



Presidenza del Consiglio dei Ministri
**Dipartimento della
Funzione Pubblica**

ESPERI@
ALTA FORMAZIONE SPECIALISTICA
e-LEARNING

Le norme applicabili agli appalti e alle concessioni: le Direttive UE e il Codice Appalti

Formez  **PA**

Questo materiale didattico rientra nell'ambito dei Percorsi e-Learning di alta formazione specialistica del Progetto Esperi@ - Rafforzamento della capacità istituzionale ed amministrativa delle Regioni e degli Enti Locali del Mezzogiorno mediante il reclutamento di nuove figure professionali - Linea 7 Alta Formazione.

Finanziamento: Programmazione 2007-2013

Questo materiale è distribuito con Licenza [Creative Commons Attribuzione - Condividi allo stesso modo 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/).



Autore: Sabina Armati

Creatore: Formez PA

Diritti: Dipartimento della Funzione Pubblica

Data: Agosto 2017

Le norme applicabili agli appalti e alle concessioni: le Direttive UE e il Codice Appalti

Introduzione - Ratio e principi applicabili

Per perseguire gli obiettivi di apertura dei mercati nazionali ed efficientamento della spesa pubblica sottesi alla disciplina degli appalti, i principi che devono guidare l'aggiudicazione di appalti e concessioni (Principi), derivanti dai Trattati e sviluppati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE sono:

- parità di trattamento, ossia garanzia di non discriminazione e parità di opportunità per tutti gli operatori economici (**OE**) che intendono partecipare a una procedura, attraverso la messa in concorrenza disciplinata da regole prefissate e immutabili,
- trasparenza, ossia possibilità per gli interessati di conoscere tutte le condizioni rilevanti, in modo da poter decidere in maniera informata se partecipare o meno. La trasparenza costituisce il corollario della parità di trattamento, in quanto consente a chiunque di partecipare su basi di conoscenza paritarie e di verificare il comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice (**AA**);
- proporzionalità, ossia accesso non limitato in misura eccessiva rispetto all'obiettivo legittimamente perseguito di selezionare i candidati e le offerte più appropriati, in particolare, nella definizione dei criteri di qualificazione dei candidati e di scelta dell'offerta;
- mutuo riconoscimento, ossia accettazione della validità di certificazioni (di prodotti) e qualifiche (ad esempio, professionali) ottenute in un altro Stato membro (**SM**), se volte ad accertare le medesime caratteristiche richieste per la partecipazione alla procedura.

In attuazione dei suddetti principi, le norme UE in materia di appalti (**Direttive**) prevedono:

- pubblicità a livello UE;
- divieto di specifiche tecniche potenzialmente discriminatorie;
- applicazione di criteri obiettivi, trasparenti e proporzionati, immutati durante la

procedura, per la selezione dei candidati e delle offerte.

Queste esigenze sono attuate attraverso:

- procedure e tempistiche uniformi e regole procedurali uguali per tutti, conosciute, fissate dall'inizio;
- selezione ed esclusione solo sulla base di criteri obiettivi e proporzionati;
- aggiudicazione sulla base di criteri conosciuti ed attinenti all'offerta, anche se non esclusivamente economici;
- par condicio anche per concorrenti potenziali, dunque in fase di esecuzione del contratto.

Le norme applicabili

Le norme applicabili, a livello UE, sono:

- Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (Direttiva Concessioni), che costituisce una novità assoluta ;
- Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la Direttiva 2004/18/CE (Direttiva Appalti);
- Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la Direttiva 2004/17/CE (Direttiva Settori) .

A livello nazionale, il Codice degli Appalti pubblici (Codice) di cui al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ha recepito tutte le Direttive in un unico testo .

Norme applicabili - metodo

Al fine di individuare le norme da applicare, occorre considerare il tipo di contratto che si ha davanti sotto diversi profili.

Ambito di attività: disciplina ordinaria o settori speciali (Settori)

Le norme relative ai Settori si applicano agli enti aggiudicatori (EA), che comprendono:

- AA,
- imprese pubbliche, ossia imprese su cui una o più AA eserciti un'influenza dominante,
- soggetti privati che godono di diritti speciali o esclusivi,

che siano attivi nei seguenti Settori:

- ENERGIA: messa a disposizione o gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di gas, energia termica o elettricità o alimentazione di tali reti con gas, energia termica, o elettricità.
- ACQUA: messa a disposizione o gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile o alimentazione di tali reti con acqua potabile.
- TRASPORTI:
 - messa a disposizione o gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, mediante autobus, sistemi automatici o cavo. Si considera che una rete esiste se il servizio viene fornito alle condizioni operative stabilite dalla competente autorità, quali le condizioni relative alle tratte da servire, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio;
 - sfruttamento di un'area geografica per la messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto ai vettori aerei, marittimi e fluviali.
- POSTE: prestazione di servizi postali; o di altri servizi diversi da quelli postali, a condizione che tali servizi siano prestati da un ente che fornisce anche servizi postali non prestati in regime di concorrenza.
- PROSPEZIONE ED ESTRAZIONE DI COMBUSTIBILI: sfruttamento di un'area geografica, ai fini di estrazione di petrolio o di gas o di prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi,

purché gli appalti o le concessioni in questione siano “destinati all'esercizio” di una delle

attività di cui ai Settori: ossia il contratto da aggiudicare deve essere finalizzato, o funzionale, allo svolgimento, da parte dell'EA, delle proprie attività rilevanti nei Settori.

