



Rappresentanza Permanente d'Italia  
Presso l'Unione Europea  
Bruxelles

DCPC-0001202-07/02/2008-2.36.4.15

Bergonelli  
Corale RA

Codice Mittente : 701 01.01

Bruxelles, 4 febbraio 2008

Prof. 1340

(data e numero di protocollo)

Posizione :

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

**Oggetto.** Decisioni della Commissione del 31 gennaio 2008. Procedura di infrazione 2007/2309 ex art. 226 Trattato CE. Incompleta trasposizione del "Codice appalti"

**TELESPRESSO indirizzato a:**

**Presidenza del Consiglio dei Ministri**  
Dipartimento per le Politiche Europee  
Capo Dipartimento - Struttura di missione per le  
procedure di infrazione  
CIACE - Settore Legislativo

**Ministero degli Affari Esteri**  
DGIE VI - Servizio del Contenzioso

**Ministero dello Sviluppo Economico**  
Gabinetto - Ufficio Legislativo  
Ufficio del Consigliere Diplomatico

Si trasmette in allegato la nota C(2008)0108 del 30/01/2008 indirizzata all'On. Ministro degli Esteri, con la quale la Commissione Europea invia una lettera di **costituzione in mora** ex art. 226 nei confronti della Repubblica Italiana in relazione all'oggetto.

Nell'attirare l'attenzione sul termine di **due mesi** a far data da oggi, entro il quale le Autorità italiane sono invitate a far conoscere le proprie osservazioni al riguardo, si resta in attesa di cortese risposta in tempo utile

(LM)

  
Primo Consigliere  
Vincenzo Celeste



## COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Bruxelles, 30/01/2008

2007/2309  
C(2008)0108

Signor Ministro,

la Commissione desidera richiamare l'attenzione del Suo Governo sulla normativa in materia di appalti pubblici e concessioni contenuta nel decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006, recante "codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture", di attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE" (di seguito: "il Codice"), quale modificata dal decreto legge n. 173 del 12 maggio 2006 (convertito in legge dalla legge n. 228 del 12 luglio 2006), dal decreto legislativo n. 6 del 26 gennaio 2007 e dal decreto legislativo n. 113 del 31 luglio 2007.

L'Italia ha notificato il decreto legislativo n. 163/2006 quale misura di trasposizione della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, e della direttiva 2004/17/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (di seguito: "le direttive appalti pubblici").

La Commissione desidera segnalare una serie di disposizioni di tale decreto che essa considera incompatibili con le suddette direttive. La Commissione desidera altresì segnalare alcune disposizioni che appaiono incomplete rispetto alle corrispondenti regole delle direttive ovvero che contengono riferimenti erronei ad altre disposizioni del Codice, le quali non appaiono assicurare la certezza giuridica necessaria a garantire l'applicazione corretta del diritto comunitario degli appalti pubblici. Infine, la Commissione desidera segnalare che alcune disposizioni della direttiva 2004/17/CE non sembrerebbero essere state trasposte.

Preliminarmente, la Commissione rileva che il Codice prevede le disposizioni "comuni" applicabili tanto agli appalti soggetti alla direttiva 2004/18/CE quanto a quelli soggetti

S.E On. Massimo D'ALEMA  
Ministro degli Affari esteri  
P.le della Farnesina 1  
I - 00194 Roma

Commission européenne, B-1049 Bruxelles – Belgique  
Europese Commissie, B-1049 Brussel – België  
Telefono: 00-32-(0)2-299.11 11

alla direttiva 2004/17/CE nella parte I, titolo I (articoli da 1 a 15); le disposizioni applicabili agli appalti soggetti alla direttiva 2004/18/CE nella parte II, titoli I (articoli da 28 a 120) e le disposizioni applicabili agli appalti soggetti alla direttiva 2004/17/CE nella parte III, titolo I (articoli da 206 a 234). Dato che queste ultime disposizioni contengono numerosi rinvii a quelle contenute nella parte II, titolo I, le considerazioni che seguono sono formulate principalmente in relazione alle disposizioni che recepiscono la direttiva 2004/18/CE, con indicazione, se del caso, di quelle applicabili anche agli appalti soggetti alla direttiva 2004/17/CE.

Riguardo alla terminologia, la Commissione considera che la nozione di "stazione appaltante" comprenda sia le amministrazioni aggiudicatrici tenute al rispetto della direttiva 2004/18/CE sia, nella misura in cui tale nozione è utilizzata in disposizioni applicabili agli appalti soggetti alla direttiva 2004/17/CE, gli enti aggiudicatori tenuti al rispetto di quest'ultima direttiva.

La Commissione desidera precisare che, essendo la presente lettera di costituzione in mora incentrata sulle norme di attuazione delle direttive appalti pubblici, essa non pregiudica in alcun modo la valutazione della compatibilità delle disposizioni del Codice relative ai contratti pubblici che non sono soggetti a tali direttive con le regole del trattato CE applicabili in materia di appalti pubblici e concessioni.

La Commissione si riserva altresì di verificare la compatibilità con il diritto comunitario della disciplina che sarà stabilita dal regolamento di esecuzione del Codice, che non è stato ancora adottato.

### **Disposizioni del Codice che sollevano problemi di compatibilità con le direttive appalti pubblici**

#### Appalti aggiudicati a scopo di rivendita o locazione a terzi

L'articolo 24, par. 1, del Codice dispone quanto segue: "*il presente codice non si applica agli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi, quando la stazione appaltante non gode di alcun diritto speciale o esclusivo per la vendita o la locazione dell'oggetto di tali appalti e quando altri enti possono liberamente venderlo o darlo in locazione alla stesse condizioni*".

La Commissione osserva che l'articolo 19 della direttiva 2004/17/CE esclude dal suo campo di applicazione gli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o locazione a terzi dagli enti aggiudicatori soggetti all'applicazione della direttiva 2004/17/CE.

