

AMBITO SOGGETTIVO ED OGGETTIVO DI APPLICAZIONE DEL CODICE PER I CONTRATTI A RILEVANZA COMUNITARIA NEI SETTORI SPECIALI.

I CONTRATTI ESCLUSI
di Benedetta Caruso

SOMMARIO

1. I Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali di rilevanza comunitaria. - 2. L'ambito di applicazione. - 3. Gli appalti che riguardano più settori. - 4. Gli importi delle soglie dei contratti pubblici di rilevanza comunitaria nei settori speciali. - 5. Appalti aggiudicati ad un'impresa comune o ad un'impresa collegata. - 6. La procedura per stabilire se una determinata attività è direttamente esposta alla concorrenza.

1. I CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE NEI SETTORI SPECIALI DI RILEVANZA COMUNITARIA

La Parte III è dedicata ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali di rilevanza comunitaria.

Essa, di fatto, recepisce senza introdurre novità, la Direttiva 2004/17/CE, emanata in parallelo alla Direttiva appalti 2004/18/CE per lavori, forniture, servizi nei settori tradizionali, che escludeva espressamente i settori speciali dal proprio ambito di applicazione.

Si tratta di un'esclusione introdotta fin dalle prime Direttive comunitarie intervenute a regolare i pubblici appalti (Direttiva 71/305/CEE in materia di lavori, recepita con legge 8 agosto 1977, n. 584 e Direttiva 77/62/CEE in materia di forniture, recepita con L. 30 marzo 1981, n. 113) che avevano, già allora, deciso di non disciplinare l'attività di quei soggetti operanti nei settori dell'acqua, energia, dei servizi di trasporto e delle telecomunicazioni, definiti, appunto, «settori esclusi».

Le ragioni storico-economiche di tale esclusione vanno cercate nell'esigenza di elaborare una regolamentazione degli appalti che tenesse in debito conto la specialità dei settori produttivi in esame, caratterizzati da una certa disomogeneità delle strutture soggettive in essi operanti, in alcuni casi regolate dal diritto pubblico, in altri dal diritto privato.

Ed infatti, in questi settori, in cui manca una concorrenza a livello comunitario, la necessità di assicurare una effettiva liberalizzazione del mercato esige che gli

enti interessati siano definiti in modo diverso dal semplice riferimento alla loro qualificazione giuridica.

Il problema era stato già in passato risolto con l'elaborazione di una disciplina *ad hoc*, che stabilisse norme a garanzia della concorrenza comunitaria tali da poter essere applicate, su base paritaria, anche da parte di operatori privati.

Questa disciplina veniva ad essere sostituita ad opera della nuova Direttiva 2004/17/CE, pubblicata insieme alla Direttiva unificata classica.

La nuova Direttiva per i settori speciali conservava, comunque, l'impianto originario della precedente disciplina, a cui aggiungeva nuovi istituti giuridici, in analogia alla Direttiva sugli appalti nei settori classici.

Del resto, al di là degli obiettivi specifici, le nuove Direttive comunitarie perseguivano le medesime finalità di semplificazione e razionalizzazione normativa, cercando di adattare le norme attuali alla mutata realtà socio-economica.

Oggi, in sostanza, la Direttiva 2004/17/CE è stata recepita dalla Parte III del Codice.

2. L'AMBITO DI APPLICAZIONE (articoli 206-214)

L'**articolo 206** enuncia le disposizioni del Codice che si applicano anche ai settori esclusi, attraverso un duplice rinvio, alle disposizioni del Codice di carattere generale applicabili, nonché alle disposizioni della Parte II, relativa ai *settori ordinari*, che si ritengono applicabili anche ai *settori speciali*.

La nuova formulazione della norma ad opera del secondo decreto correttivo rende chiaro come le norme dei settori ordinari, applicabili alle opere appartenenti ai settori speciali, siano solo quelle espressamente richiamate nell'articolo 206 stesso.

Il comma 3 dell'articolo in commento attribuisce agli enti aggiudicatori la facoltà di applicare anche altre disposizioni della Parte II, tra cui la facoltà di avvalersi del *project financing*, nonostante non vi sia un obbligo in tal senso, sempre che una tale autolimitazione sia indicata nelle comunicazioni preliminari alla gara, ovvero nell'avviso di gara o, nelle procedure in cui tale invito manchi, nell'invito a presentare un'offerta.

Si può dire, quindi, che la disciplina dei settori ordinari rappresenti una disciplina generale anche per quelli esclusi. Non sono estese, invece, le norme in tema di programmazione ed esecuzione del contratto.

La riportata disposizione, a parere del Consiglio di Stato, sembrava contrastare con l'apparente tassatività dell'esclusione delle disposizioni della parte II ai settori speciali, contenuta nel comma 1 dell'articolo 31 del Codice oltre che con la specialità dei settori in questione, connessa alle esigenze di semplificazione e di modernizzazione negli stessi settori.

