

Osservatorio
di diritto comunitario e nazionale
sugli **appalti pubblici**

IGI

Gian Antonio Benacchio - Michele Cozzio - Federico Titomanlio

I CONTRATTI PUBBLICI NELLA GIURISPRUDENZA DELL'UNIONE EUROPEA

Raccolta dei principali *arrêts* della Corte di giustizia

tomo 1

introduzione di Vittorio Italia



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

GIAN ANTONIO BENACCHIO - MICHELE COZZIO - FEDERICO TITOMANLIO

I CONTRATTI PUBBLICI NELLA GIURISPRUDENZA DELL'UNIONE EUROPEA

RACCOLTA DEI PRINCIPALI *ARRÊTS*
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

tomo 1



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

Osservatorio
*di diritto comunitario e nazionale
sugli appalti pubblici*

IGI

introduzione di:
VITTORIO ITALIA

con contributi di:
MARIA CRISTINA COLOMBO, MICHELE COZZIO, GIANNI MARCO DI PAOLO, CLAUDIO GUCCIONE, PIERDANILO MELANDRO, PAOLO MICHIARA, PAOLO PATRITO, ALESSANDRO VETRANO

Segreteria di Redazione

osservatorioappalti@unitn.it

Progetto grafico a cura di Pio Nainer Design Group

ISBN 978-88-8443-662-7

1^a edizione, febbraio 2016

Volume in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio ad accesso aperto e anagrafe della ricerca IRIS - <https://iris.unitn.it>

Edizione cartacea disponibile al costo di euro 20 contattando servizioclienti@scalalibri.com

L'elaborazione dei testi, anche se curata con attenzione, non può comportare responsabilità per involontari errori o inesattezze.



Quest'opera è distribuita con Licenza

[Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

© 2016 - Università degli Studi di Trento

Via Calepina 14

Cap 38122, Trento (TN) - IT

www.unitn.it

SOMMARIO

PREFAZIONE

INTRODUZIONE

INDICE DEGLI ARGOMENTI E DELLE DECISIONI

INDICE CRONOLOGICO DELLE DECISIONI

INDICE ANALITICO-ALFABETICO

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

- 1. AFFIDAMENTI *IN-HOUSE***
- 2. PROCEDURE NEGOZiate**
- 3. QUALIFICAZIONE**
- 4. REQUISITI GENERALI, SOCCORSO ISTRUTTORIO E DGUE**
- 5. SERVIZI DI ARCHITETTURA E INGEGNERIA, ATTIVITÀ DI PROGETTAZIONE**
- 6. VARIAZIONI PROGETTUALI E ALTRE MODIFICHE CONTRATTUALI**
- 7. MASSIMO RIBASSO, OFFERTA ANOMALA**
- 8. AVVALIMENTO**
- 9. SUBAPPALTO**
- 10. CONCESSIONI**

AVVERTENZE PER LA CONSULTAZIONE

NOTIZIE SUGLI AUTORI

PREFAZIONE

Il volume segnala all'attenzione di studiosi e operatori una selezione di decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea nel settore dei contratti pubblici particolarmente significative per la determinazione di principi e regole, che impongono la rilettura e l'interpretazione delle norme interne non più esclusivamente in chiave nazionale ma in chiave europea.

Abbiamo scelto quale prospettiva di analisi quella giurisprudenziale, in special modo europea, perché più di altre permette di cogliere con immediatezza il dinamismo del diritto vivente e l'instabilità degli ordinamenti positivi.

Se è proprio delle rivoluzioni culturali spianare la via e rimuovere gli impedimenti al manifestarsi di qualcosa di nuovo, non possiamo non riconoscere al formante giurisprudenziale, in primis comunitario, la capacità di creazione e innovazione delle regole e, assumendo una prospettiva più ampia, il ruolo di detonatore del processo di trasformazione del sistema delle fonti giuridiche al quale stiamo assistendo in molti ordinamenti.

Non si tratta soltanto di riconoscere la funzione supplente della giurisprudenza nei confronti del legislatore. Non si farebbe riferimento al termine rivoluzione solo per indicare che se il legislatore tace è la giurisprudenza che determina ascisse e ordinate del percorso giuridico che il legislatore sarà indotto a seguire.

Piuttosto va riconosciuta alla vitalità dell'interpretazione giudiziale una forza che impatta e trasforma non solo le regole di condotta ma, più in generale, l'assetto del sistema delle fonti. Autorevoli studiosi [P. GROSSI, N. LIPARI, F. PALAZZO, M. NIGRO] sottolineano le conseguenze di questa trasformazione: le fonti si moltiplicano, si de-tipicizzano, risulta difficile la loro classificazione secondo schemi categoriali tradizionali, non trova facili punti fermi la scansione gerarchica.

Il portato dell'azione riformatrice, avviata dalla giurisprudenza, rivaluta la centralità dell'uomo di legge, non più soltanto 'giurista recettore' ma anche 'giurista tessitore'. Se fino a ieri l'interpretazione era concepita come appendice esterna, quasi estranea alla formazione della norma, ora ne diviene non solo un momento interno, ma forse il più rilevante.

L'analisi non si conclude con il riconoscimento del ruolo propulsivo svolto dal formante giurisprudenziale: nella breccia, ormai aperta, troviamo altri protagonisti del crescente pluralismo delle fonti.

Esemplare è l'attribuzione da parte del legislatore nazionale di competenze generali alle cosiddette Autorità indipendenti [G. MORBIDELLI], come si può rilevare anche nella legge delega 28 gennaio 2016 n. 11 per il recepimento delle Direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sugli appalti pubblici e le concessioni. Nel testo sono previste "linee guida di carattere generale" che verranno proposte dall'Autorità Nazionale Anticorruzione e approvate con decreto dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. Sempre all'Autorità Anticorruzione spetterà adottare "altri strumenti di regolamentazione flessibile", qualificati come "atti di indirizzo ... anche dotati di efficacia vincolante".

Queste linee guida e strumenti di regolamentazione flessibile costituiscono un segno degli attuali cambiamenti che interessano il sistema delle fonti, i soggetti di produzione e le forme di cognizione. In tal senso rappresentano regole nuove, per il significato, le materie alle quali si riferiscono, la loro forma [V. ITALIA].

Il fenomeno descritto non è limitato all'ordinamento italiano ma ricorre con intensità variabile un po' in tutti gli Stati membri e in un numero crescente di settori. È significativo, ad esempio, che il Consiglio di Stato francese abbia individuato già nel 2013 quale tema di studio "le droit souple", con l'obiettivo di "prendre la pleine mesure d'un phénomène dont l'importance ne peut plus être ignorée, et de doter les pouvoirs publics d'une doctrine de recours et d'emploi du droit souple" [J. RICHARD].

È una tendenza che possiamo riscontrare anche a livello europeo e che porta a privilegiare una spontanea evoluzione delle regolamentazioni nazionali attraverso la definizione di standard comuni, accordi su base volontaria (codici di autoregolamentazione o buone pratiche), raccomandazioni ed altri strumenti di soft law.

Le ricadute di questo processo riformatore sono particolarmente evidenti nel settore dei contratti pubblici, ambito privilegiato per il trapianto e l'applicazione delle regole europee e, più in generale, per la definizione dei principi che presidono i rapporti fra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali.

Nell'arco di oltre quarant'anni l'azione europea, spesso anticipata dal canale giudiziale della Corte, ha inciso sulla definizione dei principi che presidono la selezione dei contraenti, l'articolazione delle procedure di aggiudicazione, le garanzie circa l'effettività delle tutele. In questo senso i giudici di Lussemburgo hanno impresso una spinta inarrestabile non solo al rinnovamento delle regole ma anche al mutamento del loro processo di produzione e, da ultimo, al sistema delle fonti.

Alla base del continuo divenire giuridico delle regole in tema di contratti pubblici vi è, dunque, l'attività interpretativa.

Parafrasando il pensiero del filosofo Zygmunt BAUMAN ne deriva l'idea di una giurisprudenza "liquida", da intendere come fattore che determina una condizione di instabilità e continuo divenire giuridico che smussa, modifica, orienta l'azione dei legislatori, degli operatori e degli stessi giudici nazionali.

Di qui l'importanza di cogliere repentinamente i cambiamenti di direzione e le traiettorie giuridiche di riferimento che emergono attraverso la conoscenza della giurisprudenza della Corte di giustizia.

All'interno del volume, primo di una serie con la quale i curatori vogliono porre le basi per la comprensione e il monitoraggio sistematico della giurisprudenza comunitaria in questa materia, il lettore troverà per ognuno dei dieci temi analizzati tutte le decisioni della Corte di giustizia.

La consultazione è facilitata da titoli che evidenziano il contenuto delle sentenze e da "neretti" redatti secondo parole chiave tipiche del linguaggio giuridico e pratico dei contratti pubblici.

Viene poi riportato il testo del dispositivo corredato da note descrittive del principio di diritto e da indicazioni bibliografiche dove reperire i commenti più significativi.

Nella versione digitale il volume permette la consultazione on-line del testo integrale delle decisioni attingendo alla banca dati dell'Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici [www.osservatorioappalti.unitn.it] realizzata presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento. Una serie di link interni permette inoltre di consultare facilmente l'indice delle decisioni, l'indice analitico-alfabetico e le altre parti del volume.

Un doveroso ringraziamento va tributato agli autori delle singole voci per la loro generosa disponibilità, infinita pazienza e preziosissima collaborazione. Gli sforzi prodigati hanno permesso la realizzazione di questo primo volume che siamo certi incontrerà l'apprezzamento degli operatori e di quanti cercano nel settore dei contratti pubblici spunti di riflessione giuridica.

Gian Antonio Benacchio - Michele Cozzio - Federico Titomanlio

INTRODUZIONE

Vittorio Italia

I principi della giurisprudenza ed i principi del legislatore

1. Premessa

Questa prima raccolta delle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di contratti pubblici è di particolare importanza, per due ragioni.

Innanzitutto essa individua i punti più rilevanti di questa complessa tematica.

In secondo luogo, perché fa vedere in controluce il metodo e l'attività della giurisprudenza nell'individuazione dei principi, alla quale segue poi l'attività del legislatore nella loro formulazione normativa.

Si tratta di attività diverse, entrambe difficili, che costituiscono la premessa per l'interpretazione e l'applicazione di questi determinanti punti normativi.

In questa Introduzione non saranno considerati tutti i problemi che tali attività sollevano, ma si fermerà l'attenzione su quelli che sono legati agli Appalti pubblici, e specialmente a quelli relativi ai "principi" nella legge di delega per il Codice degli appalti pubblici, in rapporto ai "principi" contenuti nelle "Direttive", ed ai "principi comunitari".

2. I principi indicati dalla giurisprudenza

Iniziamo con un interrogativo di fondo.

Quali sono il metodo e l'attività interpretativa mediante i quali la giurisprudenza individua, indica e talora "costruisce" le linee di costante fattispecie normative, che possono poi essere raccolte in principi?

Il metodo non è nuovo, e se ne trovano delle tracce nel Digesto, dove sono state raccolte, da molte sentenze, quelle che contenevano il nucleo, le regole, "regulae iuris".



Il termine "regula" (da regere), con il significato di squadra, di misura, è stato approfondito nel Digesto. Nel diritto romano non vi era il concetto di "principio", ma quello di "regola", e nel noto passo di Paolo si afferma che la "regola" non soltanto "breviter enarrat", ma è quasi "causae cojectio".

Tale impostazione consentiva l'affermazione che "non ex regulis ius, sed ex iure, quod est, regula fiat". Su questi punti - al fine di svolgere un approfondimento sui "principi" indicati dalla giurisprudenza e quelli formulati dal legislatore nelle Direttive e nei "principi comunitari", è utile rammentare le opinioni di due grandi giuristi, scritte parecchi anni dopo la pubblicazione del Digesto, e cioè le opinioni di ACCURSIO (nel 1250 circa, nella "Glossa" di commento al Digesto) e del CUJACIO (sulle Sue lezioni tenute a Tolosa nel 1500). Accursio nella Sua glossa (riportata nel Digesto, Libro L, Titolo XVI, n. 1. edizione di Lione, 1575 vol. III, pag. 1690) ha svolto attente considerazioni sul passo di Paolo, ma ha

seguito le categorie logiche del suo tempo, collocando sullo stesso piano la specialità e l'eccezione. L'inciso: "quasi coniectio causae" è stato interpretato come "quasi coniunctio causae". Anche il Cujacio ha svolto delle considerazioni degne di attenzione (si veda il volume VIII della Sua opera (in XI Tomos distribuita), stampata a Modena nel 1780, p. 622) ma ha interpretato il termine "conjectio" nel senso di "coactio" .