Pertanto,

- per appalti o concessioni che sono finalizzati a tali attività nei Settori, il regime applicabile è solo quello dei Settori (si tratta di un regime più flessibile);
- per appalti o concessioni che NON sono finalizzati a tali attività:
 - se l'EA è un'AA, ossia un'amministrazione o un organismo di diritto pubblico soggetto, in ogni caso, alle norme sugli appalti, il contratto dovrà essere affidato secondo le norme ordinarie;
 - se si tratta di un'impresa pubblica, che non sia qualificabile come AA – concetto in cui devono essere ricompresi anche i soggetti cd. “*in house*” ossia controllati da una o più AA mediante un controllo analogo a quello di tipo gerarchico e privi di qualsiasi autonomia rispetto alla o alle AA controllanti, ai sensi dell'art. 5 del Codice –, il contratto potrà essere affidato secondo le normali prassi commerciali, salvo nel caso in cui si applichino norme specifiche, o laddove il contratto da affidare rientri in una delle ipotesi di cui all'art. 1 del Codice, in particolare nel caso di appalti di lavori, di genio civile di cui all' Allegato I del Codice, o di edilizia relativi a ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari e edifici destinati a funzioni pubbliche, di importo superiore ad 1 milione di euro, sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50% da AA, o di servizi collegati ai suddetti lavori, d'importo superiore alla soglia applicabile.

Natura del contratto (appalto o concessione)

La Direttiva Concessioni fornisce una **definizione di concessione di lavori e di servizi** come un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più AA o uno o più EA affidano l'esecuzione di lavori o di servizi ad uno o più OE, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Pertanto, la principale caratteristica che differenzia l'appalto dalla concessione risiede nel fatto che quest'ultima prevede il **diritto di gestire i lavori o i servizi**, ossia nel cd. “**rischio**”

operativo”, con cui si intende un rischio sul lato della domanda, ossia sull’effettivo volume della domanda del servizio offerto, o sul lato dell’offerta, ossia sugli oneri che il concessionario deve affrontare per poter effettivamente soddisfare, con la propria offerta, la domanda del servizio, o su entrambi. In mancanza di tale rischio, il contratto è riconducibile a un appalto.

L’applicazione delle norme in materia di concessioni – che sono identiche per lavori e servizi, salvo, in ambito nazionale, le diverse previsioni del Codice in materia di progettazione e qualificazione – implica un regime più flessibile nell’affidamento e nell’esecuzione del contratto, poiché tiene conto, appunto, del rischio che il concessionario si assume e, dunque della necessità di strutturare il rapporto contrattuale in modo da consentire al concessionario di poterselo assumere sulla base di presupposti ragionevoli.

Oggetto del contratto

La Direttiva Appalti definisce

- **gli appalti pubblici di lavori**
- **gli appalti pubblici di forniture**
- **gli appalti pubblici di servizi.**

Le norme applicabili ai tre tipi di appalto sono le stesse, salvo le soglie applicabili (vedi infra), alcune specifiche esclusioni, e, in ambito nazionale, le diverse previsioni del Codice in materia di progettazione e qualificazione.

I contratti misti di appalto e di concessione sono disciplinati nelle Direttive e nel Codice, in maniera differente, a seconda che si tratti di oggetti diversi, ma tutti soggetti ad un determinato regime (appalti ordinari, Settori, o concessioni), oppure di contratti soggetti a regimi diversi. In particolare:

- per i contratti con prestazioni che hanno oggetto diverso (lavori, servizi o forniture) ma tutte sottoposte allo stesso regime giuridico, si applicano le disposizioni relative al tipo di appalto che caratterizza **l’oggetto principale del contratto**, sulla base di una valutazione della finalità che l’AA persegue. Nel caso in cui le prestazioni diverse

siano costituite da servizi e forniture, oppure da servizi ordinari e servizi sottoposti allo speciale regime alleggerito di cui titolo III, capo I della Nuova Direttiva Appalti (Allegato IX del Codice), l'oggetto principale è determinato in base al **valore stimato più elevato** tra quelli dei rispettivi servizi o forniture;