Inoltre, per il Consiglio di Stato, affidare ai singoli enti aggiudicatori la potestà — almeno apparentemente incondizionata — di vanificare quelle ragioni di specialità, attribuendo la possibilità alla pubblica amministrazione di derogare al **principio di**

non applicazione delle disposizioni della Parte II, poneva seri dubbi di conformità alla Direttiva stessa.

I Giudici di Palazzo Spada suggerivano, quindi, nel caso in cui il legislatore avesse voluto mantenere la deroga indicata, quanto meno di richiamare il rispetto del contrapposto **principio di proporzionalità**, in relazione alla natura, complessità e importanza dell'appalto, con conseguente onere di congrua motivazione della scelta compiuta nei singoli casi concreti.

Effettivamente, in aderenza a tale parere, la versione definitiva dell'articolo introduce al comma 3, la previsione del rispetto del principio di proporzionalità.

Inoltre, sempre in adeguamento al parere del Consiglio di Stato e della Commissione Europea, l'espressione «*avviso di gara*», contenuta nella Direttiva 2004/17 e inizialmente recepita nelle prime versioni dell'articolo 206 e degli altri articoli della parte III del Codice, è stata definitivamente sostituita con quella di «bando di gara».

Si è verificato, infatti, che per mero errore di traduzione nella versione italiana della Direttiva 2004/17, comparivano indifferentemente le espressioni avviso di gara e bando di gara, con il medesimo significato sostanziale. Per evitare dubbi interpretativi e confusione con gli altri avvisi con cui si indice una gara, si è ritenuto di dover uniformare il linguaggio, parlando solo di bando di gara, differenziandolo dagli altri avvisi con cui si indice una gara.

Infine, nella versione definitiva dell'articolo 206 sono stati inseriti dei correttivi con riferimento alle norme della prima e della seconda parte del Codice richiamate, oltre a chiarimenti sulla portata di tali rinvii.

Ad esempio è stato eliminato il richiamo all'articolo 63 in tema di avviso di preinformazione, o con riferimento al rinvio alle norme in tema di qualificazione, si è precisato l'ambito di un tale rinvio. L'articolo successivo, il 207, disciplina l'ambito soggettivo di applicazione della Parte III del presente Codice, recependo gli articoli 2 e 8 della Direttiva 2004/17. Rispetto alla disciplina vigente si prevede la soppressione, in coerenza con quanto previsto dalla Direttiva 2004/17 della disposizione contenuta nel comma 4 dell'articolo 2 del decreto legislativo 158/1995, che elenca le condizioni in base alle quali deve ritenersi che il soggetto agisca secondo un diritto speciale o esclusivo.

L'**articolo 207** definisce quali siano gli **enti aggiudicatori** cui si applicano le disposizioni di parte speciale. Tra di essi, in aggiunta alle amministrazioni aggiudicatrici ed alle imprese pubbliche, sono annoverati anche soggetti privati, alla duplice condizione che svolgano attività connesse alla produzione e distribuzione di gas, energia termica ed elettricità e che operino in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro da un'autorità competente (l'articolo 3, comma 1, lett. *r*) del D.Lgs. 6/2007 corregge un mero refuso sostituendo all'articolo 207, comma 1, lettera *b*) le parole: «dall'autorità competente di uno Stato membro» con le parole: «dall'autorità competente»).

Il comma 2 si preoccupa, infine, di specificare la nozione di **diritti speciali** o esclusivi come quelli costituiti per legge, regolamento o per un provvedimento amministrativo che abbia l'effetto di riservare a uno o più soggetti l'esercizio di tali attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti di esercitarle.

I successivi articoli enunciano le varie attività relative a gas, energia termica ed elettricità, acqua, servizi di trasporto, servizi postali, prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone e altri combustibili solidi, porti e aeroporti, recependo gli articoli da 3 a 7 della Direttiva 2004/17/CE, anche se con una maggiore articolazione delle attività incluse e delle esenzioni prevista dalla Direttiva.

3. GLI APPALTI CHE RIGUARDANO PIÙ SETTORI (articolo 214)

L'articolo 214, recependo il disposto dell'articolo 9 della Direttiva 2004/17, reca disposizioni in materia di appalti che riguardano più settori. Al riguardo, al fine di individuare la normativa applicabile, si introduce il **criterio finalistico della «principalità» dell'attività** cui l'appalto è destinato, anche in relazione alle necessità che l'appalto è prioritariamente destinato a soddisfare.

Il Consiglio di Stato, a riguardo, aveva invitato l'Amministrazione a valutare l'opportunità di specificare il concetto di «*attività principale*», eventualmente ricorrendo alle indicazioni esemplificative fornite nel considerando 29 della stessa Direttiva, che fa riferimento, come indici rivelatori, agli importi ed alle voci dei capitolati d'oneri.