L'articolo 12, par. 1, della direttiva 2004/18/CE, nel rinviare all'articolo 19 sopra citato, prevede la stessa esclusione per gli appalti aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici per l'esercizio delle attività contemplate dalla direttiva 2004/17. Lo scopo di tale previsione è di evitare che degli appalti esclusi dal campo di applicazione della direttiva 2004/17/CE in virtù del suo articolo 19 ricadano, proprio in ragione di tale esclusione, nel campo di applicazione della direttiva 2004/18. L'articolo 12 sopra citato, come indicato chiaramente nel suo titolo, si applica quindi ai soli appalti aggiudicati nei settori coperti dalla direttiva 2004/17/CE.

L'articolo 24, par. 1 del Codice, tuttavia, non limita in alcun modo l'applicabilità dell'esclusione in questione. Nella misura in cui la rende applicabile ad appalti diversi da quelli aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici nei settori coperti dalla direttiva

2004/17/CE, detto articolo introduce delle esclusioni che non sono previste dalla direttiva 2004/18/CE. A titolo di esempio, la realizzazione di opere di edilizia sociale destinate ad essere rivendute o locate dall'amministrazione aggiudicatrice sfuggirebbe ingiustificatamente alle regole di messa in concorrenza fissate dalla direttiva.

#### Soggetti ai quali possono essere affidati i contratti pubblici

L'articolo 34, par. 1, del Codice elenca le categorie di operatori ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici. La lista prevista da tale articolo, che sembrerebbe esaustiva, comprende gli imprenditori individuali, le società commerciali e cooperative (lettera a); i consorzi tra imprese e/o società costituiti a norma del codice civile italiano ovvero della legislazione italiana citata nel medesimo articolo (lettere b, c, e); i raggruppamenti temporanei di concorrenti (lettera d) ed i soggetti che abbiano costituito un gruppo europeo di interesse economico (GEIE, lettera f). L'articolo 206, par. 1, del Codice rende applicabile tale articolo anche alle procedure di aggiudicazione soggette alla direttiva 2004/17/CE.

La Commissione osserva che l'articolo 34 del Codice, facendo riferimento ai consorzi costituiti secondo la legge italiana e disciplinati da quest'ultima, sembrerebbe escludere la partecipazione di quelli costituiti conformemente alla legislazione di altri Stati membri.

Più in generale, la Commissione rileva che la lista di cui all'articolo 34 del Codice non sembra permettere la partecipazione alle gare di operatori aventi una forma giuridica diversa da quelle indicate nella lista. In particolare, tale articolo non sembra permettere la partecipazione di altre entità pubbliche ovvero di entità qualificabili come organismi di diritto pubblico ai sensi delle direttive appalti pubblici.

Per quanto riguarda l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria, l'articolo 90 del Codice elenca le categorie di operatori che possono prestare tali servizi per la realizzazione di opere/lavori pubblici e indica, tra l'altro, le società di professionisti, definendole, tuttavia, unicamente con riferimento alla legge italiana. Tale disposizione sembrerebbe dunque escludere la partecipazione di società costituite conformemente alla legislazione di altri Stati membri.

Infine, una limitazione analoga è prevista dall'articolo 101 del Codice, nonché dall'articolo 237 che lo rende applicabile alle procedure soggette alla direttiva 2004/17/CE, per quanto riguarda la partecipazione a concorsi di progettazione. Tale disposizione, infatti, sembrerebbe permettere la partecipazione delle sole categorie di prestatori contemplate dall'articolo 90, par. 1, lettere dalla d) alla h), con esclusione di quelle contemplate alle lettere dalla a) alla c), ovvero gli uffici tecnici di altre stazioni appaltanti e gli organismi pubblici.

La Commissione precisa che, ai sensi delle direttive appalti pubblici, la nozione di "operatore economico" comprende "ogni persona fisica o giuridica o ente pubblico o raggruppamento di tali persone o enti che offra sul mercato ... la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi" (articolo 1, par. 8 della direttiva 2004/18/CE). Una definizione analoga è data dall'articolo 1, par. 7, della direttiva 2004/17/CE, il quale precisa altresì che la nozione di operatore economico comprende gli enti aggiudicatori soggetti alla medesima direttiva. Posto quanto sopra, è da ricordare che le suddette direttive esigono il rispetto del principio di parità di trattamento degli operatori economici (articolo 2 direttiva 2004/18/CE e articolo 10 direttiva). Questo principio è specificato, per quanto riguarda gli operatori economici ammessi a partecipare alle gare

d'appalto, all'articolo 4, par. 1, della direttiva 2004/18/CE e all'articolo 11, par. 1, della direttiva 2004/17/CE, secondo i quali i candidati o gli offerenti che, in base alla normativa dello Stato membro in cui sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione oggetto dell'appalto, non possono essere esclusi dalla partecipazione ad una gara d'appalto per il solo fatto che non hanno la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di soggetti (v. sentenza della Corte di Giustizia del 18.12.2007, "Frigerio", causa C-357/06).

Ne deriva che le direttive appalti pubblici non permettono di restringere la possibilità di partecipare alle gare ad alcune categorie di operatori escludendone altre.

La Commissione considera dunque che l'articolo 34, par. 1 del Codice, anche in combinato con l'articolo 206, par.1, nonché gli articoli 90 e 101, anche in combinato con l'articolo 237, sono contrari alle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, nella misura in cui essi escludono la possibilità di partecipare alle gare di appalti e ai concorsi di progettazione soggetti a dette direttive, per gli operatori che hanno una forma giuridica diversa da quelle contemplate dai citati articoli, e segnatamente per le altre amministrazioni aggiudicatrici che, in base alla normativa che disciplina la loro attività, sono autorizzate ad offrire sul mercato beni e servizi ovvero la realizzazione di lavori.

#### Partecipazione dei raggruppamenti temporanei di imprese e dei consorzi

L'articolo 37, par. 11, del Codice prevede che qualora l'oggetto dell'appalto comprenda l'esecuzione di opere che richiedono lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, tali opere non possono essere subappaltate ma devono essere eseguite unicamente dai soggetti affidatari. Nel caso in cui non siano in grado di farlo, essi sono tenuti a costituire dei raggruppamenti temporanei di tipo verticale.