- per i contratti che contemplano prestazioni diverse, sottoposte a differenti regimi giuridici (ad esempio, appalto e concessione, appalto ordinario e appalto nei Settori, oppure appalto e contratto non riconducibile ad alcuna delle Direttive), le AA/EA possono scegliere di aggiudicare appalti distinti per le parti distinte o di aggiudicare un appalto unico:
 - se scelgono di aggiudicare appalti distinti per le parti distinte, ognuna delle parti è aggiudicata secondo le norme ad essa applicabili,
 - se scelgono di aggiudicare un appalto unico, si applica sempre la norma più restrittiva, dunque, ad esempio, se si tratta di un appalto e di una concessione, si applicano le norme in materia di appalti, purché l'appalto coinvolto abbia un importo superiore alle soglie di rilevanza; se si tratta di un appalto, o di una concessione e di un altro contratto non soggetto alle Direttive, si applicano le norme delle Direttive (e del Codice); se si tratta di un appalto ordinario e uno nei Settori, si applicano le norme ordinarie,
 - tuttavia, se le diverse parti di un contratto sono oggettivamente non separabili, il regime giuridico applicabile è determinato in base all'oggetto principale del contratto in questione.

L'OE che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti da NCA per ciascuna prestazione di lavori, servizi e forniture prevista dal contratto.

Valore del contratto e soglie di rilevanza (Soglie)

L'obiettivo di apertura dei mercati nazionali è rilevante solo laddove vi sia, anche potenzialmente, un interesse, da parte di OE transfrontalieri, ossia provenienti da un altro SM, a partecipare. In quest'ottica, le Soglie rappresentano una presunzione di interesse transfrontaliero. Le Direttive e i Principi si applicano solo ai contratti d'importo superiore alle

Soglie. Le Soglie sono aggiornate ogni due anni. Quelle applicabili, attualmente, sono [cfr. **art. 35 Codice, art. 4 Direttiva Appalti, art. 8 Direttiva Concessioni, art. 15 Direttiva Settori**]:

- €5.225.000 per gli appalti di lavori e le concessioni,
- €135.000 per gli appalti di forniture e di servizi (e concorsi) aggiudicati dalle AA centrali,
- €209.000 per gli appalti di forniture e di servizi (e concorsi) aggiudicati da AA sub-centrali,
- €750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici soggetti al regime alleggerito,
- €418.000 per gli appalti di forniture e di servizi, nonché per i concorsi di progettazione nei Settori,
- €1 milione per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici soggetti al regime alleggerito nei Settori.

Il calcolo dell'importo del contratto è basato sull'importo massimo stimato totale, al netto dell'IVA, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto, esplicitamente stabiliti nei documenti di gara, nonché, se del caso, premi o pagamenti. Sono inoltre previste modalità specifiche di calcolo per determinati tipi di contratto (ad esempio, assicurazioni).

Ove il contratto sia diviso in lotti, l'importo da considerare per il raggiungimento delle soglie è il valore complessivo stimato di tutti i lotti, salvo per quelli d'importo inferiore a €80.000 (servizi e forniture) o inferiore a €1 milione (lavori), che non superino il 20% di tutti i lotti.

I contratti d'importo inferiore alle soglie possono essere soggetti all'applicazione dei Principi – non delle Direttive –, laddove vi sia un interesse transfrontaliero certo. La Corte UE ha indicato criteri oggettivi atti a indicare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, ad esempio l'importo di una certa consistenza, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, nelle caratteristiche tecniche dell'appalto e nelle caratteristiche specifiche dei prodotti in causa. A tal riguardo, si può altresì tenere conto dell'esistenza di denunce presentate da operatori ubicati in altri SM, purché sia accertato che queste ultime sono reali

e non fittizie. Tuttavia, la Corte UE ha, altresì, precisato che l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo non può essere ricavata in via ipotetica da taluni elementi che, considerati in astratto, potrebbero costituire indizi in tal senso, ma deve risultare in modo chiaro da una valutazione concreta delle circostanze dell'appalto in questione. Ad esempio, occorre tener conto, che i potenziali offerenti provenienti da altri SM sono soggetti a vincoli ed oneri supplementari connessi, in particolare, all'obbligo di adeguarsi al quadro giuridico ed amministrativo dello SM di esecuzione nonché ad esigenze linguistiche (sentenza Tecnoedi Costruzioni Srl, C-318/15).

Ciò posto, in ambito nazionale, i contratti sotto soglia sono disciplinati dal Codice, all'art. 36, che prevede, per i contratti:

- d'importo inferiore a €40.000: affidamento diretto,
- d'importo pari, o superiore, a €40.000 e inferiore a €150.000 per lavori, o alle soglie per le forniture e i servizi: procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 5 OE individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi, nel rispetto di un criterio di rotazione,
- lavori di importo pari, o superiore, a €150.000 e inferiore a €1 milione: procedura negoziata, previa consultazione di almeno 10 OE, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi, nel rispetto del criterio di rotazione,
- lavori di importo pari, o superiore, a €1 milione: procedure ordinarie.