Tale indicazione, però, è stata disattesa dalla versione definitiva del presente articolo.

Il comma 3 specifica che, anche quando ad un appalto misto si applicano le disposizioni della Parte II, l'ente aggiudicatore può comunque chiedere ulteriori requisiti di qualificazione per le attività della Parte III.

La *ratio* di tale previsione è da ricercare nell'esigenza che, per certe particolari lavorazioni, possano essere richiesti ulteriori specifici requisiti di qualificazione, in aggiunta al necessario attestato Soa.

Il comma 4 regola l'ipotesi in cui, in un appalto misto, una delle attività sia disciplinata dalla Parte III del Codice, mentre l'altra non è disciplinata né dalla Parte III né dalla Parte II, e sia oggettivamente impossibile stabilire quale sia l'attività principale, stabilendo che esso debba essere aggiudicato ai sensi della Parte III.

4. GLI IMPORTI DELLE SOGLIE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI RILEVANZA COMUNITARIA NEI SETTORI SPECIALI (articoli 215-219)

Il successivo Capo II, che comprende gli articoli da 215 a 219, che recepiscono rispettivamente gli articoli 16, 18, 20, 23 e 30 della Direttiva 2004/17, individua le soglie dei contratti pubblici di rilevanza comunitaria nei settori speciali.

Il comma 1 dell'**articolo 215** indica gli importi delle soglie (come modificate dal regolamento CE della Commissione 1177/2009) dei contratti pubblici di rilevanza comunitaria superando i quali è applicabile la disciplina della presente parte:

- a) **387.000** euro per quanto riguarda gli appalti di forniture e servizi;
- b) **4.845.000** euro per quanto riguarda gli appalti di lavori.

L'**articolo 216** precisa che la presente parte del Codice non si applica alle concessioni di lavori e servizi rilasciate da enti aggiudicatori che esercitano una o più attività inerenti ai settori speciali, quando la concessione ha per oggetto l'esercizio di dette attività.

L'articolo 2, comma 1, lett. *m*) del D.Lgs. 6/2007 ha introdotto all'articolo 216, il comma 1 bis, secondo il quale «*Il concessionario che non sia uno degli enti aggiudicatori che esercitano una o più attività di cui agli articoli da 208 a 213, scelto senza il ricorso ad una procedura di gara aperta o ristretta, è tenuto ad applicare le stesse disposizioni alle quali sono assoggettati i predetti enti*».

L'obiettivo, così come rilevato nella relazione allo schema di decreto inviata al Consiglio di Stato-sezione consultativa per gli atti normativi da parte dell'ufficio legislativo del Ministero delle infrastrutture «*è rappresentato dalla esigenza di evitare il rischio che gli enti aggiudicatori affidino, senza necessità di espletare gare, la concessione per lo svolgimento delle attività di cui agli articoli da 208 a 213 a soggetti che, non ricadendo tra gli enti aggiudicatori di cui all'articolo 207 (pubbliche amministrazioni, imprese pubbliche e titolari di diritti speciali o esclusivi), possano poi, a valle, prescindere dall'applicazione delle regole che presiedono all'aggiudicazione nei settori speciali*».

In tal modo, il concessionario che opera nelle attività rientranti nei settori speciali (gas, energia termica, elettricità, acqua, servizi di trasporto, servizi postali, sfruttamento di un'aria geografica ai fini di prospezione o estrazione di petrolio, gas, carbone o altri combustibili solidi, nonché messa a disposizione di aeroporti, porti o altri terminali di trasporto aereo, marittimo o fluviale) anche se non scelto con il ricorso ad una **procedura di gara aperta o ristretta** sarà tenuto all'applicazione delle disposizioni contenute nel Codice.

L'**articolo 217** esclude dall'ambito di applicazione della Parte III anche gli appalti che le stazioni appaltanti aggiudicano per **scopi diversi** dalle attività inerenti ai settori speciali o per l'esercizio di tali **attività in Paesi terzi**, senza che ci sia sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno della Comunità.

La Commissione può chiedere agli enti aggiudicatori di comunicare quali attività considerano escluse in base al comma precedente.

5. APPALTI AGGIUDICATI AD UN'IMPRESA COMUNE O AD UN'IMPRESA COLLEGATA (articolo 218)

L'articolo 218 recepisce le disposizioni dell'articolo 23 della Direttiva 17/2004, la quale esclude dalla propria applicazione gli appalti di lavori servizi e forniture aggiudicati all'interno di una relazione strutturale di collegamento, instaurata ai sensi del D.Lgs. 127/1991 (attuativo delle norme comunitarie richiamate nel par. 1 dell'articolo 23 citato) ovvero all'interno di una impresa comune.

La dizione comunitaria di *joint-venture*, è stata sostituita con quella di «*associazione, consorzio o impresa comune*», riprendendosi la formula dell'articolo 8, comma 3 del D.Lgs. 158/1995.