La Commissione osserva che tale disposizione, nella misura in cui vieta il subappalto ed impone una forma giuridica determinata, sembra contraria alle disposizioni delle direttive appalti pubblici, le quali non permettono di escludere il subappalto (v. articoli 37, direttiva 2004/17/CE e 25 direttiva 2004/18/CE) ed autorizzano l'operatore economico ad avvalersi delle capacità di altri soggetti "a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi" (articoli 47, par. 2 e 48, par. 3, della direttiva 2004/18/CE e articoli 53, par.4, e 54, par. 5 e par. 6 della direttiva 2004/17/CE, si vedano i commenti che seguono in merito agli articoli 49-50 del Codice).

#### Verifica della capacità dei candidati

Ai sensi degli articoli 41, par. 4, e 42, par. 4, del Codice, i fornitori ed i prestatori di servizi che desiderano partecipare ad una gara d'appalto possono dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria nonché tecnica richiesti mediante una dichiarazione sottoscritta ai sensi della legislazione italiana in materia di documentazione amministrativa. La documentazione probatoria a conferma di quanto dichiarato sarà poi richiesta al solo concorrente aggiudicatario.

L'articolo 48 del Codice, applicabile anche agli appalti di lavori, prevede un controllo aleatorio sulle suddette dichiarazioni prima dell'apertura delle offerte: le amministrazioni aggiudicatrici richiedono ad un certo numero (minimo 10%) di concorrenti scelti con sorteggio pubblico, di comprovare il possesso dei requisiti richiesti presentando la

relativa documentazione. A seguito dell'aggiudicazione, la stessa documentazione è domandata al concorrente aggiudicatario e a quello che lo segue in graduatoria.

L'articolo 74, par. 6, del Codice, che l'articolo 206 rende applicabile anche agli appalti soggetti alla direttiva 2004/17/CE, dispone di conseguenza che le stazioni appaltanti non richiedono la presentazione di documenti e certificati per i quali la normativa vigente consente la presentazione di dichiarazioni sostitutive, salvi i controlli successivi in corso di gara, ovvero, pare di capire, quelli contemplati dalle disposizioni sopra citate.

Invero, dall'articolo 44 della direttiva 2004/18/CE, nonché dall'articolo 51 della direttiva 2004/17/CE, deriva che le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a verificare le prove presentate dagli operatori economici al fine di dimostrare che soddisfano i criteri di selezione, al fine di assicurare che le medesime condizioni di partecipazione siano applicate a tutti i concorrenti.

La Commissione ritiene che un sistema di dichiarazioni come quello previsto dal Codice è suscettibile di falsare la messa in concorrenza dell'appalto, segnatamente in caso di procedure di aggiudicazione che prevedono la riduzione dei candidati.

E' infatti da rilevare che, ai sensi degli articoli 62 e 233 del Codice, nelle procedure ristrette e negoziate e nel dialogo competitivo, le stazioni appaltanti possono limitare il numero dei candidati idonei che ammetteranno a partecipare alla procedura. In un tale caso, il fatto di selezionare i candidati sulla base di una dichiarazione e di domandare di provarla al solo aggiudicatario dell'appalto prima della firma del contratto può condurre, qualora la prova presentata smentisca la dichiarazione precedentemente fatta, ad una esclusione ingiustificata del candidato che sarebbe stato ammesso al posto di tale potenziale aggiudicatario se le prove fossero state verificate durante la fase di selezione.

In tali procedure, infatti, l'amministrazione aggiudicatrice che ammette solo un numero ristretto di candidati deve sceglierli, sulla base di criteri oggettivi, tra coloro che soddisfano i criteri di selezione. I candidati esclusi in tale fase non potranno più presentare la loro offerta per l'appalto in questione.

Il sistema di dichiarazione previsto dalle citate disposizioni sembra perciò contrario alle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE.

#### Iscrizione di fornitori o prestatori di servizi in elenchi ufficiali

L'articolo 45 del Codice è diretto ad attuare l'articolo 52 della direttiva 2004/18/CE, riguardante la possibilità, per gli Stati membri, di stabilire liste ufficiali di operatori economici riconosciuti.

La Commissione osserva, tuttavia, che tale articolo non attua correttamente l'articolo 52, par. 1, di detta direttiva, segnatamente per quanto concerne la possibilità, per gli operatori facenti parte di un gruppo che desiderano iscriversi negli elenchi, di avvalersi delle capacità di altri operatori economici facenti parte del medesimo gruppo.

Invero, una tale possibilità sembra prevista dall'articolo 50 del Codice ma unicamente per gli appalti di lavori, e più precisamente per ottenere la certificazione rilasciata nel quadro del sistema italiano di qualificazione delle imprese di costruzione, ovvero l'attestazione SOA che certifica la capacità ad eseguire lavori conformemente a tale sistema.

Nella misura in cui esso non assicura detta possibilità in tutti gli altri casi, l'articolo 45 del Codice appare dunque contrario alla direttiva 2004/18/CE.

#### Possibilità di avvalersi della capacità di terzi

L'articolo 49 del Codice, applicabile anche agli appalti soggetti alla direttiva 2004/17/CE in virtù del rinvio contenuto nell'articolo 230, prevede la possibilità, per gli operatori che desiderano partecipare ad una gara d'appalto, di avvalersi della capacità di altri soggetti.

Tuttavia, il par. 6 di detto articolo 49 limita questa possibilità alle capacità di un solo soggetto terzo per ciascun requisito o categoria. Il ricorso alle capacità di più soggetti è consentito solo quando il bando di gara ammette tale possibilità in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni.

Ai sensi dell'articolo, par. 7, inoltre, il bando di gara può limitare la possibilità di avvalersi della capacità di terzi ai soli requisiti economici o tecnici ovvero esigere che il ricorso alle capacità di terzi sia possibile solo per integrare un preesistente requisito già posseduto dal concorrente in misura o percentuale indicata nell'avviso.