A mio avviso - dialogando in questa sede con questi grandi giuristi del passato - il termine "conjectio" deriva da "conjectare", "conjectando rem" (congetturare su una cosa), ed anche nel senso di ricapitolare, riconsiderare, proprio in relazione al termine causa.

La regola, quindi, aveva un significato ampio, era legata alla "ratio", ma si è dovuto attendere ai primi del 1800 prima che il termine "principio" fosse inserito nella legislazione.

Non si è trattato di un'impresa facile, e la raccolta della giurisprudenza più significativa, composta da "numerosi volumi", era stata qualificata da Giustiniano come una "disperata opera".



Cfr. il Proemio di Giustiniano alle "Istituzioni". Si noti poi, per segnalare l'uso promiscuo del termine "principi", che l'espressione del Proemio: "prima legum cunabula", cioè "prime cognizioni nella culla", è stato (erroneamente) tradotto da DE MARINIS, Le Istituzioni del diritto civile dell'Imperator Giustiniano, Napoli 1793, p. 5, in "i primi principi delle leggi".

Le difficoltà di individuare, in una controversia e nella redazione della sentenza, la regola, o quei nuclei di regole che costruiscono la base, il pilastro della decisione, possono essere superate seguendo un particolare metodo, che si ritrova anche in altre discipline, e che può essere così indicato:

- a) Questo metodo è costituito dalla sintesi, dalla concentrazione di più regole in una o più regole generali, che riassumono le prime.
- b) Sono quindi riassunte e concentrate le parti essenziali di un elemento, o - nel campo giuridico - di una o più regole.



Ciò si riscontra in altre discipline, che seguono lo stesso metodo, anche se esso si deve adattare alle situazioni particolari. Ad esempio, nella chimica e nella fisica vi sono determinate sostanze che attraverso il calore, l'evaporazione, ecc., lasciano soltanto la parte essenziale. Si pensi alla sintesi che è stata effettuata nel 1800 dal chimico Liebig sulla carne. Questo esempio potrà far sorridere, ma il metodo che è stato utilizzato da questo chimico ha seguito un percorso intellettuale simile a quello utilizzato dalla giurisprudenza nell'individuazione di un principio.

c) Vi possono essere varie fattispecie, anche con alcune diversità non essenziali, che sono poi raccolte e sintetizzate in una regola unitaria. Si pensi ad esempio alla responsabilità extracontrattuale o aquiliana (considerata “principio”) che nasce nella giurisprudenza e nelle opinioni della dottrina in riferimento a fattispecie diverse, ma dove vi è l’elemento unificante della “responsabilità” e la necessità che la persona indagata risponda (responsabilità da *respondeo*) e si giustifichi.

d) Vi deve essere anche, in queste fattispecie o regole, l’elemento di una finalità comune, o simile. Tali finalità esprimono quella volontà costante, richiamata nel Digesto e ripresa nel secolo scorso dal PEKELIS, che vedeva in ciò un solido principio.

e) Questa regola così individuata, che sarà poi la base di successive e dipendenti regole è stata chiamata “principio” (“*primum est primum a quo aliud sequitur*”).

f) Questa attività di sintesi e di concentrazione giurisprudenziale è oggi molto più comune di quanto si può ritenere. Si pensi ad es., alle “massime giurisprudenziali” rispetto alla sentenza, che costituiscono una sintesi, il nucleo del dispositivo e della motivazione, e tale attività nella dottrina tedesca, è stata qualificata come “elaborazione” (*Bearbeitung*).

g) Questa indicazione da parte della giurisprudenza è un’attività complessa che non si risolve in una formulazione induttiva o deduttiva.

Queste due categorie non esauriscono il problema, perché l’attività di sintesi e di concentrazione può comportare elementi nuovi come dalle singole tessere di un mosaico si ha, nel disegno complessivo, qualcosa di nuovo rispetto alle singole tessere.

Questa attività non consiste (o non dovrebbe consistere) in una creazione *ex nihilo*, perché vi deve essere una “materia” sulla quale si può operare, come una matassa di lana o di cotone che può essere filata, e questi fili possono poi essere tessuti nelle linee dell’“ordito” e della “trama”. Ma si tratta sempre di un’attività che ha molti elementi creativi, perché si stabiliscono innanzitutto i punti base, i fili dell’ “ordito”, che sono quelli più forti, sui quali si appoggia la “trama”.

3. I principi formulati dal legislatore

Dopo che la giurisprudenza ha provveduto a questa prima attività di “indicazione” di principi, e la materia ha così avuto una prima maturazione, allora interviene il legislatore, che svolge una successiva attività di sintesi e formula, sempre in termini concisi, queste regole basilari, che hanno oggi il nome di principio.

Questo procedimento si è svolto in passato con regole di principio stabilite nelle *Istituzioni* (ad esempio nel LI libro I, con le definizioni del diritto e della giustizia) e nel Digesto (si veda in particolare, il Libro L, nel Titolo “*De regulis iuris*”), e poi in prosieguo di tempo con la formulazione di principi, che erano però soltanto indicati, a cominciare dai “*principi del diritto naturale*” del Codice civile austriaco del 1811 (articolo 7 “Qualora un caso non si possa decidere né secondo le parole, né secondo il senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decisi ed ai motivi di altre leggi analoghe. Rimanendo nondimeno dubbioso il caso, dovrà decidersi secondo i *principi del diritto naturale*, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate”), ai quali hanno poi fatto seguito, con formule diverse, i “*principi di diritto*”, i “*principi generali “di” diritto*”, i “*principi generali “del” diritto*” (ad es.

Codice civile del Regno d'Italia, articolo 3 delle Disposizioni preliminari del 1865), ed “*i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*” (art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale che precedono il Codice civile del 1942, ancora vigente).

Questi “*principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*”, nonostante le difficoltà di una loro determinazione (si rammenta il Convegno di Pisa del 1942, che aveva come titolo: “Per la determinazione dei principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”, con le relazioni di CRISAFULLI, CARNELUTTI, MORTATI, che ancora oggi possono essere oggetto di riflessioni e di stimoli critici), sono stati molto utilizzati, sia come canoni interpretativi di tutte le leggi, sia come mezzo per colmare le lacune. Essi avevano le caratteristiche di essere derivati, desunti da norme e leggi che si trovavano su un piano normativo equordinato, e di basarsi sul rapporto logico della generalità e della specialità, e quindi sul rapporto generale/ speciale, con i problemi della deroga e delle leggi speciali che potevano derogare alla legge generale, il che significava che si doveva applicare la legge speciale, e non la regola o la legge generale.

4. Problemi di classificazione e concetto unitario del principio

I principi stabiliti dal legislatore hanno fatto sorgere dei problemi, per due ragioni.

La prima, che sempre più spesso il legislatore nazionale ha stabilito e determinato “direttamente” i principi, per regolare i rapporti con altre norme regionali o locali. Ciò è avvenuto, ad esempio, con la determinazione dei “*principi fondamentali*” (art. 117 della Costituzione, nella versione del 1948, e nella versione del 2001) come limite alle leggi regionali, e con la determinazione dei “*principi fissati*” (artt. 6 e 7 del Testo unico degli Enti locali di cui al d.lgs. 267/ 2000), come limiti agli statuti ed ai regolamenti degli Enti locali.

Quindi non più “principi generali”, derivati o desunti da una o più norme ad opera dell'interprete, ma principi stabiliti, determinati, imposti, fissati ad opera del legislatore, e questi principi possono non avere la caratteristica delle generalità, e possono anche riguardare un determinato settore particolare, o speciale.

La seconda e più determinante ragione è che vi è ora una gerarchia di norme, leggi e principi, e tutto l'attuale sistema normativo è attualmente – il paragone è ovviamente indicativo – come una grande e lunga scalinata di norme, leggi e principi, che va – partendo dal basso - dalle norme di un semplice regolamento comunale, sino alle norme statutarie, a quelle legislative (regionali e statali), alle norme costituzionali, e poi più su, sino alle Direttive comunitarie, ai Trattati ed ai principi comunitari.

Questa regola della gerarchia normativa (contrariamente a quanto avveniva al tempo dello Statuto albertino, che era considerato legge ordinaria) si ritrova nell'attuale Costituzione rispetto alle leggi ordinarie, ed ha coinvolto anche i principi, che non sono più soltanto quelli generali, ma sono ora essenzialmente quelli comunitari, che sono al vertice della gerarchia normativa, e che hanno la caratteristica di essere espressi in modo sintetico (a volte con una o due parole, ad esempio: principio di *precauzione*, principio del *giusto processo*) e sono poi sviluppati, in principi più “diluiti” e meno concisi, nelle Direttive, e sono ora inseriti, con ulteriori adattamenti, nelle leggi nazionali di recepimento.

Nel vigente sistema normativo si riscontrano due diverse categorie di principi:

(a) I “*principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*” richiamati dall'articolo 12 delle Disposizioni sulla legge in generale che precedono il Codice civile, e che l'interprete desume da una o più norme;

(b) I “*principi stabiliti dal legislatore*”, specie quello comunitario, che seguono le regole della gerarchia, e che sono ora inseriti nei principi comunitari, e nelle Direttive comunitarie.

Si tratta di categorie diverse di principi, e sarebbe un errore logico applicare ai principi stabiliti dal legislatore (che seguono le regole della gerarchia) i criteri di individuazione, interpretazione, ed applicazione dei “principi generali”, sia quelli qualificati come “principi generali” attinenti ad un determinato settore, sia quelli definiti come “generali dell’ordinamento giuridico dello Stato”.

Vi sono quindi delle categorie di principi che non sono fungibili, e non sono quindi concetti o istituti interscambiabili.

Ciò è confermato dalla legge di delega per il Codice degli appalti pubblico, che è attuazione delle Direttive e dei principi comunitari.

I principi stabiliti dal legislatore, che seguono la regola della gerarchia e non soltanto quella della generalità e della specialità, hanno una struttura logica diversa, ed è quindi possibile che essi siano inseriti, fissati, “intarsiati” nelle altre norme e leggi, ivi comprese le Direttive, e – per conseguenza gerarchica – anche nelle leggi nazionali che recepiscono sia tali Direttive sia – necessariamente - anche i principi comunitari.

La presenza di categorie di principi non deve far dimenticare che vi è un concetto unitario di principio. Ciò non dipende dal significato etimologico di “inizio”.



Il significato letterale di “principio” è quello di una regola iniziale, importante, basilare, alla quale seguono, come corollari, altre regole dipendenti. Con questo significato è stato utilizzato nelle altre scienze, ad es. nella fisica, con il principio di Archimede, il principio di Pascal, ecc.

Oltre a ciò, il termine “principio” è spesso utilizzato per indicare alcuni punti rilevanti delle motivazioni delle sentenze, specie della Corte costituzionale, e delle “supreme magistrature” (ordinaria ed amministrativa)

Ma esso dipende dalla sua “composizione” (che è quella di costituire una regola riassuntiva, concentrata), dai rapporti con le altre regole (che seguono quanto stabilito da questo principio, da questa regola iniziale), e dalle finalità, che possono essere, di volta in volta, di limite, di sviluppo programmatico, e di completamento delle eventuali lacune delle norme collegate o dipendenti dal principio.

Il principio può essere specificato in categorie, ciascuna con una propria finalità, ma la base ed il concetto di principio sono qualcosa di unitario, ed è a questa struttura unitaria che si deve fare riferimento quando vi sono problemi di interpretazione e di applicazione.

Le considerazioni svolte possono essere raccordate all’interpretazione ed applicazione della legge di delega attuativa delle Direttive e dei principi comunitari, che sono inserite nell’attuale gerarchia di norme, leggi e di principi.

5. Problemi sull’interpretazione della legge di delega, attuativa delle Direttive e dei principi comunitari

Poiché vi è questa gerarchia di norme, di leggi e di principi, la legge ordinaria che contiene la

delega per il Codice degli appalti, e che è attuativa delle Direttive e dei principi comunitari, deve essere interpretata secondo criteri ermeneutici che non si esauriscono in quelli indicati nell'articolo 12, comma 1 e 2, delle Disposizioni sulla legge in generale e che hanno aspetti nuovi.

Infatti, tale legge deve essere considerata “alla luce” di queste norme, leggi e specialmente dei “principi” gerarchicamente superiori, contenuti nelle Direttive, e più ancora – anche se possono apparire più lontani e sono più “sintetici” – nei principi comunitari.

Questi principi assolvono ad una funzione che potrebbe apparire simile a quella dei tradizionali principi generali dell' ordinamento giuridico dello Stato.

Ma non è così.

Infatti, in questo caso vi è una posizione gerarchica, verticale, ed una forza giuridica gerarchica che va dall'alto verso il basso, con la conseguenza che le norme che sono collocate in posizione gerarchica inferiore sono condizionate, sia per l' interpretazione estensiva e restrittiva, sia per le eventuali lacune che possono esser colmate, non solo dai principi contenuti nelle Direttive ma anche – nonostante la loro formulazione concisa - dagli stessi “principi comunitari”.