La Corte di Cassazione ha chiarito che la figura, di origine anglosassone, delle «*joint venture*» e — fra l'altro e più in particolare — quelle delle «*joint venture corporations*», serve ad individuare anche nel nostro ordinamento (per distinguerle da altre forme di associazione, come quella in partecipazione) forme di **associazione temporanea di imprese** finalizzate all'esercizio di un'attività economica in un settore di comune interesse, nelle quali le parti prevedono la costituzione di una società di capitali, con autonoma personalità giuridica rispetto ai «*conventers*», alla quale affidare la conduzione dell'iniziativa congiunta (cfr. Cass., sez. III, 17 maggio 2001, n. 6757; cfr. anche 11 giugno 1991, n. 6610).

In sostanza, la nozione di *joint-venture* sembrerebbe presupporre la costituzione e l'esistenza di una vera e propria **struttura societaria**, anziché di una mera associazione in partecipazione, o associazione temporanea o cointeressenza di natura consortile, in quanto solo la prima postula l'assunzione istituzionale in comune della responsabilità e dei rischi dell'impresa. Per questo motivo il Consiglio di Stato ha dato parere negativo in ordine alla dizione utilizzata dal Codice, ritenendo sussistere il rischio di una previsione contrastante, per ampiezza, con le prescrizioni comunitarie.

In particolare, vengono esclusi gli appalti di servizi, di forniture, di lavori, nel caso di affidamento da un ente aggiudicatore ad un'impresa collegata, purché almeno l'80% del fatturato medio realizzato dall'impresa collegata negli ultimi tre anni nel campo dei servizi, forniture e lavori provenga dalla messa a disposizione di tali servizi/forniture/lavori alle imprese cui è collegata.

L'esclusione è estesa, inoltre, anche agli appalti aggiudicati da un ente aggiudicatore ad un'impresa collegata o da una «*associazione, consorzio o impresa comune*», composta da più enti aggiudicatori, per svolgere un'attività nei settori speciali, presso un'impresa collegata ad uno di tali enti aggiudicatori.

L'ultimo comma, infine, allo scopo di garantire alla Commissione la possibilità di verificare se le relazioni esistenti tra ente aggiudicatore e impresa aggiudicataria soddisfano le condizioni per poter fruire dell'esclusione, prevede che gli enti aggiudicatori notifichino alla Commissione, su sua richiesta, alcune informazioni riguardanti l'applicazione delle disposizioni sopracitate, in particolare, i nomi delle imprese o delle associazioni, consorzi o imprese comuni interessate, la natura e il valore degli appalti considerati, gli elementi che la commissione può giudicare necessari e l'impresa o le associazioni, consorzi o imprese comuni cui gli appalti sono aggiudicati rispondono agli obblighi stabiliti dal presente articolo.

In sintesi, queste regole sono volte ad escludere quegli appalti di servizi, forniture, lavori, attribuiti ad un'impresa collegata la cui attività principale consista nel prestare tali servizi, forniture, lavori al gruppo cui appartiene, invece di offrirli sul mercato.

Proprio al fine di evitare che tali esclusioni provochino **distorsioni di concorrenza** a beneficio di imprese o associazioni, consorzi o imprese comuni collegate agli enti aggiudicatori, sono stati indicati i limiti massimi entro cui le imprese possono ricavare parte della loro cifra d'affari dal mercato e oltre i quali perdono la possibilità di vedersi attribuiti senza indizioni di gara.

6. LA PROCEDURA PER STABILIRE SE UNA DETERMINATA ATTIVITÀ È DIRETTAMENTE ESPOSTA ALLA CONCORRENZA (articolo 219)

L'articolo 219, dando attuazione all'articolo 30 della Direttiva 2004/17, esclude dall'ambito di applicazione della Parte III gli appalti destinati a permettere la prestazione di un'attività inerente ai settori esclusi, quando l'attività stessa sia direttamente esposta alla concorrenza sui mercati liberamente accessibili.

Inoltre, considerato che a livello comunitario si è assistito ad un inizio di liberalizzazione di altri settori, primo fra tutti quello dell'energia, già il legislatore comunitario ha ritenuto opportuno enunciare il principio generale, recepito dal Codice, per cui non saranno soggetti alla Direttiva, pur rientrando nei settori ivi disciplinati, quelle attività «*direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili*», prevedendo, quindi, una determinata procedura per stabilire quando, in concreto, una certa attività possa dirsi direttamente esposta alla concorrenza.

Infatti, già l'articolo 30, comma 2 della Direttiva riteneva, a tal fine, necessario ricorrere a criteri oggettivi, quali le caratteristiche dei beni o servizi interessati, l'esistenza di beni o servizi alternativi, i prezzi e la presenza effettiva o potenziale, di più fornitori dei beni o servizi in questione.

