualificazione accentrata.

Prima ancora, però, bisogna ricordare che la qualificazione è basata sui requisiti economico finanziari e su quelli tecnico-professionali.

Tali requisiti vengono, nella concreta applicazione pratica, identificati nel fatturato (generico), nelle prestazioni analoghe, nei dipendenti e nelle attrezzature.



Istituto Grandi Infrastrutture

Va subito avvertito che si tratta di un'interpretazione applicativa che si discosta dall'impostazione della Direttiva, non essendo questa ancorata esclusivamente al dato storico della vita delle imprese.

Tranne le prestazioni analoghe, per il resto la Direttiva vuole offrire alle stazioni appaltanti elementi sull'organizzazione economica, di mezzi e di uomini, di cui l'impresa disporrà per il singolo appalto.

In questa prospettiva l'avvalimento si presenta meno problematico ai fini della sua attuazione, rispetto ad una logica che fa capo esclusivamente al dato storico, essendo evidente che oggetto di avvalimento non possono essere i dati storici degli operatori economici, visto che esso è legato all'"esecuzione del contratto".

Questo comporta la conseguenza : che i sistemi basati esclusivamente su dati storici precludono la possibilità degli operatori economici di avvalersi di requisiti di "altre" imprese, nei termini e nello spirito delle Direttive. All'atto pratico del recepimento, questo vuol dire che i requisiti "storici" non sono "avvalibili", mentre possono essere "prestati" i requisiti che l'impresa deve dimostrare gara per gara e che servono per l' "esecuzione del contratto".

Naturalmente, si è previsto che l'impresa avvalente non può "prestare" gli stessi requisiti anche ad un'altra impresa che partecipi alla medesima gara.

Quanto alla prova dell'avvalimento, si tratta di questione che le stazioni appaltanti dovranno risolvere di volta in volta.

49. Infine, in merito alle *procedure ristrette*, la Direttiva 2004/18 detta la disciplina dell'istituto nell'art. 44, il quale è così congegnato.

Intanto, prevede che l'ammissione alla gara è riservata alle imprese *idonee*, che, cioè, posseggono i requisiti previsti negli artt. 47 e 48.



Istituto Grandi Infrastrutture

Prosegue la norma, autorizzando le amministrazioni aggiudicatrici a fissare *livelli minimi* di qualificazione.

Siccome questo comporta un innalzamento del normale plafond di accesso, l'art. 44 si preoccupa di proteggere la concorrenza aggiungendo che vi deve essere una proporzione tra tali livelli minimi e l'oggetto dell'appalto. Volendo fare un paragone con un concorso, si può dire che idonei sono tutti i laureati, ma il bando può fissare livelli minimi di accesso (voto di laurea non inferiore a 100, per esempio).

A prescindere dai requisiti minimi, utilizzabili per tutti i sistemi di contrattazione, nelle procedure ristrette, l'ente che voglia limitare il numero degli invitati deve indicare nel bando i criteri per mezzo dei quali selezionerà e il numero minimo di candidati che inviterà. Tuttavia, la limitazione degli invitati si realizzerà se “*vi sia un numero sufficiente di candidati idonei*”.

Quanto al numero minimo di candidati, esso non può scendere al di sotto di cinque o di tre, se si tratta di trattativa privata.

Se però il numero di candidati idonei sia inferiore al numero prestabilito, l'art. 44, c. 3/III stabilisce che l'ente non è tenuto a interrompere la procedura, ma può condurla fino all'aggiudicazione se i candidati soddisfanno i criteri e i livelli minimi di qualificazione.

In altri termini, la procedura si snoda diversamente, a seconda che l'ente committente abbia oppure no indicato il livello minimo dei requisiti.

Se non li fissa, l'ente applica i criteri che ha stabilito nel bando per ridurre il numero degli invitati. Ma, se il numero di candidati idonei non sia sufficiente, invita tutti, tranne che il loro numero sia inferiore a cinque



Istituto Grandi Infrastrutture

oppure al numero stabilito nel bando, nel qual caso la procedura si interrompe.

L'altra ipotesi è quella che l'ente richieda livelli minimi. Se il numero dei candidati è sufficiente, l'ente li invita tutti e aggiudica, anche se il numero dei candidati è inferiore a cinque.