Vi è quindi una particolare funzione che viene svolta da questi “principi”, che hanno una forza espansiva maggiore di quella che vi era nei tradizionali principi generali, anche quelli che si riteneva fossero “principi dell' ordinamento giuridico dello Stato”.

Il vincolo della gerarchia si esprime in un forte vincolo interpretativo e questo vincolo condiziona la posizione della giurisprudenza, che dopo che il legislatore ha formulato e fissato questi principi, potrebbe non avere più – come avveniva per i tradizionali principi generali – una funzione “creatrice”, e la sua funzione potrebbe essere limitata alla “verifica della presenza di questi principi”, data l'attuale struttura normativa gerarchica.

6. Problemi di applicazione

L'applicazione dei principi avviene secondo regole che sono diverse da quelle tradizionali dell'applicazione della legge, che si sovrapponeva ad una fattispecie e consentiva di risolvere il caso concreto.

Oggi, con il pluralismo e la gerarchia delle norme, è possibile l' “*applicazione congiunta*” del principio assieme ad altra norma collegata o dipendente dal principio, e quello che viene applicato è perciò un parametro normativo, costituito dal principio unito a quest'altra norma. Vi è quindi, in questo caso, un bilanciamento tra le norme, le leggi ed i principi.

Vi è perciò una forma nuova di applicazione dei principi, specie quelli comunitari (o anche quelli derivati dalle Direttive), e ciò avviene attraverso l'istituto (impreciso e non ancora bene definito dal punto di vista normativo) della disapplicazione.

Il giudice (e talora anche l'amministratore) disapplica la norma che avrebbe dovuto essere applicata perché essa è in contrasto con un principio superiore, ed applica al suo posto il principio. È peraltro evidente che in questo modo l'applicazione del principio comporta, per essere adattato al caso concreto, una sua integrazione interpretativa e quindi una modificazione.

Si tratta comunque di un'applicazione diretta di un principio, che dopo un lungo *iter* (dall'individuazione da parte della giurisprudenza, alla formulazione da parte del legislatore), è applicato ma con integrazioni ed adattamenti, come se esso fosse una sostanza malleabile.

Ciò potrebbe apparire in contraddizione con la stessa nozione di principio, che dovrebbe stabilire qualcosa di solido, di forte, di duraturo. Ma questa applicazione è il risultato necessitato dell'attuale pluralismo, della gerarchia normativa, e specialmente dell'attuale momento di tran-

sizione da sistemi normativi nazionali ad un sistema normativo e giurisdizionale più ampio.

7. Conclusioni

La gerarchia delle norme, delle leggi e dei principi costituisce un importante elemento, quasi un visitatore inaspettato, che interviene nei rapporti tra queste regole normative, e che cambia molti teoremi e stabilisce soluzioni nuove.

Vi è quindi una nuova scacchiera normativa, si direbbe tridimensionale, sulla quale si possono delineare i nuovi problemi sollevati dalle Direttive e dalla legge di delega per il Codice degli appalti pubblici. È perciò su questa scacchiera - di cui ho tracciato soltanto alcune prime linee - che potranno trovare soluzione i problemi considerati dagli altri Studiosi che hanno dato il loro valido contributo al presente volume.

INDICE DEGLI ARGOMENTI E DELLE DECISIONI

1. AFFIDAMENTI IN-HOUSE - Michele Cozzio

CGCE	10 novembre 1998	C-360/96	<i>Gemeent Arnhem</i>	§ 1.01	pag. 3
CGCE	9 settembre 1999	C-108/98	<i>RLSAN</i>	§ 1.02	4
CGCE	18 novembre 1999	C-107/98	<i>Teckal Srl</i>	§ 1.03	5
CGCE	7 dicembre 2000	C-324/98	<i>Telaustria</i>	§ 1.04	6
CGCE	7 dicembre 2000	C-94/99	<i>ARGE</i>	§ 1.05	7
CGCE	11 gennaio 2005	C-26/03	<i>Stadt Halle</i>	§ 1.06	8
CGCE	21 luglio 2005	C-231/03	<i>CONAME</i>	§ 1.07	9
CGCE	13 ottobre 2005	C-458/03	<i>Parking Brixen</i>	§ 1.08	10
CGCE	10 novembre 2005	C-29/04	<i>Modling</i>	§ 1.09	12
CGCE	6 aprile 2006	C-410/04	<i>ANAV</i>	§ 1.10	13
CGCE	11 maggio 2006	C-340/04	<i>Carbotermo</i>	§ 1.11	14
CGCE	19 aprile 2007	C-295/05	<i>ASEMFO</i>	§ 1.12	15
CGCE	8 aprile 2008	C-337/05	<i>Commissione</i>	§ 1.13	16
CGCE	10 aprile 2008	C-323/07	<i>Termoraggi</i>	§ 1.14	17
CGCE	17 luglio 2008	C-371/05	<i>Commissione</i>	§ 1.15	18
CGCE	13 novembre 2008	C-324/07	<i>Coditel Brabant SA</i>	§ 1.16	19
CGCE	9 giugno 2009	C-480/06	<i>Commissione</i>	§ 1.17	21
CGCE	11 settembre 2009	C-573/07	<i>SEA</i>	§ 1.18	22
CGCE	29 ottobre 2009	C-275/08	<i>Commissione</i>	§ 2.17 (R)	23
CGUE	29 novembre 2012	C-182/11...	<i>ECONORD Spa</i>	§ 1.19	23
CGUE	8 maggio 2014	C-15/13	<i>T. Universität H.-H.</i>	§ 1.20	24
CGUE	19 giugno 2014	C-574/12	<i>Centro Hospit. de S.</i>	§ 1.21	25

2. PROCEDURE NEGOZiate - Paolo Michiara

CGCE	2 agosto 1993	C-107/92	<i>Commissione</i>	§ 2.01	pag. 29
CGCE	28 marzo 1996	C-318/94	<i>Commissione</i>	§ 2.02	29
CGCE	16 settembre 1999	C-27/98	<i>Metalmeccanica Fr.</i>	§ 2.03	30
CGCE	10 aprile 2003	C-20/01...	<i>Commissione</i>	§ 2.04	31
CGCE	16 ottobre 2003	C-252/01	<i>Commissione</i>	§ 2.05	32
CGCE	14 settembre 2004	C-385/02	<i>Commissione</i>	§ 2.06	33
CGCE	14 ottobre 2004	C-340/02	<i>Commissione</i>	§ 2.07	35

CGCE	18 novembre 2004	C-126/03	<i>Commissione</i>	§ 2.08	36
CGCE	13 gennaio 2005	C-84/03	<i>Commissione</i>	§ 2.09	36
CGCE	2 giugno 2005	C-394/02	<i>Commissione</i>	§ 2.10	37
CGCE	27 ottobre 2005	C-187/04...	<i>Commissione</i>	§ 2.11	39
CGCE	13 novembre 2007	C-507/03	<i>Commissione</i>	§ 2.12	39
CGCE	8 aprile 2008	C-337/05	<i>Commissione</i>	§ 1.13 (R)	41
CGCE	19 giugno 2008	C-454/06	<i>presstext Nachr. G.</i>	§ 2.13	41
CGCE	2 ottobre 2008	C-157/06	<i>Commissione</i>	§ 2.14	43
CGCE	4 giugno 2009	C-250/07	<i>Commissione</i>	§ 2.15	44
CGCE	15 ottobre 2009	C-138/08	<i>Hochtief AG</i>	§ 2.16	45
CGCE	15 ottobre 2009	C-275/08	<i>Commissione</i>	§ 2.17	46
CGUE	10 dicembre 2009	C-299/08	<i>Commissione</i>	§ 2.18	47
CGUE	7 giugno 2012	C-615/10	<i>Insinöörtoimisto</i>	§ 2.19	48
CGUE	20 giugno 2013	C-352/12	<i>Consiglio Naz. Ing.</i>	§ 2.20	49
CGUE	5 dicembre 2013	C-561/12	<i>Nordecon AS</i>	§ 2.21	50
CGUE	11 settembre 2014	C-19/13	<i>Ministero Interno</i>	§ 2.22	50
CGUE	28 gennaio 2016	C-50/14	<i>C.A.S.T.A.</i>	§ 2.23	52

3. QUALIFICAZIONE - Gianni Marco Di Paolo

CGCE	10 febbraio 1982	C-76/81	<i>SA Transporoute</i>	§ 4.01 (R) p.	57
CGCE	26 settembre 2000	C-225/98	<i>Commissione</i>	§ 3.01	57
CGUE	15 luglio 2010	C-74/09	<i>Bâtiments et Ponts C.</i>	§ 3.02	58
CGUE	10 maggio 2012	C-368/10	<i>Commissione</i>	§ 3.03	59
CGUE	10 maggio 2012	C-357/10...	<i>Duomo Gpa srl</i>	§ 3.04	60
CGUE	12 luglio 2012	C-171/11	<i>Fra.bo</i>	§ 3.05	62
CGUE	18 ottobre 2012	C-218/11	<i>Édukövzjg</i>	§ 3.06	63
CGUE	19 dicembre 2012	C-577/12	<i>Commissione</i>	§ 3.07	64
CGUE	10 ottobre 2013	C-94/12	<i>Swm Costruzioni</i>	§ 8.04 (R)	65
CGUE	12 dicembre 2013	C-327/12	<i>Soa Naz. Costruttori</i>	§ 3.08	65
CGUE	16 giugno 2015	C-593/13	<i>Rina Services</i>	§ 3.09	66

4. REQUISITI GENERALI, SOCCORSO ISTRUTTORIO E DGUE - Paolo Patrito

CGCE	10 febbraio 1982	C-76/81	<i>SA Transporoute</i>	§ 4.01	pag. 71
CGCE	19 giugno 2003	C-315/01	<i>Gesellschaft</i>	§ 4.02	72
CGCE	3 luglio 2006	C-226/04 ...	<i>La Cascina scarl</i>	§ 4.03	73
CGCE	16 dicembre 2008	C-213/07	<i>Michaniki</i>	§ 4.04	74

CGCE	19 maggio 2009	C-538/07	<i>Assitur Srl</i>	§ 4.05	75
CGUE	23 dicembre 2009	C-376/08	<i>Serrantoni Srl</i>	§ 4.06	77
CGUE	13 dicembre 2012	C-465/11	<i>Forposta SA</i>	§ 4.07	78
CGUE	10 ottobre 2013	C-336/12	<i>Manova A/S</i>	§ 4.08	79
CGUE	10 luglio 2014	C-358/12	<i>Cons. Stabile Libor</i>	§ 4.09	80
CGUE	6 novembre 2014	C-42/13	<i>Cartiera</i>	§ 4.10	81
CGUE	11 dicembre 2014	C-440/13	<i>Croce Amica</i>	§ 4.11	82
CGUE	18 dicembre 2014	C-470/13	<i>Gen.-Prov Biztos Zrt</i>	§ 4.12	83
CGUE	21 gennaio 2016	C-27/15	<i>Pizzo</i>	§ 8.05 (R)	84

5. SERVIZI DI ARCHITETTURA E INGEGNERIA, ATTIVITÀ DI PROGETTAZIONE - *Maria Cristina Colombo*

CGCE	18 gennaio 2007	C-220/05	<i>Jean Auroux</i>	§ 5.01	pag. 87
CGCE	21 febbraio 2008	C-412/04	<i>Commissione</i>	§ 5.02	88
CGCE	13 novembre 2008	C-437/07	<i>Commissione</i>	§ 10.05 (R)	89
CGCE	12 novembre 2009	C-199/07	<i>Commissione</i>	§ 5.03	89
CGUE	15 marzo 2012	C-574/10	<i>Commissione</i>	§ 5.04	90
CGUE	19 dicembre 2012	C-159/11	<i>ASL di Lecce</i>	§ 5.05	91
CGUE	16 maggio 2013	C-564/11	<i>Consulta Reg. Ing.</i>	§ 5.06	93
CGUE	20 giugno 2013	C-352/12	<i>Consiglio Naz. Ing.</i>	§ 2.20 (R)	94

6. VARIAZIONI PROGETTUALI E ALTRE MODIFICHE CONTRATTUALI - *Maria Cristina Colombo*

CGCE	25 aprile 1996	C-87/94	<i>Commissione</i>	§ 6.01	pag. 97
CGCE	16 ottobre 2003	C-421/01	<i>Traunfellner</i>	§ 6.02	98
CGCE	29 aprile 2004	C-496/99 P	<i>Commissione</i>	§ 6.03	99
CGCE	14 ottobre 2004	C-340/02	<i>Commissione</i>	§ 2.07 (R)	100
CGCE	27 ottobre 2005	C-187/04...	<i>Commissione</i>	§ 2.11 (R)	100
CGCE	19 giugno 2008	C-454/06	<i>pressetext Nachr. G.</i>	§ 2.13 (R)	100
CGUE	13 aprile 2010	C-91/08	<i>Wall AG</i>	§ 10.08 (R)	100
CGUE	22 aprile 2010	C-423/07	<i>Commissione</i>	§ 10.09 (R)	101
CGUE	14 novembre 2013	C-388/12	<i>Comune di Ancona</i>	§ 10.12 (R)	101