La Commissione rileva che gli articoli 47, par. 2 e 48, par. 3, della direttiva 2004/18/CE, nonché l'articolo 54, par. 5 e par. 6 della direttiva 2004/17/CE, riconoscono agli operatori economici il diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei loro legami. Nessuna limitazione è prevista, e dunque consentita, da dette direttive, la sola condizione essendo quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare che il candidato/offrente disporrà delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto.

Posto quanto sopra, le limitazioni al suddetto diritto previste dall'articolo 49, par. 6 e par. 7 del Codice sono in contrasto con le citate disposizioni delle direttive appalti pubblici.

Inoltre, per quanto riguarda in particolare gli appalti soggetti alla direttiva 2004/17/CE, la Commissione rileva che l'articolo 50 del Codice, il quale limita la possibilità, per le imprese che desiderano ottenere l'attestazione SOA, di avvalersi della capacità di terzi ai membri del medesimo gruppo, è applicabile altresì ai sistemi di qualificazione di cui all'articolo 53 della direttiva 2004/17/CE in virtù del rinvio contenuto nell'articolo 230 sopra citato. La Commissione osserva che tale limitazione è prevista dall'articolo 52 della direttiva 2004/18/CE per l'iscrizione su elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti ma non è prevista dall'articolo 53 della direttiva 2004/17/CE per quanto riguarda i sistemi di qualificazione. Detto articolo 53 permette infatti di avvalersi della capacità di altri soggetti, "indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con essi" (par.4).

Nell'ambito dei sistemi di qualificazione contemplati dalla direttiva 2004/17/CE, l'applicazione dell'articolo 50 del Codice si traduce in una limitazione della possibilità di avvalersi della capacità di terzi, contraria a tale direttiva.

#### Dialogo competitivo

L'articolo 58 del Codice disciplina la procedura del dialogo competitivo. Ai sensi del par. 13 di tale articolo, la stazione appaltante, prima della presentazione delle offerte, specifica i criteri di valutazione di cui all'articolo 83, par. 2, in relazione alle peculiarità della soluzione o delle soluzioni atte a soddisfare le loro necessità o obiettivi, individuate

nella fase del dialogo. L'articolo 83, par. 2, disciplina sia i criteri di valutazione per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sia la loro ponderazione.

Il par. 15 di detto articolo 58 precisa che le offerte sono valutate sulla base dei criteri fissati nel bando di gara o nel documento descrittivo "*e di quelli fissati ai sensi del comma 13*". Ne deriva che i criteri di cui al comma 13 sono criteri di aggiudicazione diversi da quelli indicati prima della fase del dialogo.

La Commissione ricorda che, secondo l'articolo 36, par. 1, della direttiva 2004/18/CE, i bandi e gli avvisi devono contenere le informazioni previste nell'allegato VII A. Per i bandi di gara, l'allegato in questione prevede, al punto 23, che le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad indicare il tipo di criterio di aggiudicazione, che per il dialogo competitivo può essere solo quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e che i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sono menzionati nel bando quando non figurano nel documento descrittivo. Il documento descrittivo deve essere inviato con l'invito a partecipare al dialogo o, in ogni caso, prima della fase del dialogo (art. 40, par. 5, della direttiva 2004/18/CE).

Dopo tale fase, l'amministrazione aggiudicatrice non ha più l'opportunità di rimettere ai concorrenti selezionati un altro documento descrittivo e di indicare dunque nuovi criteri di aggiudicazione: ogni candidato formula la sua offerta sulla base della o delle soluzioni che ha proposto all'amministrazione aggiudicatrice durante la fase del dialogo e non sulla base di un nuovo documento descrittivo.

Le suddette disposizioni del Codice prevedono invece la possibilità di fissare dei criteri di valutazione dopo aver individuato la o le soluzioni interessanti e, per di più, di sceglierle sulla base delle loro specificità. Inoltre, tali disposizioni permettono, in caso di dialogo in più fasi, di valutare le soluzioni, in vista di escludere dei candidati, sulla base di un insieme di criteri diversi da quello che sarà poi utilizzato per la valutazione delle offerte. Peraltro, non è chiaro in che modo i criteri in questione saranno portati a conoscenza dei concorrenti perché possano tenerne conto nella preparazione delle loro offerte.

La Commissione considera che tali disposizioni sono in contrasto con le regole della 2004/18/CE, le quali esigono che i criteri di aggiudicazione siano previamente resi noti.

La Commissione rileva, infine, che l'articolo 70, par. 12 del Codice permette di ridurre il termine per introdurre la domanda di partecipazione al dialogo competitivo, in caso di urgenza.

Tale previsione sembra contraria alla direttiva 2004/18/CE, che non prevede alcuna possibilità di ridurre il termine in questione.

#### Informazione dei candidati/offerenti

L'articolo 79, par. 1 e 2, del Codice, che l'articolo 206 rende applicabile anche agli appalti soggetti alla direttiva 2004/17/CE, indica le informazioni che le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare ai candidati e agli offerenti. Il par. 3 del medesimo articolo precisa che dette informazioni sono comunicate solo a seguito di domanda scritta.



Ai sensi del par. 5 dell'articolo 79, le stazioni appaltanti sono comunque tenute a comunicare d'ufficio: a) l'aggiudicazione dell'appalto all'aggiudicatario, al concorrente che lo segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara nonché a coloro la cui offerta sia stata esclusa se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione e b) l'esclusione, ai candidati e agli offerenti esclusi.

La Commissione rileva che tale disposizione non include tra le informazioni che la stazione appaltante è tenuta a comunicare, la decisione di non aggiudicare l'appalto.

Al riguardo, è da ricordare che, ai sensi dell'articolo 41, par. 1, della direttiva 2004/18/CE e dell'articolo 49, par. 1, della direttiva 2004/17/CE, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad informare i candidati e gli offerenti di tutte le decisioni prese riguardo all'aggiudicazione di un appalto (ovvero la conclusione di un accordo quadro o l'ammissione ad un sistema di qualificazione), ivi compresi i motivi per i quali hanno rinunciato ad aggiudicare l'appalto.