Tale esenzione originariamente, nella Direttiva 1993/38, era prevista solo per il settore della prospezione, della ricerca e coltivazione di idrocarburi.

Con la Direttiva 2004/17, è stato ritenuto opportuno inserire una procedura che permettesse di prendere in considerazione gli effetti di un'apertura alla concorrenza attuale o futura (considerando 40).

Infatti, al comma 2 dell'articolo in commento, si precisa come per determinare se un'attività sia direttamente esposta alla concorrenza, si debba ricorrere a criteri conformi alle disposizioni del trattato, ovvero se non è possibile presumere il libero accesso a un mercato, si debba dimostrare che l'accesso al mercato in questione è libero di fatto e di diritto.

Il comma 5 specifica come debba essere il Ministro delle Politiche comunitarie, di concerto con il Ministro competente per settore, a dare notifica alla Commissione di una delle situazioni descritte di libera concorrenza.

Il comma 8 prevede espressamente che ogni ente aggiudicatore possa chiedere direttamente alla Commissione di stabilire se l'attività sia direttamente esposta alla concorrenza sui mercati liberamente accessibili. Nel caso di verifica positiva la Commissione dovrà informarne immediatamente lo Stato membro interessato.

L'ultimo comma conclude prevedendo che siano rese pubbliche nell'ordinamento interno le decisioni della commissione con decreto ministeriale che elenchi le relative attività escluse.

Copyright © Esselibri S.p.A.

PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE, MECCANISMI DI SELEZIONE QUALITATIVA DEI CONCORRENTI E SELEZIONE DELLE RELATIVE OFFERTE PER I CONTRATTI A RILEVANZA COMUNITARIA NEI SETTORI SPECIALI *di Benedetta Caruso*

SOMMARIO

1. Le procedure di scelta del contraente, la selezione qualitativa dei concorrenti e la selezione delle offerte. - 2. Avvisi e inviti. - 3. I termini di ricezione delle domande di partecipazione e di ricezione delle offerte. - 4. Informazioni. - 5. La selezione qualitativa degli offerenti e la qualificazione. - 6. Le offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi.

1. LE PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE, LA SELEZIONE QUALITATIVA DEI CONCORRENTI E LA SELEZIONE DELLE OFFERTE (articoli 220-222)

Con riferimento ai tipi di procedure di scelta del contraente utilizzabili nei settori speciali, gli articoli da 220 a 222 recepiscono gli articoli 40 e 14 della Direttiva 2004/17.

Conformemente alla Direttiva, l'**articolo 220** pone sullo stesso piano le procedure aperte, ristrette e negoziate previa pubblicazione del bando di gara, prevedendo che gli enti aggiudicatori possano affidare i lavori, le forniture o i servizi scegliendo indifferentemente tra una di esse.

L'articolo successivo prevede come eccezionale per i *settori speciali* la procedura negoziata senza pubblicazione dell'avviso di gara, laddove, invece, per i *settori ordinari*, è eccezionale la procedura negoziata in generale.

Sono, quindi, enumerate le ipotesi tassative in cui è possibile ricorrere alla procedura negoziata, mutuandole dall'articolo 40 della Direttiva, che le aveva già ampliate rispetto a quelle previste nella precedente Direttiva 1993/38 e nell'articolo 13 del D.Lgs. 158/1995.

Infatti, si richiamano le nuove ipotesi di svolgimento di procedura negoziata già introdotte dalla Direttiva comunitaria: alla lettera *a*) l'**articolo 221** del Codice estende il ricorso a tale procedura rispetto alla mancanza di candidature e all'ipotesi di gara andata deserta, e alla lettera *l*) prevede l'indizione di appalto di servizi in seguito a concorso di progettazione organizzato secondo le disposizioni del Codice

che debba, in base alle norme vigenti, essere aggiudicato al vincitore o ad uno dei vincitori di tale concorso.

Resta inoltre salva, ai sensi dell'**articolo 222**, la facoltà degli enti aggiudicatori di stipulare **accordi quadro** con imprenditori, fornitori o prestatori di servizi.

In sostanza, non avendo la Direttiva 2004/17 innovato sul punto, si è confermata la disciplina prevista dall'articolo 16 del decreto legislativo 158/1995, che già aveva definito l'accordo quadro come quel contratto tra un singolo ente aggiudicatore e uno o più imprenditori, fornitori o prestatori di servizi mediante il quale le parti, nel caso di pluralità di prestazioni protratte per un tempo determinato o in relazione ad uno specifico programma di esecuzione di lavori, forniture o di prestazione di servizi, fissano le condizioni generali di realizzazione del programma e le modalità di determinazione dei successivi rapporti negoziali soprattutto per quanto riguarda i prezzi ed eventualmente i quantitativi previsti.