7. MASSIMO RIBASSO, OFFERTA ANOMALA - *Alessandro Vetrano*

CGCE	10 febbraio 1982	C-76/81	<i>SA Transporoute</i>	§ 4.01 (R)	p. 105
CGCE	22 giugno 1989	C-103/88	<i>Fratelli Costanzo</i>	§ 7.01	105

CGCE	18 giugno 1991	C-295/89	<i>Donà Alfonso</i>	§ 7.02	106
CGCE	16 ottobre 1997	C-304/96	<i>Hera Spa</i>	§ 7.03	107
CGCE	27 novembre 2001	C-285/99	<i>Lombardini spa</i>	§ 7.04	107
CGCE	7 ottobre 2004	C-247/02	<i>Sintesi Spa</i>	§ 7.05	109
CGCE	15 maggio 2008	C-147/06	<i>SECAP Spa</i>	§ 7.06	110

8. AVVALIMENTO - *Pierdanilo Melandro*

CGCE	14 aprile 1994	C-389/92	<i>Ballast Nedam G. I</i>	§ 8.01	pag. 115
CGCE	18 dicembre 1997	C-5/97	<i>Ballast Nedam G. II</i>	§ 8.02	116
CGCE	2 dicembre 1999	C-176/98	<i>Holst Italia Spa</i>	§ 8.03	117
CGUE	10 ottobre 2013	C-94/12	<i>Swm Costruzioni</i>	§ 8.04	118
CGUE	21 gennaio 2016	C-27/15	<i>Pizzo</i>	§ 8.05	119
CGUE	4 giugno 2015	C-234/14	<i>Ostas celmieks</i>	§ 8.06	120
CGUE	12 giugno 2015	C-287/15	<i>Società LIS</i>	§ 8.07	122
CGUE	8 settembre 2015	C-324/14	<i>Partner Apelski</i>	§ 8.08	122

9. SUBAPPALTO - *Pierdanilo Melandro*

CGCE	18 marzo 2004	C-314/01	<i>Siemens AG</i>	§ 9.01	pag. 127
CGCE	3 aprile 2008	C-346/06	<i>Rüffert</i>	§ 9.02	128
CGUE	13 aprile 2010	C-91/08	<i>Wall AG</i>	§ 10.08 (R)	130
CGUE	18 settembre 2014	C-549/13	<i>Bundesdruck. GmbH</i>	§ 9.03	130

10. CONCESSIONI - *Claudio Guccione*

CGCE	7 dicembre 2000	C-324/98	<i>Teleaustria</i>	§ 1.04 (R)	p. 135
CGCE	30 maggio 2002	C-358/00	<i>Buchhändl.-V GmbH</i>	§ 10.01	135
CGCE	21 luglio 2005	C-231/03	<i>CONAME</i>	§ 1.07 (R)	136
CGCE	13 ottobre 2005	C-458/03	<i>Parking Brixen</i>	§ 1.08 (R)	136
CGCE	6 aprile 2006	C-410/04	<i>ANAV</i>	§ 1.10 (R)	136
CGCE	18 luglio 2007	C-382/05	<i>Commissione</i>	§ 10.02	136
CGCE	18 dicembre 2007	C-220/06	<i>Asoc. Profesional</i>	§ 10.03	138
CGCE	17 luglio 2008	C-347/06	<i>ASM Brescia spa</i>	§ 10.04	139
CGCE	13 novembre 2008	C-324/07	<i>Coditel Brabant SA</i>	§ 1.16 (R)	140
CGCE	13 novembre 2008	C-437/07	<i>Commissione</i>	§ 10.05	141
CGCE	10 settembre 2009	C-206/08	<i>WAZV Gotha</i>	§ 10.06	141
CGUE	25 marzo 2010	C-451/08	<i>Helmut Muller</i>	§ 10.07	143

CGUE	13 aprile 2010	C-91/08	<i>Wall AG</i>	§ 10.08	144
CGUE	22 aprile 2010	C-423/07	<i>Commissione</i>	§ 10.09	146
CGUE	10 marzo 2011	C-274/09	<i>Privater Rettungs.</i>	§ 10.10	148
CGUE	10 novembre 2011	C-348/10	<i>Norma-ASIA</i>	§ 10.11	149
CGUE	14 novembre 2013	C-388/12	<i>Comune di Ancona</i>	§ 10.12	150
CGUE	14 novembre 2013	C-221/12	<i>Belgacom NV</i>	§ 10.13	152
CGUE	28 gennaio 2016	C-375/14	<i>R. Laezza</i>	§ 10.14	153

INDICE CRONOLOGICO DELLE DECISIONI

1982

CGCE 10 febbraio 1982 C-76/81 *SA Transporoute* § 4.01 pag. 71

1989

CGCE 22 giugno 1989 C-103/88 *Fratelli Costanzo* § 7.01 105

1991

CGCE 18 giugno 1991 C-295/89 *Donà Alfonso* § 7.02 106

1993

CGCE 2 agosto 1993 C-107/92 *Commissione* § 2.01 29

1994

CGCE 14 aprile 1994 C-389/92 *Ballast Nedam G. I* § 8.01 115

1996

CGCE 28 marzo 1996 C-318/94 *Commissione* § 2.02 29

CGCE 25 aprile 1996 C-87/94 *Commissione* § 6.01 97

1997

CGCE 16 ottobre 1997 C-304/96 *Hera Spa* § 7.03 107

CGCE 18 dicembre 1997 C-5/97 *Ballast Nedam G. II* § 8.02 116

1998

CGCE 10 novembre 1998 C-360/96 *Gemeent Arnhem* § 1.01 3

1999

CGCE	9 settembre 1999	C-108/98	<i>RI.SAN</i>	§ 1.02	pag. 4
CGCE	16 settembre 1999	C-27/98	<i>Metalmecchanica Fr.</i>	§ 2.03	30
CGCE	18 novembre 1999	C-107/98	<i>Teckal Srl</i>	§ 1.03	5
CGCE	2 dicembre 1999	C-176/98	<i>Holst Italia Spa</i>	§ 8.03	117

2000

CGCE	26 settembre 2000	C-225/98	<i>Commissione</i>	§ 3.01	57
CGCE	7 dicembre 2000	C-324/98	<i>Telaustria</i>	§ 1.04	6
CGCE	7 dicembre 2000	C-94/99	<i>ARGE</i>	§ 1.05	7

2001

CGCE	27 novembre 2001	C-285/99	<i>Lombardini spa</i>	§ 7.04	107
------	------------------	----------	-----------------------	--------	-----

2002

CGCE	30 maggio 2002	C-358/00	<i>Buchhändl.-V GmbH</i>	§ 10.01	135
------	----------------	----------	--------------------------	---------	-----

2003

CGCE	10 aprile 2003	C-20/01...	<i>Commissione</i>	§ 2.04	31
CGCE	19 giugno 2003	C-315/01	<i>Gesellschaft</i>	§ 4.02	72
CGCE	16 ottobre 2003	C-252/01	<i>Commissione</i>	§ 2.05	32
CGCE	16 ottobre 2003	C-421/01	<i>Traunfellner</i>	§ 6.02	98

2004

CGCE	18 marzo 2004	C-314/01	<i>Siemens AG</i>	§ 9.01	127
CGCE	29 aprile 2004	C-496/99 P	<i>Commissione</i>	§ 6.03	99
CGCE	14 settembre 2004	C-385/02	<i>Commissione</i>	§ 2.06	33
CGCE	18 novembre 2004	C-126/03	<i>Commissione</i>	§ 2.08	36
CGCE	7 ottobre 2004	C-247/02	<i>Sintesi Spa</i>	§ 7.05	109
CGCE	14 ottobre 2004	C-340/02	<i>Commissione</i>	§ 2.07	35

2005

CGCE	11 gennaio 2005	C-26/03	<i>Stadt Halle</i>	§ 1.06	8
CGCE	13 gennaio 2005	C-84/03	<i>Commissione</i>	§ 2.09	36

CGCE	2 giugno 2005	C-394/02	<i>Commissione</i>	§ 2.10	pag. 37
CGCE	21 luglio 2005	C-231/03	<i>CONAME</i>	§ 1.07	9
CGCE	13 ottobre 2005	C-458/03	<i>Parking Brixen</i>	§ 1.08	10
CGCE	27 ottobre 2005	C-187/04...	<i>Commissione</i>	§ 2.11	39
CGCE	10 novembre 2005	C-29/04	<i>Modling</i>	§ 1.09	12

2006

CGCE	6 aprile 2006	C-410/04	<i>ANAV</i>	§ 1.10	13
CGCE	11 maggio 2006	C-340/04	<i>Carbotermo</i>	§ 1.11	14
CGCE	3 luglio 2006	C-226/04 ...	<i>La Cascina scarl</i>	§ 4.03	73

2007

CGCE	18 gennaio 2007	C-220/05	<i>Jean Auroux</i>	§ 5.01	87
CGCE	19 aprile 2007	C-295/05	<i>ASEMFO</i>	§ 1.12	15
CGCE	18 luglio 2007	C-382/05	<i>Commissione</i>	§ 10.02	136
CGCE	13 novembre 2007	C-507/03	<i>Commissione</i>	§ 2.12	39
CGCE	18 dicembre 2007	C-220/06	<i>Asoc. Profesional</i>	§ 10.03	138

2008

CGCE	21 febbraio 2008	C-412/04	<i>Commissione</i>	§ 5.02	88
CGCE	8 aprile 2008	C-337/05	<i>Commissione</i>	§ 1.13	16
CGCE	3 aprile 2008	C-346/06	<i>Rüffert</i>	§ 9.02	128
CGCE	10 aprile 2008	C-323/07	<i>Termoraggi</i>	§ 1.14	17
CGCE	15 maggio 2008	C-147/06	<i>SECAP Spa</i>	§ 7.06	110
CGCE	19 giugno 2008	C-454/06	<i>presstext Nachr. G.</i>	§ 2.13	41
CGCE	17 luglio 2008	C-371/05	<i>Commissione</i>	§ 1.15	18
CGCE	17 luglio 2008	C-347/06	<i>ASM Brescia spa</i>	§ 10.04	139
CGCE	2 ottobre 2008	C-157/06	<i>Commissione</i>	§ 2.14	43
CGCE	13 novembre 2008	C-324/07	<i>Coditel Brabant SA</i>	§ 1.16	19
CGCE	13 novembre 2008	C-437/07	<i>Commissione</i>	§ 10.05	141
CGCE	16 dicembre 2008	C-213/07	<i>Michaniki</i>	§ 4.04	74

2009

CGCE	4 giugno 2009	C-250/07	<i>Commissione</i>	§ 2.15	44
CGCE	9 giugno 2009	C-480/06	<i>Commissione</i>	§ 1.17	21

CGCE	19 maggio 2009	C-538/07	<i>Assitur Srl</i>	§ 4.05	pag. 75
CGCE	10 settembre 2009	C-206/08	<i>WAZV Gotha</i>	§ 10.06	141
CGCE	11 settembre 2009	C-573/07	<i>SEA</i>	§ 1.18	22
CGCE	15 ottobre 2009	C-138/08	<i>Hochtief AG</i>	§ 2.16	45
CGCE	15 ottobre 2009	C-275/08	<i>Commissione</i>	§ 2.17	46
CGCE	12 novembre 2009	C-199/07	<i>Commissione</i>	§ 5.03	89
CGUE	10 dicembre 2009	C-299/08	<i>Commissione</i>	§ 2.18	47
CGUE	23 dicembre 2009	C-376/08	<i>Serrantoni Srl</i>	§ 4.06	77

2010

CGUE	25 marzo 2010	C-451/08	<i>Helmut Muller</i>	§ 10.07	143
CGUE	13 aprile 2010	C-91/08	<i>Wall AG</i>	§ 10.08	144
CGUE	22 aprile 2010	C-423/07	<i>Commissione</i>	§ 10.09	146
CGUE	15 luglio 2010	C-74/09	<i>Bâtiments et Ponts C.</i>	§ 3.02	58

2011

CGUE	10 marzo 2011	C-274/09	<i>Privater Rettungs.</i>	§ 10.10	148
CGUE	10 novembre 2011	C-348/10	<i>Norma-ASIA</i>	§ 10.11	149