La disposizione sopra citata del Codice non appare conforme ai suddetti articoli delle direttive appalti pubblici nella misura in cui essa non assicura la comunicazione di tutte le decisioni prese, e segnatamente dei motivi della decisione di rinunciare all'aggiudicazione dell'appalto.

#### Criteri utilizzati per l'aggiudicazione dell'appalto

L'articolo 83, par. 4, del Codice, applicabile anche agli appalti soggetti alla direttiva 2004/17/CE in virtù del rinvio contenuto nell'articolo 230, prevede che, prima dell'apertura delle offerte, la commissione giudicatrice fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti nel bando.

La Commissione rileva che le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE esigono che i criteri di aggiudicazione dell'appalto, nonché la ponderazione relativa di tali criteri ovvero il loro ordine di importanza, siano indicati nel bando o nei documenti di gara. Al fine di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento di cui le regole delle direttive sono espressione, infatti, tutti i criteri che saranno utilizzati per l'aggiudicazione dell'appalto devono essere messi a disposizione dei concorrenti prima che essi formulino le loro offerte, in modo da permettere loro di tenerne conto.

La previsione della possibilità di fissare dei criteri "motivazionali" dei punti attribuiti alle offerte che non erano previsti nei documenti di gara sembra contrario al principio di parità di trattamento fissato dalle direttive.

#### Attribuzione diretta di appalti pubblici in caso di fallimento o di risoluzione del contratto

Secondo l'articolo 140, par. 1, del Codice, le stazioni appaltanti devono prevedere nel bando di gara che, in caso di fallimento dell'appaltatore o di risoluzione del contratto per grave inadempimento del medesimo, esse potranno interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla gara originaria, a partire da quello che ha formulato la prima migliore offerta escluso l'aggiudicatario. Il par. 2 precisa che l'appalto è quindi attribuito "alle medesime condizioni economiche già proposte in sede di offerta" ad uno dei soggetti progressivamente interpellati.

Tale disposizione permette dunque l'attribuzione diretta di un appalto, sulla base della considerazione che c'è stata una precedente procedura di gara e che le condizioni economiche non sono modificate.

La Commissione osserva che una tale attribuzione diretta può condurre ad una rinegoziazione dell'offerta. Infatti, da un lato, l'appalto non consisterebbe nell'esecuzione delle prestazioni offerte in sede di gara dal sostituto bensì di quelle offerte dall'aggiudicatario originario e, dall'altra parte, conformemente al par. 2, sono le sole condizioni economiche a dover restare immutate, il che lascia supporre che le altre possono cambiare. In tal caso, ci sarebbe l'attribuzione di un nuovo appalto mediante una procedura negoziata senza previa messa in concorrenza, che potrebbe essere ammessa solo nei casi in cui la direttiva 2004/18/CE autorizza il ricorso a tale procedura (articolo 31) e che pertanto non può essere oggetto di una previsione di carattere generale.

La disposizione in questione potrebbe quindi rivelarsi incompatibile con la direttiva 2004/18/CE, nella misura in cui potrebbe consentire l'attribuzione dell'appalto, ad un concorrente diverso dall'aggiudicatario, a condizioni diverse da quelle indicate nell'offerta di tale concorrente.

Inoltre, l'articolo 140, par. 3, del Codice prevede che, in caso di fallimento ovvero di indisponibilità di tutti i partecipanti alla gara originaria, le stazioni appaltanti possono ricorrere alla procedura negoziata "ai sensi dell'articolo 57 del Codice", se l'importo del nuovo contratto supera le soglie di applicazione della direttiva 2004/18/CE. Questa disposizione sembrerebbe autorizzare un ricorso generalizzato alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara, nel rispetto delle regole di procedura previste dall'articolo 57. Non è infatti chiaro se il riferimento a tale articolo, che prevede altresì i casi in cui il ricorso alla procedura negoziata è autorizzato conformemente alla direttiva 2004/18/CE, può essere interpretato nel senso che limita l'applicazione della disposizione in questione ai soli casi contemplati dall'articolo 57.

La Commissione rileva che, nella misura in cui l'articolo 140 appare autorizzare il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, in casi diversi da quelli previsti dalla direttiva 2004/18/CE, esso potrebbe risultare in contrasto con detta direttiva.

#### Disposizioni in materia di promotore

Gli articoli da 152 a 160 del Codice stabiliscono le regole applicabili nel quadro della realizzazione di lavori con l'intervento di un "promotore".

L'articolo 152 indica le disposizioni del Codice applicabili in questo quadro oltre a quelle specifiche indicate negli articoli da 152 a 155 e precisa che questi ultimi sono applicabili, se compatibili, anche ai servizi, ma in questo caso sarà il regolamento di esecuzione ad indicarne le modalità.

Ai sensi di tali disposizioni, il promotore è un operatore che formula una proposta per la realizzazione, in regime di concessione, di lavori inseriti nel programma triennale dell'amministrazione aggiudicatrice di cui all'articolo 128 del Codice ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati da quest'ultima, e ciò indipendentemente dal valore degli interventi in questione (articolo 153, par.1). Nel caso in cui la proposta di un promotore sia considerata di pubblico interesse dall'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima indice una procedura di messa in

concorrenza in due fasi per l'affidamento della concessione avente ad oggetto la realizzazione e la gestione dell'opera oggetto della proposta del promotore (articoli 154 e 155).

#### *Scelta del promotore*

Ai sensi dell'articolo 128, par. 2, del Codice, le amministrazioni aggiudicatrici rendono pubblici il programma triennale dei lavori ed i suoi aggiornamenti mediante affissione nella sede delle amministrazioni medesime per almeno 60 giorni consecutivi ed eventualmente mediante pubblicazione sul profilo di committente della stazione appaltante.