I contratti ricadenti nell'accordo quadro possono essere affidati con **procedura negoziata non pubblicizzata**, solo se la scelta del contraente con il quale concludere l'accordo quadro sia avvenuta nell'osservanza delle procedure di concorrenzialità e pubblicità imposte per i normali contratti (1).

Tale affidamento diretto trova giustificazione nella procedura concorsuale esperita a monte per l'affidamento dell'accordo quadro.

Infine, l'articolo 222 si preoccupa di inibire l'uso dello strumento descritto nei casi in cui esso produca effetti impeditivi, limitativi o comunque distorsivi della concorrenza.

2. AVVISI E INVITI (articoli 223-226)

Gli articoli da 223 a 226 si occupano di disciplinare gli adempimenti di natura pubblicitaria posti a carico degli enti aggiudicatori, garantendo il rispetto dei presupposti di concorrenzialità che sempre devono essere tenuti presenti negli affidamenti degli appalti.

In particolare, tali norme recano la disciplina degli avvisi e degli inviti, ponendo in capo agli enti aggiudicatori, l'onere di pubblicare periodicamente avvisi indicativi delle forniture, servizi e lavori che intendono aggiudicare nei mesi successivi; disciplinano quindi le modalità di redazione e pubblicazione degli avvisi relativi all'indizione delle gare e all'aggiudicazione dell'appalto.

Con il cd. **avviso periodico indicativo (articolo 223)**, l'ente aggiudicatore, possibilmente entro il 31 dicembre di ogni anno, rende note le caratteristiche essenziali degli appalti di rilevanza comunitaria che intende aggiudicare nell'anno successivo. Tale avviso permette, quindi, agli imprenditori, ai fornitori e ai prestatori di servizi di sapere in anticipo quali siano le procedure di gara che i vari enti operanti nei

(1) Al fine di un coordinamento tra i richiami all'interno del Codice, il decreto correttivo 6/2007 ha sostituito all'articolo 222, comma 2, le parole: «dell'articolo 40» con: «dell'articolo 221» (art. 3, comma 1, lett. s) del D.Lgs. 26 gennaio 2007, n. 6).

settori speciali prevedono di bandire nel corso dell'anno, potendo organizzare la propria attività in vista della partecipazione agli appalti di loro interesse.

In recepimento dell'articolo 41 della Direttiva 2004/17, vengono previste, inoltre, forme semplificate per la pubblicazione di avvisi indicativi delle opere programmate dagli enti aggiudicatari nel caso di **progetti di grandi dimensioni**.

In questo caso, infatti, gli enti aggiudicatori possono pubblicare *avvisi indicativi supplementari*, senza dover ripetere le informazioni già contenute in un precedente avviso.

L'ultimo comma dell'articolo 223 si occupa dell'avviso sull'esistenza di un *sistema di qualificazione*, prevedendo che l'ente aggiudicatore qualora abbia istituito un proprio sistema di qualificazione debba rendere pubblico tale sistema, con un apposito avviso, che indichi anche le finalità del sistema stesso e le modalità del suo funzionamento.

L'**articolo 224**, recependo l'articolo 42 della Direttiva 2004/17, enumera gli avvisi mediante i quali è possibile indire una gara, ovvero l'avviso indicativo, l'avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione e, infine, il bando di gara.

Tali avvisi devono essere redatti secondo determinati schemi allegati al Codice, che prevedono, tra le altre, indicazioni che si riferiscono all'oggetto e alle condizioni essenziali dell'appalto in questione, oltre a disposizioni più specificamente attinenti alle modalità di espletamento della gara.

Gli **articoli 225 e 226** disciplinano, senza introdurre alcuna novità rispetto all'articolo 43 e all'articolo 47 della Direttiva 2004/17, il primo, l'avviso che gli enti aggiudicatori devono inviare con riferimento ad appalti già aggiudicati o ad accordi quadro conclusi, entro due mesi dall'aggiudicazione dell'appalto o dalla conclusione dell'accordo quadro e il secondo, l'invito rivolto a candidati selezionati a presentare offerte o a negoziare.

Rispetto a quest'ultimo, l'**articolo 226** prevede che i soggetti aggiudicatori invitino simultaneamente e per iscritto i candidati selezionati. L'invito in questione deve contenere copia del capitolato d'onori e dei documenti complementari, o per lo meno l'indirizzo al quale possono essere richiesti e il termine per la relativa richiesta.

L'articolo 226 definisce i contenuti dell'invito ad offrire che, nelle procedure ristrette e nelle procedure negoziate, gli enti aggiudicatori rivolgono ai candidati selezionati. In particolare, vengono specificate le informazioni da fornire nel caso di gare indette con avviso periodico indicativo.