2012

CGUE	15 marzo 2012	C-574/10	<i>Commissione</i>	§ 5.04	90
CGUE	10 maggio 2012	C-368/10	<i>Commissione</i>	§ 3.03	59
CGUE	10 maggio 2012	C-357/10...	<i>Duomo Gpa srl</i>	§ 3.04	60
CGUE	7 giugno 2012	C-615/10	<i>Insinööri toimisto</i>	§ 2.19	48
CGUE	12 luglio 2012	C-171/11	<i>Fra.bo</i>	§ 3.05	62
CGUE	18 ottobre 2012	C-218/11	<i>Édukövzig</i>	§ 3.06	63
CGUE	29 novembre 2012	C-182/11...	<i>ECONORD Spa</i>	§ 1.19	23
CGUE	19 dicembre 2012	C-577/12	<i>Commissione</i>	§ 3.07	64
CGUE	13 dicembre 2012	C-465/11	<i>Forposta SA</i>	§ 4.07	78
CGUE	19 dicembre 2012	C-159/11	<i>ASL di Lecce</i>	§ 5.05	91

2013

CGUE	16 maggio 2013	C-564/11	<i>Consulta Reg. Ing.</i>	§ 5.06	93
CGUE	20 giugno 2013	C-352/12	<i>Consiglio Naz. Ing.</i>	§ 2.20	49
CGUE	10 ottobre 2013	C-336/12	<i>Manova A/S</i>	§ 4.08	79

CGUE	10 ottobre 2013	C-94/12	<i>Swm Costruzioni</i>	§ 8.04	pag. 118
CGUE	14 novembre 2013	C-388/12	<i>Comune di Ancona</i>	§ 10.12	150
CGUE	14 novembre 2013	C-221/12	<i>Belgacom NV</i>	§ 10.13	152
CGUE	5 dicembre 2013	C-561/12	<i>Nordecon AS</i>	§ 2.21	50
CGUE	12 dicembre 2013	C-327/12	<i>Soa Naz. Costruttori</i>	§ 3.08	65

2014

CGUE	8 maggio 2014	C-15/13	<i>T. Universität H.-H.</i>	§ 1.20	24
CGUE	19 giugno 2014	C-574/12	<i>Centro Hospit. de S.</i>	§ 1.21	25
CGUE	10 luglio 2014	C-358/12	<i>Cons. Stabile Libor</i>	§ 4.09	80
CGUE	11 settembre 2014	C-19/13	<i>Ministero Interno</i>	§ 2.22	50
CGUE	18 settembre 2014	C-549/13	<i>Bundesdruck. GmbH</i>	§ 9.03	130
CGUE	6 novembre 2014	C-42/13	<i>Cartiera</i>	§ 4.10	81
CGUE	11 dicembre 2014	C-440/13	<i>Croce Amica</i>	§ 4.11	82
CGUE	18 dicembre 2014	C-470/13	<i>Gen.-Prov Biztos Zrt</i>	§ 4.12	83

2015

CGUE	4 giugno 2015	C-234/14	<i>Ostas celmieks</i>	§ 8.06	120
CGUE	16 giugno 2015	C-593/13	<i>Rina Services</i>	§ 3.09	66
CGUE	12 giugno 2015	C-287/15	<i>Società LIS</i>	§ 8.07	122
CGUE	8 settembre 2015	C-324/14	<i>Partner Apelski</i>	§ 8.08	122

2016

CGUE	21 gennaio 2016	C-27/15	<i>Pizzo</i>	§ 8.05	119
CGUE	28 gennaio 2016	C-375/14	<i>Laezza</i>	§ 10.14	153
CGUE	28 gennaio 2016	C-50/14	<i>C.A.S.T.A.</i>	§ 2.23	52

INDICE ANALITICO-ALFABETICO

APPALTO DI LAVORI

- (contratto misto, metodo di calcolo del valore) § 5.02
- (nozione) § 5.01 / § 10.07

AVVALIMENTO

- (avvalimento frazionato) § 8.05
- (natura giuridica dei vincoli con ausiliaria) § 8.03 / § 8.06
- (plurimo e cumulativo) § 8.04
- (requisiti soggettivi) § 8.07
- (requisiti soggettivi, limiti) § 8.08
- (società holding) § 8.01 / § 8.02

CONCESSIONE

- (affidamento diretto) § 10.12 / § 10.13
- (affidamento, regole applicabili) § 1.04 / § 10.01 / § 10.03 / § 10.08
- (cessione dei beni al termine della concessione) § 10.14
- (durata, prolungamento) § 10.04
- (lavori supplementari) § 10.09
- (nozione) § 10.07
- (nozione, trasferimento del rischio) § 10.02 / § 10.05 / § 10.06 / § 10.10 / § 10.11
- (perennità dell'investimento) § 10.12
- (ri-negoziazione) § 10.08

CONCESSIONE DI COSTRUZIONE E GESTIONE

- (pubblicità) § 2.11

CONTRATTO

- (modifiche, elementi essenziali) § 2.13 / § 6.03
- (privazione di effetti) § 2.22
- (varianti) § 6.02

CRITERI DI AGGIUDICAZIONE

- (offerta più bassa, vincolo) § **7.05**

CRITERI DI SELEZIONE

- (commistione criteri di idoneità e criteri di selezione) § **4.02 / § 5.03**
- (marchi di qualità) § **3.03**
- (variazione) § **6.01**

IN-HOUSE

- (aziende municipalizzate) § **1.14**
- (concessioni) § **1.10**
- (controllo analogo) § **1.08 / § 1.11 / § 1.15**
- (*in house* orizzontale) § **1.20**
- (partecipazione di capitali privati) § **1.06 / § 1.07 / § 1.09 / § 1.13 / § 1.15 / § 1.18**
- (partecipazione di privati *no profit*) § **1.21**
- (partenariato pubblico - pubblico) § **1.17 / § 5.05 / § 5.06**
- (pluralità di soci) § **1.12 / § 1.16 / § 1.19**
- (presupposti) § **1.01 / § 1.02 / § 1.03 / § 1.11**
- (prevalenza dell'attività) § **1.11**

INTERESSE TRANSFRONTALIERO

- (esclusione automatica, deroghe) § **7.06**
- (partenariato pubblico - pubblico) § **1.17**
- (servizi allegato IB, dir. 92/50) § **2.12**

LIBERTÀ DI STABILIMENTO E LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI

- (cessione dei beni al termine della concessione) § **10.14**
- (classificazioni e certificazioni nazionali) § **3.01 / § 3.08 / § 3.09 / § 4.01**

OFFERTE ANOMALE

- (divieto di esclusione automatica, deroghe) § **7.06**
- (esclusione automatica) § **7.01 / § 7.02 / § 7.03**
- (individuazione) § **7.04**
- (richiesta di giustificazione) § **4.01**

PROCEDURA DI AFFIDAMENTO

- (affidamento diretto a organizzazioni di volontariato) § 2.23
- (appalto di lavori sotto soglia) § 5.02
- (divieto di esclusione automatica) § 7.02
- (divieto di esclusione automatica, deroghe) § 7.06
- (negoziata senza gara, misure speciali di sicurezza) § 2.05
- (partecipazione organismi beneficiari di sovvenzioni) § 1.05
- (variazione contenuti offerta) § 6.01

PROCEDURA NEGOZIATA

- (concorso di progettazione) § 2.07
- (negoziata, offerte non conformi) § 2.21
- (numero minimo candidati) § 2.16
- (presupposti) § 2.09 / § 2.10
- (presupposti, appalti cd. di definizione) § 2.18
- (presupposti, evento imprevedibile) § 2.02
- (presupposti, offerte appropriate) § 2.15
- (presupposti, onere probatorio) § 2.08 / § 2.17
- (presupposti, tutela di interessi essenziali di sicurezza dello Stato) § 2.14 / § 2.20
- (trattativa privata) § 2.04
- (unico offerente idoneo) § 2.03

PUBBLICITÀ

- (deroghe, affidamento diretto a organizzazioni di volontariato) § 2.23
- (deroghe, motivi di natura tecnica) § 2.04
- (deroghe, nesso funzionale tra concorso e appalto) § 2.07
- (deroghe, onere probatorio) § 2.08 / § 2.17
- (deroghe, ragioni di urgenza) § 2.01 / § 2.06 / § 2.10
- (deroghe, tutela di interessi essenziali di sicurezza dello Stato) § 2.14 / § 2.20

REQUISITI GENERALI

- (buona reputazione) § 4.01
- (cause di esclusione) § 4.04
- (errore grave nell'esercizio dell'attività professionale) § 4.07
- (imprese collegate) § 4.05 / § 4.06
- (protocollo di legalità) § 3.07
- (regolarità contributiva, infrazione grave) § 4.09
- (regolarità fiscale) § 4.03
- (regolarità fiscale, certificati rilasciati da altri Stati membri) § 3.02
- (violazione regole della concorrenza) § 4.12

REQUISITI SOGGETTIVI

- (avvalimento frazionato) § 8.05
- (avvalimento) § 8.07 / § 8.08
- (capacità economica e finanziaria) § 3.04 / § 3.06
- (certificazione dei prodotti) § 3.05
- (commistione criteri di idoneità e criteri di selezione) § 4.02 / § 5.03
- (requisiti di idoneità, livelli minimi di capacità) § 3.03
- (situazione personale dell'offerente) § 4.11
- (SOA, regime di tariffe minime) § 3.08
- (SOA, vincolo ubicazione sede legale) § 3.09

SUBAPPALTO

- (divieto) § 9.01
- (minimi salariali) § 9.02 / § 9.03

SERVIZI DI PROGETTAZIONE

- (scomposizione in lotti) § 5.04

SOCCORSO ISTRUTTORIO

- (omissione documentale) § 4.08 / § 4.10

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

ABBREVIAZIONI COMUNI

Avv. Gen.	Avvocato generale
CGCE	Corte di giustizia delle Comunità europee (fino al 30 novembre 2009)
CGUE	Corte di giustizia dell'Unione europea (dal 1° dicembre 2009)
Comm.	Commissione
DGUE	Documento di gara unico europeo
dir.	Direttiva
d. lgs.	decreto legislativo
l.	legge
Prot.	Protocollo
reg.	Regolamento
TCE	Trattato istitutivo della Comunità europea
TFUE	Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea
TUE	Trattato sull'Unione europea
UE	Unione europea

RIVISTE E PUBBLICAZIONI PERIODICHE

ADL	ADL - Argomenti di diritto del lavoro
App. contr.	Appalti e contratti
Corr. giur.	Corriere giuridico
D&G	Diritto & Giustizia
Dir. amm.	Diritto amministrativo
Dir. com. int.	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
Dir. comm. int.	Diritto del commercio internazionale
Dir. rel. ind.	Diritto delle relazioni industriali
Dir. pol. UE	Diritto e politiche dell'Unione europea
Dir. proc. amm.	Diritto Processuale Amministrativo
Dir. pubbl. comp. eur.	Diritto pubblico comparato ed europeo
Ed. Terr.	Edilizia e Territorio
Eur. dir. priv.	Europa e diritto privato
Eur. Law Rev.	European Law Review
Giorn. dir. amm.	Giornale di diritto amministrativo
Giur. comm.	Giurisprudenza commerciale
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giustamm	Giustamm. Rivista di diritto amministrativo
Giust. amm.	Giustizia amministrativa
Giust. civ.	Giustizia civile
G. al dir.	Guida al diritto

Contr.	I Contratti
Contr. pubbl. amm.	I contratti della pubblica amministrazione
Contr. Stato e enti pubbl.	I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici
Cons. St.	Il Consiglio di Stato
Corr. Mer.	Il Corriere del Merito
Aaavv	Il diritto del mercato del lavoro
Dir. econ.	Il diritto dell'economia
Dir. U.E.	Il diritto dell'Unione europea
Foro amm.	Il Foro amministrativo
Foro amm. - TAR	Il Foro Amministrativo C.d.S.
Foro amm. - CDS	Il Foro Amministrativo T.A.R.
Foro it.	Il Foro italiano
Foro nap.	Il Foro napoletano
Lav. nelle p.a.	Il Lavoro nelle p.a.
Nuovo dir.	Il nuovo diritto
Gazz. enti loc.	La Gazzetta degli enti Locali
Soc.	Le Società
Mass. giur. lav.	Massimario di giurisprudenza del lavoro
Notar.	Notariato
Nuovo notiz. giur.	Nuovo notiziario giuridico
Orient. giur. lav.	Orientamenti della giurisprudenza del lavoro
Osservatorioappalti	Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici
PPLR	Public Procurement Law Review
Quot. enti loc. e pa	Quotidiano Enti Locali e PA
Rass. avv. St.	Rassegna dell'avvocatura dello Stato
REDA	Revista española de Derecho Administrativo
Rev. marc. com. U.E.	Revue du marché commun et de l'Union européenne
Rev. fr. dr. adm.	Revue française de droit administrative
Riv. amm. app.	Rivista amministrativa degli appalti
Aaavv	Rivista critica del lavoro
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
Riv. dir. ind.	Rivista di diritto industriale
Riv. dir. soc.	Rivista di diritto societario
Riv. giur. amb.	Rivista giuridica dell'ambiente
Riv. giur. edil.	Rivista giuridica dell'edilizia
Riv. giur. quadr. pubbl. serv.	Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi
Riv. it. dir. lav.	Rivista italiana di diritto del lavoro
Riv. it. dir. pubbl. com.	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
Riv. trim. app.	Rivista trimestrale degli appalti
San. pubbl. priv.	Sanità pubblica e privata
Ser. pubbl. e app.	Servizi pubblici e appalti
Urb. e app.	Urbanistica e appalti