Ai sensi dell'articolo 153, par. 3, del Codice, la presenza, negli strumenti di programmazione sopra citati, di interventi realizzabili con capitali privati deve essere resa pubblica mediante un avviso indicativo. Tale avviso indicativo è affisso presso la sede dell'amministrazione aggiudicatrice e deve figurare sui siti informatici di cui all'articolo 66, par. 7, del Codice, il quale prevede le pubblicazioni degli avvisi a livello nazionale. Una pubblicazione a livello comunitario non è obbligatoria ma è lasciata alla scelta delle amministrazioni aggiudicatrici, che hanno la facoltà di pubblicare l'avviso indicativo facendo ricorso ad altre modalità.

Invero, una pubblicità a livello comunitario è prevista unicamente dall'articolo 175 del Codice, il quale stabilisce regole specifiche in materia di promotore nel quadro della realizzazione di infrastrutture strategiche ed insediamenti produttivi (che è oggetto di una disciplina specifica prevista agli articoli da 161 a 181 del Codice).

Quanto al contenuto dell'avviso indicativo, le sole informazioni che debbono obbligatoriamente figurarvi sono i criteri utilizzati per la valutazione comparativa delle diverse proposte. La finalità di tale avviso, che non è espressamente indicata, sembra quella di sollecitare la presentazione di proposte da parte di promotori.

In effetti, l'articolo 153, par. 1, del Codice dispone che le proposte devono essere presentate entro 180 giorni dalla pubblicazione dell'avviso indicativo.

L'articolo 154 del Codice prevede i parametri utilizzati per la valutazione, anche comparativa, delle proposte presentate, a seguito della quale l'amministrazione aggiudicatrice identifica le proposte "di pubblico interesse". Nei successivi tre mesi, è indetta, per ogni proposta individuata, una gara per l'attribuzione della concessione di lavori.

#### *Scelta del concessionario*

Secondo quanto risulta dal disposto dell'articolo 155, la concessione di lavori per la realizzazione dell'opera oggetto della proposta è attribuita mediante una procedura negoziata in due fasi: 1) l'amministrazione aggiudicatrice indice una gara, ponendo a base di gara il progetto del promotore, eventualmente modificato dall'amministrazione stessa, ed i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; 2) aggiudica la concessione a seguito di una procedura negoziata fra il promotore ed i soggetti presentatori delle 2 migliori offerte nella fase 1) ovvero, in caso vi sia stato un solo partecipante, fra il promotore e quest'ultimo. La migliore offerta è scelta sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'articolo 155 non fornisce precisazioni sulla gara che apre la fase 1) e, in particolare, non indica se è preceduta dalla pubblicazione di un bando.

\*\*

La Commissione rileva che le disposizioni del Codice in materia di promotore ricalcano in gran parte la disciplina della "finanza di progetto" contenuta negli articoli 37-bis e seguenti della legge n. 109/94 (legge quadro in materia di lavori pubblici), che è stata abrogata a seguito dell'entrata in vigore del Codice.

Come noto, tali disposizioni della legge n. 109/94 hanno formato oggetto di un ricorso per inadempimento dinanzi alla Corte di giustizia delle Comunità europee, proposto dalla Commissione contro l'Italia, e la causa è tuttora pendente (causa C-412/04).

La Commissione prende atto che, a seguito delle modifiche introdotte dal decreto legislativo n. 113/2007, gli articoli 153 e 154 del Codice non prevedono più il diritto di prelazione in favore del promotore (ossia il diritto ad adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente aggiudicandosi in tal caso la concessione) che era previsto dalla precedente disciplina. Uno dei vantaggi in favore del promotore contemplati dalla disciplina contestata con il ricordato ricorso per inadempimento è stato quindi soppresso.

Tuttavia, con riserva di conoscere la valutazione della Corte di Giustizia sulle disposizioni in questione, la Commissione segnala che le disposizioni previste dal Codice non sembrerebbero eliminare tutti i problemi di compatibilità con il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni che essa aveva indicato nel ricorso per inadempimento. In particolare, il rispetto delle regole della direttiva 2004/18/CE in materia di attribuzione delle concessioni di lavori e del principio di parità di trattamento non sembrerebbe garantito dalle suddette disposizioni del Codice, in ragione dell'assenza di pubblicità a livello comunitario degli avvisi diretti a scegliere il promotore ed il concessionario nonché dalla posizione di vantaggio di cui il promotore continua a beneficiare, anche dopo la soppressione del diritto di prelazione. Nel corso della procedura di attribuzione della concessione, infatti, il promotore non è su un piede di parità con gli altri operatori potenzialmente interessati in quanto ha il vantaggio di partecipare ad una procedura negoziata (fase 2 della procedura di attribuzione) nella quale deve confrontarsi unicamente con i soggetti che hanno presentato le 2 migliori offerte nella gara precedente (fase 1), indetta sulla base della sua proposta.

La Commissione osserva altresì che il Codice rinvia alle disposizioni in materia di promotore in una serie di altre disposizioni che rendono applicabile la procedura sopra descritta in alcuni settori specifici.

Innanzitutto, come sopra indicato, le citate disposizioni in materia di promotore sono applicabili, ai sensi dell'articolo 161, par. 6, del Codice, anche nel quadro della realizzazione di infrastrutture strategiche ed insediamenti produttivi, che è oggetto di una disciplina specifica, nella misura in cui esse sono compatibili con tale disciplina.

Inoltre, ai sensi degli articoli 195 e 197 del Codice, le disposizioni in materia di promotore sono applicabili anche nel settore della difesa e ai contratti riguardanti beni culturali.

Nella misura in cui tali disposizioni che rinviano alla disciplina del promotore pongono i medesimi problemi sopra indicati, esse sono da considerare parimenti incompatibili con il diritto comunitario.

#### Realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire

Il Codice prevede un altro caso specifico in cui sembrerebbero applicabili, con qualche adattamento, le suddette disposizioni in materia di promotore: si tratta della realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire.

L'articolo 32, par. 2, lettera g), del codice, infatti, permette al titolare del permesso di costruire di presentare una proposta per la realizzazione di tali opere in qualità di "promotore". Sulla base di tale proposta, l'amministrazione che rilascia il permesso di costruire bandisce una gara per l'attribuzione dei relativi appalti di lavori. In tale gara, il "promotore" beneficia in un diritto di prelazione che gli permette di aggiudicarsi l'appalto corrispondendo all'aggiudicatario il 3% del valore dell'appalto aggiudicato.