3. I TERMINI DI RICEZIONE DELLE DOMANDE DI PARTECIPAZIONE E DI RICEZIONE DELLE OFFERTE (articolo 227)

Il successivo articolo 227 definisce i termini di ricezione delle domande di partecipazione e di ricezione delle offerte, riproducendo fedelmente l'articolo 45 della Direttiva 2004/17 che prevede che tutti gli enti aggiudicatari — non solo, quindi, come prevedeva l'articolo 17 del D.Lgs. 158/1995, le imprese pubbliche e i sog-

getti privati che godono di diritti speciali o esclusivi — possano fissare i suddetti termini tenendo in considerazione la complessità dell'appalto e il tempo necessario per preparare le offerte.

L'articolo in commento prescrive, però, determinati **termini minimi** che devono sempre essere garantiti. Ad esempio, al comma 2, si dispone che nelle *procedure aperte* il termine minimo per la ricezione delle offerte è di 52 giorni dalla data di trasmissione del bando di gara.

I successivi commi regolano in modo dettagliato i termini minimi, con riguardo alle *procedure aperte e rinegoziate precedute da gara*.

Si tratta di una serie di disposizioni molto puntuali, che si è sentita l'esigenza di riepilogare in una tabella allegata al Codice (allegato XIX).

4. INFORMAZIONI (articoli 228 e 229)

Gli articoli 228 e 229 recano disposizioni in materia di «Informazioni».

In particolare, l'**articolo 228** disciplina i *sistemi di qualificazione* recependo l'articolo 49, par. 3, 4, 5 della Direttiva 2004/17.

Si prevede che gli enti aggiudicatori che istituiscono e gestiscono sistemi di qualificazione debbano informare i richiedenti della loro decisione entro termini congrui, così come devono essere tempestivamente informati i richiedenti la cui qualificazione sia stata respinta.

Tali soggetti aggiudicatori possono disporre l'esclusione dal sistema di qualificazione di un operatore economico solo per ragioni fondate sui criteri di qualificazione di cui all'articolo 232.

L'articolo, in ottemperanza a quanto previsto dalla Direttiva e diversamente da quanto disciplinato dal D.Lgs. 158/1995, prevede un termine massimo di 15 giorni per la comunicazione della reiezione della domanda di sospensione al sistema di qualificazione e il preavviso della decisione di esclusione dal sistema.

L'**articolo 229** stabilisce, invece, recependo l'articolo 50 della Direttiva 2004/17, l'obbligo per gli enti aggiudicatori di conservare le informazioni appropriate relative ad ogni appalto, affinché essi possano poi giustificare le determinazioni riguardanti la qualificazione e la selezione degli operatori economici e l'aggiudicazione degli appalti, il ricorso a procedure non negoziate, la mancata applicazione delle norme sullo svolgimento della procedura di gara, applicabili ai settori ordinari.

Si prevede che tali informazioni debbano essere conservate per almeno quattro anni dalla data di aggiudicazione dell'appalto, in modo da poter essere comunicate alla Commissione, ove questa lo richieda.

Il riferimento al nuovo *Codice dell'amministrazione digitale*, approvato dal menzionato D.Lgs. 82/2005, appare utile ed anzi necessario, tenuto conto, in particolare, che ai sensi dell'articolo 43 (norma che si ritiene applicabile anche agli enti aggiudicatori ai sensi dell'articolo 2 del medesimo decreto), concernente la riproduzione e la conservazione documentali, i documenti degli archivi, le scritture contabili, la corrispondenza ed ogni atto, dato o documento di cui è prescritta la con-

servazione per legge o regolamento, ove riprodotti su supporti informatici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge, se la riproduzione sia effettuata in modo da garantire la conformità dei documenti agli originali e la loro conservazione nel tempo.

5. LA SELEZIONE QUALITATIVA DEGLI OFFERENTI E LA QUALIFICAZIONE (articoli 230-233)

I successivi articoli da 230 a 233, recano disposizioni in materia di selezione qualitativa degli offerenti e di qualificazione.

In particolare, l'**articolo 230**, recependo l'articolo 51 della Direttiva 2004/17, nel dettare disposizioni generali per la selezione qualitativa degli offerenti, introduce, per tutti gli enti aggiudicatori, ai fini dell'accertamento dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria, un regime unitario, potendo o istituire un proprio sistema di qualificazione o applicare le disposizioni relative in tema di settori ordinari.

Per enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici la norma prevede un terzo sistema di selezione (o di determinazione dei requisiti di partecipazione), che è quello di cui al successivo articolo 233, che a sua volta ha recepito l'articolo 54 della Direttiva.

Quale che sia il sistema di qualificazione scelto, si applicherà la disciplina generale dettata per i *settori ordinari*, in tema di garanzia della qualità e gestione ambientale. Per quanto concerne l'avvalimento, il terzo decreto correttivo al Codice dei Contratti introduce una modifica che risolve il contrasto con l'articolo 53 della Direttiva 2004/17/CE (è escluso il richiamo all'articolo 50, comma 1, lett. a)).

Più chiaramente, tale possibilità non è più limitata alle sole società tra cui esiste un rapporto di controllo.