1. AFFIDAMENTI *IN-HOUSE*

Michele Cozzio

1. AFFIDAMENTI *IN-HOUSE*

§ 1.01

DIPENDENZA FINANZIARIA, ORGANIZZATIVA E GESTIONALE: ELEMENTI ALLA BASE DEL NESSO INTER-ORGANICO TRA AMMINISTRAZIONI E SOCIETÀ PUBBLICHE (PRIMI SINTOMI DELL'ECCEZIONE IN HOUSE)**Corte di giustizia, 10 novembre 1998, C-360/96, Gemeente Arnhem - ECLI:EU:C:1998:525**

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Gerechtshof di Arnhem (Paesi Bassi)

Appalto di servizi - Servizi raccolta rifiuti ed altri - Amministrazioni comunali - Costituzione società per azioni - Affidamento senza gara - Diritto di esclusiva - Deroga alla direttiva servizi - Presupposti - Natura giuridica della società - Organismo di diritto pubblico - Nozione - Requisiti - Valutazione oggettiva e non formale

Con riferimento alla nozione di organismo di diritto pubblico disciplinata dall'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 92/50/CEE il legislatore comunitario distingue tra i bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, da un lato, e, dall'altro, i bisogni di interesse generale aventi carattere industriale o commerciale.

La nozione di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale non esclude quei bisogni che siano o possano essere parimenti soddisfatti da imprese private.

Lo status di organismo di diritto pubblico non dipende dall'importanza dell'attività diretta al soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. È parimenti irrilevante che attività commerciali siano svolte da una persona giuridica distinta appartenente allo stesso gruppo o consorzio.

L'esistenza o la mancanza di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale dev'essere valutata oggettivamente, restando al riguardo irrilevante la forma giuridica delle disposizioni per mezzo delle quali tali bisogni sono espressi.

**NOTE**

La decisione della Corte ruota attorno alla definizione di “bisogni di interesse generale aventi carattere industriale o commerciale”, che concorre insieme ad altri elementi alla qualificazione giuridica di un soggetto quale organismo di diritto pubblico. Con riferimento al tema degli affidamenti in house la decisione va segnalata perché, soprattutto nelle Conclusioni dell'Avvocato generale, vengono individuati una serie di indicatori che ‘dimostrano’ la dipendenza fra amministrazioni aggiudicatrici e le società per azioni loro emanazione. I giudici comunitari affermano in termini generali la non obbligatorietà del ricorso alla gara per l'affidamento di un servizio, potendo l'amministrazione aggiudicatrice decidere di svolgerlo direttamente o tramite un soggetto in rapporto di delega interorganica, con esclusione dunque dell'applicazione della direttiva 92/50/CEE.

**NOTE A SENTENZA**

- *Le S.p.A. a prevalente capitale pubblico e la categoria comunitaria dell'organismo di diritto pubblico: la Corte di giustizia risolve i dubbi interpretativi, in Giurisprudenza italiana, 1999, p. 394-402 [MAMELI]*

- *I nuovi confini dell'"organismo di diritto pubblico" alla luce delle più recenti pronunce della Corte di giustizia, in Il Foro italiano, 1999, IV Col., p. 140-146 [SCOTTI]*

- *L'organismo di diritto pubblico nella direttiva 92/50/CEE, in Giornale di diritto amministrativo 1999 p. 319-323 [NIZZO]*

- *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 1999 p. 184-192 [GRECO]
- *L'individuazione dei soggetti cui sono applicabili le direttive in materia di appalti pubblici*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 1999 p. 719-736 [SCOTTI CAMUZZI]
- *La nozione di organismo pubblico negli appalti pubblici di servizi. La Corte di Giustizia fornisce ulteriori criteri per individuare i "bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale"*, in *Europa e diritto privato* 1999 p.920-936 [DI MAJO]

§ 1.02

SE LA FATTISPECIE È INTERNA ALLO STATO NON SI APPLICANO LE DISPOSIZIONI SU LIBERTÀ DI STABILIMENTO E PRESTAZIONE DI SERVIZI. SUL TEMA DELLE CONCESSIONI IN-HOUSE LA CORTE NON PRENDE POSIZIONE

Corte di giustizia, Quinta Sezione, 9 settembre 1999, C-108/98, RLSAN. Srl - ECLI:EU:C:1999:400

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale amministrativo regionale della Campania (Italia)

Concessione di servizio pubblico - Raccolta rifiuti solidi urbani - Ente locale - Costituzione società mista con capitale pubblico maggioritario - Scelta del socio privato e affidamento del servizio, senza gara - Interpretazione norme del Trattato - Assenza sufficienti elementi di fatto e di diritto

La deroga alle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, prevista all'art. 55 del Trattato (art. 51 TFUE), eventualmente in combinato disposto con l'art. 66 del Trattato (art. 62 TFUE), non si applica in una situazione nella quale gli elementi sono tutti confinati all'interno di un solo Stato membro e che, pertanto, non presenta alcun nesso con una delle situazioni considerate dal diritto comunitario nel settore della libera circolazione delle persone e dei servizi.



NOTE

Vedi note [sub § 1.01](#). Con riferimento al tema degli affidamenti in house rilevano soprattutto le Conclusioni dell'Avvocato generale che ribadisce gli indicatori di dipendenza fra amministrazioni aggiudicatrici e le società loro emanazione. L'Avvocato generale precisa inoltre che nella valutazione di tali indicatori l'orientamento della Corte è nel senso di privilegiare un approccio funzionale piuttosto che funzionale (pt. 52-55 delle Conclusioni).



NOTE A SENTENZA

- *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, p. 1461-1469 [GRECO]
- *Libera circolazione nei servizi ed "impertinenza" comunitaria: le norme del Trattato CE non incidono sulle questioni interne*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*, 2000 p. 99-103 [BARTOLINI]
- *La libera concorrenza nazionale un limite per il diritto comunitario*, in *Urbanistica e appalti*, 2000, p. 216-221 [MAMELI]

§ 1.03

SUI PRESUPPOSTI PER L'APPLICABILITÀ DELL'AFFIDAMENTO IN HOUSE NEL CASO DI APPALTI PUBBLICI DI FORNITURE

Corte di giustizia, Quinta Sezione, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal Srl - ECLI:EU:C:1999:562

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna (Italia)

Appalto misto servizi e forniture - Prevalenza forniture - Riscaldamento edifici comunali - Affidamento diretto senza gara - Aggiudicatario - Consorzio partecipato dall'amministrazione - Contratto scritto a titolo oneroso - Persone giuridiche distinte - Va applicata direttiva - Presupposti per disapplicazione della direttiva - A. *Controllo* su affidatario analogo a quello che l'amministrazione esercita su propri servizi - B. *Attività* svolta da soggetto affidatario - Diretta prevalentemente verso l'amministrazione che controlla

La direttiva 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno.



NOTE

Le sole eccezioni consentite all'applicazione della direttiva 93/36 sono quelle in essa limitativamente ed esplicitamente indicate. Ora, tale direttiva non contiene alcuna disposizione analoga all'art. 6 della direttiva 92/50, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, la quale escluda dal suo ambito di applicazione appalti pubblici aggiudicati, a talune condizioni, ad amministrazioni aggiudicatrici. Nell'ambito del procedimento ex art. 177 del Trattato (divenuto art. 267 TFUE), spetta alla Corte, di fronte a questioni formulate in modo impreciso, trarre dal complesso dei dati forniti dal giudice nazionale e dal fascicolo della causa principale i punti di diritto comunitario che vanno interpretati, tenuto conto dell'oggetto della lite. Per fornire una soluzione utile al giudice che le ha sottoposto una questione pregiudiziale, la Corte può essere indotta a prendere in considerazione norme di diritto comunitario alle quali il giudice nazionale non ha fatto riferimento nel formulare la questione. Nella ripartizione dei compiti stabilita dal suddetto articolo, spetta invece al giudice nazionale applicare al caso concreto le norme di diritto comunitario come interpretate dalla Corte. Infatti una siffatta applicazione non può essere effettuata senza una valutazione dei fatti di causa nel loro complesso.



NOTE A SENTENZA

- *L'art. 6 della direttiva servizi non si applica agli appalti di forniture*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, p. 254-256 [SCOTTI CAMUZZI]
- *Gli affidamenti in house: rassegna della giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza Tragsa II del 2007*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, p. 281-317 [SONCINI]
- *Disciplina degli appalti pubblici e affidamento diretto dell'incarico: la Corte di giustizia precisa il criterio dell'attività prevalente per l'ipotesi di in house providing*, in *Diritto e Politiche dell'Unione Europea*, 2007, p. 154-166 [FERRANDO]

- *Perduranti profili di incertezza sul ricorso all'in house providing ed alle società miste anche alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Il Foro amministrativo* 2008, p. 1546-1570 [DEL GIUDICE]
- *L'evoluzione del concetto dell'In house providing dalla sentenza Teckal c-107/98 alla sentenza c-410/04 della Corte di Giustizia*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2006, p. 363-378 [VENTURI]
- *La Direttiva 93/36/CE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è applicabile anche nei contratti fra amministrazioni aggiudicatrici*, in *Urbanistica e appalti*, 2000, p. 1152 - 1155 [PROTO]
- *Profili problematici dei contratti misti*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2000, p. 262-272 [TESCAROLI]
- *Appalti pubblici: contratto misto e possibile esenzione applicativa delle norme CE.*, in *I Contratti*, 2000, p. 300-306 [SIMONE]
- *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, p. 1461-1469 [GRECO]

§ 1.04

LA NORMATIVA EUROPEA SUGLI APPALTI NON SI APPLICA ALLE CONCESSIONI, PER L'AFFIDAMENTO DELLE QUALI TROVANO APPLICAZIONE I PRINCIPI FONDAMENTALI DEL TRATTATO

Corte di giustizia, Sesta Sezione, 7 dicembre 2000, C-324/98, Telaustria Verlags GmbH - ECLI:EU:C:2000:669

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Bundesvergabeamt (Austria)

Concessione di servizio pubblico - Settori speciali - Soggetto aggiudicatore - Impresa pubblica - Obbligo di applicazione principi generali del Trattato - Non discriminazione in base alla nazionalità - Obbligo di trasparenza - Adeguato livello di pubblicità - Imparzialità delle procedure di aggiudicazione

È preso in considerazione dalla direttiva 93/38/CEE (settori speciali) un contratto a titolo oneroso, stipulato in forma scritta tra, da un lato, un'impresa cui la legislazione di uno Stato membro specificamente assegna il compito di gestire un servizio di telecomunicazioni e il cui capitale è interamente detenuto dalle autorità pubbliche di tale Stato membro, e, dall'altro, un'impresa privata, laddove con tale contratto la prima impresa affida alla seconda la produzione e la pubblicazione per la diffusione al pubblico di elenchi degli abbonati al telefono, stampati e utilizzabili elettronicamente (elenchi telefonici).

Sebbene sia considerato dalla direttiva 93/38, siffatto contratto è escluso, allo stadio attuale del diritto comunitario, dalla sfera di applicazione della stessa direttiva, a causa in particolare del fatto che la controprestazione fornita dalla prima impresa alla seconda consiste nell'ottenimento, da parte di quest'ultima, del diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione.

Nonostante il fatto che siffatti contratti, allo stadio attuale del diritto comunitario, siano esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38, gli enti aggiudicatori che li stipulano sono nondimeno tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato, in generale, e li

principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare, dato che tale principio implica, in particolare, un obbligo di trasparenza al fine di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di accertare che il detto principio sia rispettato.