In merito a tale disposizione, la Commissione ricorda che le regole applicabili alla realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo dei contributi dovuti per il rilascio del permesso di costruire, precedentemente previste dalla legge n. 109/94 sono state parimenti oggetto del ricorso per inadempimento sopra citato. La nuova disciplina introdotta dal Codice resta problematica. Oltre a presentare i medesimi problemi di compatibilità con il diritto comunitario sollevati dalle disposizioni del Codice in materia di promotore, infatti, la procedura particolare di cui all'articolo 32 mantiene il diritto di prelazione in favore del promotore, che peraltro può essere solo il titolare del permesso di costruire.

Inoltre, è da rilevare che l'articolo 32, par. 2, del Codice ha vocazione ad applicarsi all'attribuzione di appalti pubblici di lavori, che è soggetta a regole comunitarie ben più dettagliate di quelle applicabili all'attribuzione delle concessioni di lavori. A maggior ragione dunque, la procedura sopra descritta non sembra suscettibile di assicurare il rispetto delle regole della direttiva 2004/18/CE applicabili all'aggiudicazione degli appalti di lavori.

#### Società pubblica di progetto

L'articolo 172 del Codice prevede la possibilità che i soggetti pubblici interessati alla realizzazione di un'infrastruttura strategica costituiscano una "società di progetto" che si occupi della realizzazione ed eventualmente della gestione dell'infrastruttura e partecipi al suo finanziamento. Ai sensi del par. 2 dell'articolo 172, possono far parte della società di progetto le camere di commercio, industria e artigianato e le fondazioni bancarie.

La Commissione osserva che l'affidamento alla società di progetto di compiti relativi alla realizzazione e alla gestione di opere pubbliche potrebbe dar luogo all'attribuzione di un appalto pubblico o di una concessione di lavori ai sensi del diritto comunitario, segnatamente quando la società riceve una remunerazione per l'attività che essa svolge.

In tal caso, l'attribuzione diretta dell'appalto o della concessione alla società di progetto, senza che alcuna delle deroghe previste dalla direttiva 2004/18/CE sia applicabile, potrebbe risultare contraria a tale direttiva.

Quanto alla possibilità che detta società sia da considerare un'entità "in-house" dei soggetti che la detengono ai sensi della giurisprudenza Teckal della Corte di Giustizia (sentenza del 18.11.1999, causa C-107/98 e giurisprudenza successiva), la Commissione osserva che la suddetta disposizione non sembra prevedere alcun meccanismo suscettibile di assicurare che i due criteri indicati dalla citata giurisprudenza, e segnatamente quello del "controllo analogo", siano soddisfatti. Al contrario, la possibilità che la società sia detenuta da soggetti privati quali le fondazioni bancarie porta ad escludere l'esistenza di un controllo analogo ai sensi della predetta giurisprudenza.

#### Concessioni relative ad infrastrutture strategiche

L'articolo 174, par. 5, del Codice stabilisce che le disposizioni previste da tale articolo per le infrastrutture strategiche derogano agli articoli 56 e 57 del Codice, che stabiliscono i casi in cui il ricorso alla procedura negoziata, con o senza previa pubblicazione di un bando di gara, è consentito.

Non è chiaro se l'effetto di tale deroga sia l'impossibilità di negoziare ovvero la possibilità di negoziare in ogni caso. In effetti, gli articoli della direttiva relativi alla procedura negoziata permettono di ricorrervi solo nei casi ivi tassativamente previsti.

Qualora la deroga di cui all'articolo 174, par. 5, del Codice fosse da interpretare nel senso che essa permette al concessionario di lavori che è un'amministrazione aggiudicatrice di ricorrere alla procedura negoziata in casi non previsti dalla direttiva ovvero, più in generale, autorizza l'attribuzione di appalti di lavori senza rispettare le regole di messa in concorrenza che la direttiva 2004/18/CE impone ai concessionari di lavori, la disposizione in questione sarebbe incompatibile con detta direttiva.

#### Regole applicabili alle infrastrutture strategiche nel settore dell'energia

L'articolo 179, par. 7, del Codice dispone che "alle infrastrutture strategiche per l'approvvigionamento energetico si applicano le disposizioni di cui alla Parte III", ovvero quelle che recepiscono la direttiva 2004/17/CE.

Tale previsione sembra stabilire che detta direttiva si applica all'aggiudicazione di qualsiasi contratto pubblico avente ad oggetto la realizzazione delle citate infrastrutture, quale che sia la stazione appaltante

La Commissione ricorda che la direttiva 2004/17/CE si applica unicamente agli appalti aggiudicati dagli enti aggiudicatori di cui all'articolo 2 di tale direttiva, vale a dire coloro che esercitano una delle attività indicate negli articoli da 3 a 7 della medesima direttiva. Gli appalti aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici che non esercitano tali attività sono soggetti alle regole più rigorose della direttiva 2004/18/CE.

Ciò posto, nella misura in cui l'articolo 179, par. 7, del Codice permette di applicare la direttiva 2004/17/CE anche agli appalti aggiudicati da amministrazioni soggette al rispetto della direttiva 2004/18/CE, esso è da considerare contrario a quest'ultima direttiva.

#### **Omissioni o riferimenti incrociati erronei**

Le disposizioni del Codice di seguito indicate appaiono incomplete ovvero fanno riferimento, verosimilmente per errore, ad altre disposizioni che non sembrano pertinenti. La Commissione considera che, anche qualora tali disposizioni non diano luogo ad una violazione delle direttive appalti pubblici, esse potrebbero comprometterne l'applicazione corretta. Sarebbe pertanto auspicabile che fossero emendate al fine di assicurare la necessaria certezza giuridica.

- Articolo 3, par. 6, del Codice: la definizione di appalto pubblico utilizza il singolare (appalti aggiudicati da una stazione appaltante o ente aggiudicatore) e pertanto non sembrerebbe coprire i contratti conclusi da più amministrazioni aggiudicatrici che aggiudicano insieme lo stesso appalto, come richiesto dall'articolo 1, par. 2 della direttiva 2004/17/CE e della direttiva 2004/18/CE.