Con l'**articolo 231**, che recepisce l'articolo 52 della Direttiva, viene introdotto il **principio di imparzialità e non aggravamento** nei procedimenti di selezione e di qualificazione, dal quale discende, tra l'altro, che non si possono imporre condizioni amministrative, tecniche o finanziarie a taluni operatori senza imporle ad altri, né esigere prove già presenti nella documentazione disponibile. Di fatto tale norma impone e disciplina il principio comunitario di non discriminazione e quello interno di imparzialità e non aggravamento del procedimento selettivo.

L'**articolo 232** conferisce la possibilità ai soggetti aggiudicatori di istituire e gestire un proprio **sistema di qualificazione** degli imprenditori, dei fornitori, dei prestatori di servizi.

In questo modo, ogni volta che venga indetta una gara con un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione, la selezione avverrà tra i candidati qualificati con un tale sistema.

Tale sistema deve essere gestito secondo norme e criteri oggettivi sulla cui base sono formati elenchi o liste in cui sono inseriti, a domanda, nominativi di imprese dotati dei requisiti generali, tecnici e finanziari e interessate a partecipare a procedure di gara di pertinenza dello stesso ente aggiudicatore.

Spetta naturalmente al soggetto aggiudicatore stabilire quale documentazione e quali certificazioni o atti sostitutivi debbano corredare la domanda di iscrizione, con divieto di chiedere certificazione o documentazione probatoria costituente riproduzione di documentazione valida già disponibile.

L'**articolo 233** nel recepire l'articolo 54 della Direttiva, precisa come i criteri di selezione qualitativa fissati dagli enti aggiudicatori siano stabiliti nel rispetto dei principi operanti in materia di settori ordinari, secondo regole oggettive rese disponibili agli operatori economici interessati.

Nel caso delle **procedure ristrette o negoziate**, i criteri possono tenere conto della necessità per l'ente aggiudicatore di ridurre il numero dei candidati, in modo da equilibrare il rapporto tra caratteristiche specifiche della procedura d'appalto e i mezzi necessari alla sua realizzazione, sempre che venga garantita una concorrenza adeguata.

Viene espressamente prevista la possibilità di ricorrere all'avvalimento, mediante il rinvio alla disciplina dettata per i settori ordinari (articoli 49 e da 35 a 37).

6. LE OFFERTE CONTENENTI PRODOTTI ORIGINARI DI PAESI TERZI (articolo 234)

Il successivo **articolo 234**, con riferimento alla disciplina delle offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi, riproduce, sostanzialmente, quanto è già previsto dall'articolo 58 della Direttiva 2004/17.

Si tratta del problema riguardante il riconoscimento o meno della facoltà per i soggetti originari di Paesi terzi di concorrere per l'aggiudicazione di appalti banditi entro i confini della Comunità.

Per «Paesi terzi» si intendono, ai sensi del comma 1, solo quelli in cui la Comunità non abbia concluso, in un contesto multilaterale o bilaterale, un accordo che assicuri un accesso comparabile ed effettivo delle proprie imprese agli appalti banditi nell'ambito di tali paesi.

Ai sensi del comma successivo, possono essere respinte le offerte originarie di Paesi terzi se la parte dei prodotti di origine extracomunitaria superi il 50% del valore totale dei prodotti componenti l'offerta. Viene specificato come i software impiegati negli impianti delle reti di telecomunicazioni siano considerati prodotti.

In base al **principio della preferenza comunitaria**, è previsto che, nel caso in cui un'offerta comunitaria sia equivalente ad un'altra proveniente da un'impresa di Paesi terzi ed originaria di tali Paesi, la prima debba essere preferita alla seconda. La norma recepisce un'idea di equivalenza piuttosto elastica, il valore delle offerte, infatti, è considerato equivalente fino a quando la differenza di prezzo tra le stesse non superi il 3%.

In altre parole, viene tollerato uno scostamento fino al 3% dell'offerta originaria di Paesi terzi rispetto a quella comunitaria.

Tuttavia, agli enti aggiudicatori è riconosciuta la possibilità di preferire una offerta extracomunitaria quando altrimenti l'ente aggiudicatore sarebbe tenuto ad ac-

quistare materiali con caratteristiche tecniche diverse da quelle del materiale già esistente, con conseguenti difficoltà tecniche di utilizzazione o costi sproporzionati.

Per determinare la parte dei prodotti originari dei Paesi terzi, sono esclusi quegli Stati cui il beneficio di cui alla Direttiva 2004/17 sia stato esteso con decisione del Consiglio della Comunità europea relativo alla stipulazione di uno degli accordi di cui si è detto.

L'unica novità della norma in esame è rappresentata dalla previsione, contenuta nell'ultimo comma, di un D.P.C.M. per rendere noti i paesi esclusi dall'applicazione del comma 5.