Tale obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

NOTE A SENTENZA

- *Le concessioni di pubblico servizio tra diritto comunitario e diritto interno, in Il Corriere giuridico, 2001, p. 494-505 [FERRONI]*
- *Concessioni e appalti di pubblici servizi: la Corte elimina i dubbi sulla disciplina applicabile, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2001, p. 324-328 [BONECHI]*
- *Applicabilità delle direttive comunitarie alla concessione di servizi pubblici, in Urbanistica e appalti, 2001, p. 493-498 [LEGGIADRO]*
- *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2000, p. 1461-1469 [GRECO]*
- *La nozione di contratto "a titolo oneroso" negli appalti pubblici, in I Contratti, 2013, 5, p. 523 e ss. [CIPPITANI]*

§ 1.05

L'AVVOCATO GENERALE APPROFONDISCE I PRESUPPOSTI PER L'APPLICABILITÀ DELL'ECCEZIONE "IN HOUSE PROVIDING". LA CORTE DECIDE SENZA APPROFONDIRE

Corte di giustizia, Sesta Sezione, 7 dicembre 2000, C-94/99, ARGE Gewässerschutz - ECLI:EU:C:2000:677

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Bundesvergabeamt (Austria)

Appalto di servizi - Procedura di aggiudicazione - Regole applicabili - Parità di trattamento degli offerenti - Non discriminazione in base alla cittadinanza - Libera prestazione dei servizi - Partecipazione di enti che beneficiano di sovvenzioni pubbliche - Ammissibilità - Distinzione - Enti che appartengono integralmente all'amministrazione - Enti che lavorano totalmente a beneficio dell'amministrazione

Il principio di parità di trattamento degli offerenti di cui alla direttiva 92/50/CEE non è violato per il solo fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ammette a partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi organismi che ricevono, da essa stessa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni, indipendentemente dalla loro natura, che consentono a questi organismi di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti che non beneficiano di tali sovvenzioni.

Il solo fatto che un'amministrazione aggiudicatrice ammette la partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi di tali organismi non costituisce né

una discriminazione dissimulata né una restrizione incompatibili con l'art. 59 del Trattato CE (divenuto ora 56 TFUE).



NOTE

Nella decisione la Corte non ritiene necessario intervenire sul tema delle prestazioni qualificate “in house”, termine con cui si definiscono le prestazioni fornite ad un'autorità pubblica dai propri servizi o da servizi dipendenti, sebbene organicamente distinti e che esulano dalla sfera di applicazione della direttiva. Il tema, per altro, viene approfondito dall'Avvocato generale Léger nelle Conclusioni presentate il 15 giugno 2000 [ECLI:EU:C:2000:330], segnatamente pt. da 50 a 84.



NOTE A SENTENZA

- *Gli affidamenti “in house” di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, p. 1461-1469 [GRECO]
- *Subvenzionrecht v. Konkurrenzfähigkeit: l'incerto equilibrio comunitario tra aiuti pubblici e concorrenza nel settore dei servizi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, pag. 346-357 [VOLPE]
- *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni ed i cd. “affidamenti in house”* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, 3-4, p. 945 e ss. [MARCHEGIANI]

§ 1.06

IN HOUSE POSSIBILE SOLO IN CASO DI PARTECIPAZIONE TOTALITARIA DELL'ENTE PUBBLICO AL CAPITALE DELLA SOCIETÀ AFFIDATARIA

Corte di giustizia, Prima Sezione, 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle - ECLI:EU:C:2005:5

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dall'Oberlandesgericht Naumburg (Germania)

Appalto di servizi - Affidamento diretto - Società mista pubblico-privata - Affidamento “in house” - Presupposti di applicabilità - Controllo analogo - Non sussiste - Partecipazione minoritaria privata - Capitale privato - Impresa persegue interessi privati - Mancato espletamento procedura di aggiudicazione - Va garantita tutela giurisdizionale

Nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate.

L'obbligo degli Stati membri di garantire la possibilità di mezzi di ricorso efficaci e rapidi contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici si estende anche alle decisioni adottate al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto e prima di un atto di formale messa in concorrenza, in particolare alla decisione sulla questione se un determinato appalto rientri nell'ambito di applicazione ratione personae e ratione materiae della direttiva 92/50. Tale possibilità di ricorso è concessa a qualsiasi soggetto che abbia o abbia avuto inte-

resse a ottenere l'appalto di cui trattasi e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata, a partire dal momento in cui viene manifestata la volontà dell'amministrazione aggiudicatrice idonea a produrre effetti giuridici. Pertanto, gli Stati membri non sono autorizzati a subordinare la possibilità di ricorso al fatto che la procedura di affidamento di appalto pubblico in questione abbia formalmente raggiunto una fase determinata.

NOTE A SENTENZA

- Note in tema di affidamenti in house e diritto comunitario, in *Il Foro amministrativo*, 2004, p. 2416-2423 [VARONE]
- Lo stato degli atti sull'in house providing, in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, 2004, I, p. 1087-1100 [MORICCA]
- L'affidamento diretto di servizi a società mista, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, p. 271-276, [GUCCIONE]
- Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è "casa" per le società a capitale misto, in *Il Foro italiano*, 2005, 136-140 [URSI]
- Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia, in *Il Foro amministrativo*, 2005, p. 666-675 [SCOTTI]
- Disciplina comunitaria degli appalti pubblici e affidamento diretto a società miste: la partecipazione minoritaria dell'investitore privato esclude il controllo analogo della pubblica amministrazione, in *Diritto del commercio internazionale*, 2005, p.169-186 [FERRANDO]
- La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di giustizia nella sentenza Stadt Halle, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p.1004-1023 [FERRARO]
- Servizi pubblici locali ed interpretazione restrittiva delle deroghe alla disciplina dell'aggiudicazione concorrenziale, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, p. 834-838 [FERRARI]
- Les relations in-house et le syndrome du cheval à bascule - Quelques considérations à propos de l'arrêt Stadt Halle, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2006, p. 47-57 [MARCHEGIANI]
- L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario, in *Giurisprudenza commerciale*, 2007, p. 63-85 [OCCHILUPO]

§ 1.07

LA PARTECIPAZIONE DEI PRIVATI AL CAPITALE SOCIALE, ANCORCHÈ MINIMA O SOLO POTENZIALE, IMPEDISCE IL CONTROLLO ANALOGO

Corte di giustizia, Grande Sezione, 21 luglio 2005, C-231/03, Consorzio Aziende Metano (CONAME) - ECLI:EU:C:2005:487

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia)

Concessione di servizio pubblico - Distribuzione gas - Società a prevalente capitale pubblico - Pluralità di soci - Affidamento in house - Presupposti - Controllo analogo - Non sussiste - Partecipazione al capitale sociale - Irrisoria per molti soci - Previsioni statutarie - Possibile apertura a capitale privato

Gli artt. 43 CE (49 TFUE) e 49 CE (56 TFUE) ostano, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, all'affidamento diretto da parte di un Comune di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico, capitale nel quale il detto comune detiene una partecipazione dello 0,97%, qualora tale affidamento non risponda a condizioni di trasparenza.

Tali condizioni, senza necessariamente implicare un obbligo di fare ricorso ad una gara, devono consentire a un'impresa con sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello del detto comune di avere accesso alle informazioni adeguate riguardo alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse a ottenere la detta concessione.



NOTE

L'art. 81 CE (101 TFUE), che si applica secondo la sua formulazione letterale, agli accordi «tra imprese», non si riferisce, in linea di principio, ai contratti di concessione conclusi da un Comune, nella sua veste di pubblica autorità, con un concessionario incaricato dell'esecuzione di un pubblico servizio (pt. 12).



NOTE A SENTENZA

- *Nuove precisazioni in tema di in house providing e di "controllo" sulla partecipazione, non meramente simbolica, degli enti al capitale delle società che gestiscono pubblici servizi, in Il Foro amministrativo, 2005, p. 2004-2015 [GAVERINI]*
- *Trasparenza ed effettività in materia di concessioni di servizi, in Diritto comunitario e degli scambi internazionali, 2005, p. 693-704 [SONCINI]*
- *Alcune interessanti affermazioni della Corte di giustizia sull'applicazione del principio di trasparenza negli appalti pubblici, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2005, p. 1426-1432 [BALDINATO]*
- *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società "in house", in Il Foro italiano 2006, IV, p. 79-82 [URSI]*
- *Servizi pubblici e affidamenti trasparenti, in Giornale di diritto amministrativo, 2006, p. 407-413 [MENTO]*
- *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali, in Diritto amministrativo, 2006, pag. 387-446 [PERFETTI]*

§ 1.08

SUSSISTE CONTROLLO ANALOGO SOLO SE L'AMMINISTRAZIONE È IN GRADO DI VINCOLARE LE DECISIONI DELLA SOCIETÀ IN-HOUSE

Corte di giustizia, Prima Sezione, 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen GmbH - ECLI:EU:C:2005:605

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, sezione autonoma di Bolzano - Verwaltungsgesgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen (Italia)

Concessione di servizi - Gestione parcheggio a pagamento - Società controllata da amministrazione aggiudicatrice - Affidamento in house - Presupposti di applicabilità - Controllo analogo - Influenza determinante - Su obiettivi strategici - Su decisioni importanti - Non sussiste - Indici rilevatori - Possi-

bilità ampliamento oggetto sociale - Area di attività - Apertura a capitale privato

L'attribuzione, da parte di un'autorità pubblica ad un prestatore di servizi, della gestione di un parcheggio pubblico a pagamento, per la quale il prestatore riceve come corrispettivo le somme versate dai terzi per l'utilizzo del parcheggio, costituisce una concessione di pubblici servizi a cui non è applicabile la direttiva 92/50/CEE.

Gli artt. 43 CE (49 TFUE) e 49 CE (56 TFUE) nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano a che un'autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi a una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale della detta autorità pubblica, società il cui oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale dev'essere a breve termine obbligatoriamente aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutto il paese e all'estero, e il cui Consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente.

 **NOTE**

Le pubbliche autorità che concludono contratti di concessione di servizi pubblici sono tenute a rispettare in generale le norme fondamentali del Trattato CE, segnatamente gli artt. 43 CE (49 TFUE) e 49 CE (56 TFUE), e in particolare il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, enunciato all'art. 12 CE (18 TFUE), che costituiscono espressioni specifiche del principio generale della parità di trattamento. I principi della parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità comportano, in particolare, un obbligo di trasparenza che consiste nella garanzia, a favore di ogni potenziale offerente, di un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura della concessione dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

Tuttavia, l'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE (18 TFUE), 43 CE (49 TFUE) e 49 CE (56 TFUE), e nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione, è esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sull'ente concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se il detto ente esercita la maggior parte della sua attività con l'autorità detentrica.

Le disposizioni e i principi precitati ostano in quest'ottica a che un'autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi a una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale della detta autorità pubblica – società il cui oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale dev'essere a breve termine obbligatoriamente aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutto il paese e all'estero – e il cui Consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente (pt. 46-49, 62, 72).

 **NOTE A SENTENZA**

- *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2006, pt. 2, p. 780-797 [Demuro]

- *S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2006, p. 1670-1687 [CALSORARO]

- *Affidamenti in house in senso ampio: la Corte mette in crisi l'idea della neutralità dello strumento societario*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2006, pt. 3, p. 103-116 [D'Alessandro]

- *Parking Brixen: Teckal da totem a tabù?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, p. 271-277 [FERRARI]

- *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società "in house"*, in *Il Foro italiano*, 2006,

pt. 1, p. 79-82 [URSI]

- Nota alla sentenza *Parking Brixen*: la Corte di giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, p. 227-240 [BALDINATO]

- L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, p. 137-145 [PIPERATA]

- Concessioni di pubblici servizi, principi dell'in house providing e situazioni interne, in *Urbanistica e appalti*, 2006, p. 31-39 [LOTTI]

- Gli equilibri instabili dell'in house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?, in *Giustizia civile*, 2006, pt. 1, p. 13-32 [IAIONE]

- In house providing: questioni vecchie e nuove, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2006, p. 44-56 [GILBERTI]

- I giudici comunitari negano la "neutralità" delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 1915-1932 [GOISIS]

- La Corte suona il de profundis per l'in house, in *Giustizia amministrativa*, 2005, p. 1061-1064 [CLARIZIA]

- Ulteriori sviluppi sull'in house providing, in *Rassegna dell'avvocatura dello stato*, 2005, p. 44-50 [FIENGO]

- Nozioni di affidamento esterno e affidamento diretto o in house di concessioni ai fini dell'individuazione dell'obbligo di espletare una gara per l'aggiudicazione di pubblici servizi, in *Le Società*, 2005, 12, p. 1565 e ss. [BIGI]

§ 1.09

LA VERIFICA DEI PRESUPPOSTI DELL'IN-HOUSE VA OPERATA TENUTO CONTO ANCHE DEI FATTI SOCIETARI SUCCESSIVI ALL'AFFIDAMENTO

Corte di giustizia, Prima Sezione, 10 novembre 2005, C-29/04, Commissione vs. Austria - ECLI:EU:C:2005:670

Ricorso per inadempimento

Appalto di servizi - Smaltimento di rifiuti - Affidamento in house a società con capitale interamente pubblico - Successiva cessione quote di minoranza a socio privato - Violazione regole di concorrenza - Non sussistono presupposti per eccezione in house

La Repubblica d'Austria è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza della direttiva 92/50/CEE avendo la città di Mödling ha stipulato il contratto relativo allo smaltimento dei rifiuti senza che siano state rispettate le norme di procedura e di pubblicità previste dal combinato disposto degli artt. 8, 11, n. 1, e 15, n. 2, della direttiva stessa.