- Articolo 3, par. 8, del Codice: la definizione di "lavori" non si riferisce alla lista di attività indicate nell'allegato, alla quale rinvia l'articolo 1, par. 2, della direttiva 2004/17/CE e della direttiva 2004/18/CE. In effetti, essa indica in via generale talune attività e sembrerebbe escluderne altre che invece figurano nell'allegato I della direttiva. Il riferimento alla lista è utilizzato solo nella 3° frase per definire le opere comprese nella definizione di appalti pubblici di lavori.

- Articolo 21 del Codice: stabilisce che gli appalti misti nei quali il valore dei servizi figuranti nell'Allegato II B supera quella dei servizi figuranti nell'Allegato II A, sono aggiudicati conformemente all'articolo 20, il quale stabilisce tanto le regole applicabili ai servizi II B quanto quelle più rigorose applicabili ai servizi II A. Non è chiaro quali sono le regole applicabili agli appalti misti in questione.

- Articolo 64, par. 4, e 65, par. 5, del Codice: nel definire le informazioni da indicare nel bando di gara e nell'avviso di post-informazione, tali articoli fanno riferimento, rispettivamente, all'Allegato IX A, punto 3, e all'Allegato IX A, punto 5, del Codice. Tuttavia, i diversi avvisi previsti in tali Allegati non sono classificati per punti.

- Articolo 176, par. 6, del Codice: indica che le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori che operano come contraenti generali sono soggetti alla parte II o III del Codice ma non fa riferimento alla parte I del Codice medesimo, che prevede le disposizioni comuni (per esempio, quella che definisce gli appalti misti.)

- Articolo 225, par. 7, del Codice: recepisce l'articolo 43, par. 3, 4° comma, della direttiva 2004/17/CE rinviano all'articolo 232, par. 7, del Codice (comunicazione dei criteri e delle regole di qualificazione nel quadro di un sistema di qualificazione) mentre il riferimento corretto sarebbe al par. 9 dell'art. 232, il quale recepisce l'articolo 53, par. 7, della direttiva 2004/17/CE (elenco degli operatori qualificati stabilito nel quadro di un sistema di qualificazione).

- Articolo 232 del Codice: il par. 4 di tale articolo fa riferimento al par. 4 del medesimo articolo mentre il riferimento corretto sembra essere al par. 3 dell'art. 232 (criteri e regole di qualificazione nel quadro di un sistema di qualificazione).

- Articolo 237 del Codice: riguardo ai concorsi, il rinvio alle disposizioni del Capo III della parte III include il rinvio all'articolo 221 del codice, che stabilisce le condizioni che permettono di ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara, mentre la deroga della direttiva che consente il ricorso a tale procedura non si applica ai concorsi.

**Disposizioni non trasposte.**

Infine, la Commissione desidera segnalare che le seguenti disposizioni della direttiva 2004/17/CE non sembrano essere state recepite:

- Articolo 12, relativo alle condizioni relative agli accordi conclusi in seno all'Organizzazione mondiale del Commercio.
- Articolo 35, relativo alla comunicazione delle specifiche tecniche.
- Articolo 39, par. 2, riguardante gli obblighi relativi alla fiscalità, alla tutela dell'ambiente, alle disposizioni in materia di sicurezza e alle condizioni di lavoro, e segnatamente l'obbligo di domandare ai concorrenti di tener conto di tali disposizioni.

\*\*\*\*

Sulla base delle considerazioni che precedono e delle informazioni di cui dispone, la Commissione considera che le disposizioni sopra citate previste dal decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006 (e successive modificazioni) costituiscono una violazione della direttiva 2004/17/CE e della direttiva 2004/18/CE.

La Commissione invita il Suo governo, conformemente all'articolo 226 del trattato che istituisce la Comunità europea, a trasmetterle osservazioni su quanto precede entro due mesi dal ricevimento della presente lettera.

Dopo avere preso conoscenza di tali osservazioni, oppure in caso di omesso inoltro delle osservazioni entro il termine fissato, la Commissione si riserva il diritto di emettere, se del caso, il parere motivato previsto dal medesimo articolo.

Voglia gradire Signor Ministro, i sensi della mia alta considerazione.

Per la Commissione

Charlie McCreevy

Membro della Commissione



**CERTIFICATO CONFORME ALLA DECISIONE  
PRESA DALLA COMMISSIONE**  
Per la Segretaria generale,

**Jordi AYET PUIGARNAU**  
Direttore della cancelleria





COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE

SEGRETARIATO GENERALE

Bruxelles,

01 II 2008

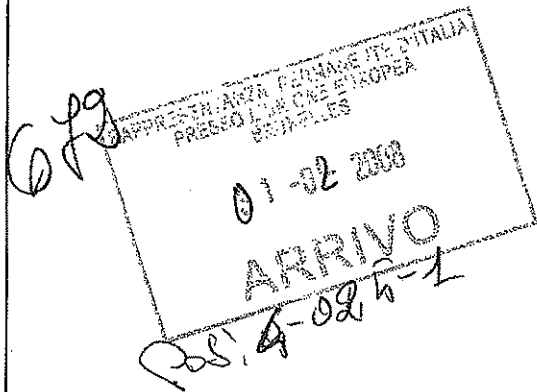
SG-Grefe(2008)D/

200409

RAPPRESENTANZA PERMANENTE  
DELL'ITALIA  
PRESSO L'UNIONE EUROPEA  
Rue du Maréteau, 5/11  
1040 - BRUXELLES

**Oggetto:** Costituzione in mora  
Infrazione n. 2007/2309

Il Segretariato generale ha il pregio di trasmettere in allegato, per cortese inoltro al Ministro degli Affari esteri, una lettera della Commissione relativa all'oggetto suindicato.



Per la Segretaria generale,

  
Karl VON KEMPIS

All.: C(2008) 0108

IT