NOTE

Uno Stato membro il quale permette l'aggiudicazione, da parte di un comune, di un appalto pubblico di servizi relativo allo smaltimento di rifiuti ad una società giuridicamente distinta da tale ente locale e detenuta, per il 49%, da una società privata, senza che siano state rispettate le norme di procedura e di pubblicità previ-

ste dalla direttiva 92/50, viene meno agli obblighi ad esso incombenti in forza della detta direttiva. Infatti, nel caso in cui un' autorità aggiudicatrice abbia l' intenzione di concludere un contratto a titolo oneroso riguardante servizi che rientrano nel campo di applicazione materiale della direttiva 92/50 con una società giuridicamente distinta da essa, nel capitale della quale detenga una partecipazione con una o più imprese private, le procedure di appalto pubblico previste da tale direttiva devono essere applicate in ogni caso.



NOTE A SENTENZA

- *Divieto di affidamento di servizi pubblici senza gara a società mista e ulteriore restrizione dell' in house providing*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, p. 160-168 [GIOVANELLI]
- *Gli affidamenti in house: rassegna della giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza Tragsa II del 2007*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, p. 281-317 [SONCINI]

§ 1.10

LEGITTIMA LA NORMA NAZIONALE CHE DISPONE L'AFFIDAMENTO DIRETTO DELLA CONCESSIONE DI SERVIZIO PUBBLICO SE RICORRONO I PRESUPPOSTI DELL'IN HOUSE

Corte di giustizia, Prima Sezione, 6 aprile 2006, C-410/04, Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) - ECLI:EU:C:2006:237

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Italia)

Concessioni di servizi pubblici - Trasporto pubblico locale - Affidamento senza procedura di gara - Capitale sociale dell'impresa affidataria interamente detenuto dall'amministrazione - Affidamento in house - Presupposti - Controllo analogo a quello esercitato dall'ente sui propri servizi - Parte prevalente dell'attività svolta con l'ente che detiene la società in house

Gli artt. 43 CE (49 TFUE), 49 CE (56 TFUE) e 86 CE (106 TFUE), nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione sulla base della nazionalità e di trasparenza non ostano a una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una società della quale esso detiene l'intero capitale, a condizione che l'ente pubblico eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la detiene.



NOTE A SENTENZA

- *Ancora sui requisiti Teckal: la coperta è sempre più corta*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2006, p. 1367-1372 [FERRARI]
- *In house providing e tutela della concorrenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, p. 841-850 [LACAVA]
- *Gestione dei servizi pubblici locali: affidamento "in house" o procedura ad evidenza pubblica? La scelta agli Enti locali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2006, p. 2174-2182 [ROLANDO]
- *L'evoluzione del concetto dell' in house providing dalla sentenza Teckal C-107/98 alla sentenza C-410/04*

della Corte di giustizia, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2006, p. 363-378, [VENTURI]
- *Brevissime considerazioni sul vincolo di destinazione dell'attività delle società "in house"*, in *Il Foro italiano*, 2006, pt. 1, p. 512 - 514 [URSI]

§ 1.11

LA CORTE PRECISA SIGNIFICATO E CONTENUTI DEI PRESUPPOSTI PER L'APPLICABILITÀ DELL'IN-HOUSE: "CONTROLLO ANALOGO" E "PREVALENZA DELL'ATTIVITÀ"

Corte di giustizia, Prima Sezione, 11 maggio 2006, C-340/04, Carbotermo SpA - ECLI:EU:C:2006:308

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia)

Appalto misto servizi e forniture - Manutenzione e combustibili - Affidamento diretto a società pubbliche - Pluralità di enti partecipanti - Affidamento in house - Presupposti - Non sussistono - A. Controllo analogo - Consiglio di amministrazione - Ampi poteri gestionali - Autonomia decisionale - B. Prevalenza dell'attività svolta - Fatturato realizzato in relazione agli affidamenti - Attività realizzata dall'impresa con tutti gli enti

La direttiva 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, osta all'affidamento diretto di un appalto di forniture e di servizi, con prevalenza del valore della fornitura, a una società per azioni il cui consiglio di amministrazione possiede ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma e il cui capitale è, allo stato attuale, interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza l'amministrazione aggiudicatrice.

La condizione d'inapplicabilità della direttiva 93/36 secondo la quale l'impresa cui è stato direttamente affidato un appalto di fornitura deve svolgere la parte più importante dell'attività con l'ente pubblico che la detiene non va accertata facendo applicazione dell'art. 13 della direttiva 93/38/CEE (settori esclusi).

Nel valutare se un'impresa svolga la parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene, al fine di decidere in merito all'applicabilità della direttiva 93/36, si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività.



NOTE

Con riferimento alla fattispecie in esame non risulta soddisfatta la condizione relativa all'inapplicabilità della direttiva 93/36, secondo la quale l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla società aggiudicataria dell'appalto pubblico in questione un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Per valutare tale condizione, è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consente

all'amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni.

Così non è nel caso in cui il controllo esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice si risolva sostanzialmente nei poteri che il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci, la qual cosa limita considerevolmente il suo potere di influire sulle decisioni delle società di cui trattasi. Inoltre, qualora l'eventuale influenza dell'amministrazione aggiudicatrice venga esercitata mediante una società holding, l'intervento di un siffatto tramite può indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale (pt. 38 - 40, 47).

Per valutare la condizione relativa all'inapplicabilità della direttiva 93/36, secondo la quale l'impresa cui è stato direttamente affidato un appalto di fornitura deve svolgere la parte più importante dell'attività con l'ente pubblico che la detiene, non si deve applicare l'art. 13, ai sensi del quale la detta direttiva non si applica agli appalti di servizi affidati a un'impresa collegata qualora almeno l'80% della cifra d'affari media realizzata nella Comunità dall'impresa in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla fornitura di detti servizi alle imprese alle quali è collegata. Questa condizione è soddisfatta solo se l'attività di detta impresa è principalmente destinata all'ente che la detiene o agli enti che la detengono, e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale.



NOTE A SENTENZA

- *Corte di Giustizia e involuzione dell'in house providing*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, p. 1048-1054 [LOTTI]
- *Diritto societario e in house providing*, in *Rivista di diritto societario*, 2008, pt. 2, p. 534-55 [CALLEA; CARIDI]
- *Ancora sui requisiti Teckal: la coperta è sempre più corta*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo 2006*, p. 1367-1372 [FERRARI]
- *In house providing e tutela della concorrenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, p. 841-850 [LACAVA]

§ 1.12

PER LA SOCIETÀ PUBBLICA “TRAGSA” SUSSISTONO I PRESUPPOSTI DELL’AFFIDAMENTO IN-HOUSE DA PARTE DEI SOCI (STATO, COMUNITÀ AUTONOME, ORGANISMI PUBBLICI DIPENDENTI)

Corte di giustizia, Seconda Sezione, 19 aprile 2007, C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) - ECLI:EU:C:2007:227

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunal Supremo (Spagna)

Appalti pubblici - Normativa nazionale - Impresa pubblica - Pluralità di soci amministrazioni pubbliche - Affidamento in house - Presupposti - Controllo analogo - Struttura di gestione interna società in house - Prevalenza attività svolta con autorità pubbliche di riferimento

Le direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE non ostano ad un regime giuridico quale quello di cui gode la Transformación Agraria SA, che le consente, in quanto impresa pubblica

operante in qualità di strumento esecutivo interno e servizio tecnico di diverse amministrazioni pubbliche, di realizzare operazioni senza essere assoggettata al regime previsto dalle direttive appalti, qualora, da un lato, le amministrazioni pubbliche interessate esercitino su tale impresa un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi e, dall'altro, la detta impresa realizzi la parte più importante della sua attività con le amministrazioni di cui trattasi.

 NOTE

L'art. 86, n. 1, CE (106 TFUE), secondo il quale gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del Trattato, specialmente a quelle contemplate dagli artt. 12 CE (18 TFUE) e da 81 CE a 89 CE incluso (101 – 109 TFUE), non ha portata autonoma, nel senso che esso dev'essere letto in combinato con le pertinenti previsioni del Trattato.

 NOTE A SENTENZA

- *Un significativo allargamento dell'in house providing*, in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, 2007, Sez. I, p. 254-255 [FIENGO]
- *Un raro esempio di controllo analogo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, p. 1374-1376 [FERRARI]
- *Dodo, Rondine o Fenice: quale futuro per l'in house?*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, p. 1486-1492 [CARANTA]

§ 1.13

GLI AFFIDAMENTI ALLA SOCIETÀ “AUGUSTA” A CAPITALE PUBBLICO E PRIVATO NON SONO CONFIGURABILI COME FORNITURE IN-HOUSE

Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 aprile 2008, C-337/05, Commissione vs. Repubblica italiana - ECLI:EU:C:2008:203

Ricorso per inadempimento

Appalto di forniture - Elicotteri - Assenza di gara - Configurazione in house - Non sussiste - Controllo analogo - Presenza di capitali privati - Obbligo di riservatezza - Informazioni sensibili relative alla produzione - Non impedisce il ricorso a procedura di gara - Principi di proporzionalità e adeguatezza

La Repubblica italiana, avendo posto in essere una prassi, esistente da lungo tempo e tuttora seguita, di attribuzione diretta all'Agusta degli appalti per l'acquisto di elicotteri di fabbricazione Agusta e Agusta Bell, destinati a sopperire alle esigenze di diversi corpi militari e civili, al di fuori di qualsiasi procedura di gara e, segnatamente, senza rispettare le procedure previste dalla direttiva 93/36/CEE è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tali direttive.

 NOTE

Risulta, in particolare, dal dodicesimo 'considerando' della direttiva 93/36 che la procedura negoziata deve essere ritenuta eccezionale e deve essere applicata soltanto in casi elencati espressamente. La direttiva menziona tassativamente ed espressamente le uniche eccezioni per le quali è consentito il ricorso alla procedura negoziata. Infatti, le deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti pubblici devono essere interpretate restrittivamente. Gli Stati membri non possono quindi introdurre ipotesi di ricorso alla procedura negoziata non previste dalla direttiva medesima o aggiungere alle ipotesi espressamente previste dalla direttiva in esame nuove condizioni aventi l'effetto di rendere più agevole il ricorso a detta procedura. Inoltre, l'onere di dimostrare che sussistono effettivamente le circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intende avvalersene (pt 56-58, sentenza).

Lo Stato membro che pone in essere una prassi, esistente da lungo tempo e tuttora seguita, di attribuzione diretta degli appalti per l'acquisto di elicotteri di una certa marca nazionale destinati a sopperire alle esigenze di diversi corpi militari e civili al di fuori di qualsiasi procedura di gara e, segnatamente, senza rispettare le procedure previste delle direttive viene meno agli obblighi ad esso incombenti.

Siffatta prassi non può essere giustificata dall'esistenza di una relazione «in house», qualora un'impresa privata abbia una partecipazione, anche minoritaria, al capitale della società produttrice di questi elicotteri, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, sicché tale amministrazione non possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi.

Peraltro, con riguardo alle esigenze legittime di interesse nazionale ogni Stato membro può adottare le misure che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico, purché tali misure non alterino le condizioni di concorrenza nel mercato comune per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari. Pertanto, l'acquisto di attrezzature la cui destinazione a fini militari sia dubbia deve necessariamente rispettare le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. La fornitura di elicotteri a corpi militari ai fini di un uso civile deve rispettare le medesime regole (pt. 38-41, 46-49 e 60, sentenza).

 NOTE A SENTENZA

- *Affidamento in house e forniture pubbliche di elicotteri: il "caso Agusta"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, p. 1247-1254 [GIORGIO]

- *La questione degli elicotteri Agusta*, in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, 2006, p. 75-78 [MIRTI]

- *Il carattere di società mista del fornitore esclude un ricorso all'affidamento in house*, in *Guida al Diritto*, 2008, p. 107-111 [MEZZACAPO]

§ 1.14

LA CORTE CONFERMA I PRESUPPOSTI PER L'AFFIDAMENTO IN-HOUSE DI SERVIZI E FORNITURE ALLE AZIENDE MUNICIPALI

Ordinanza della Corte di giustizia, Settima Sezione, 10 aprile 2008, C-323/07, Termoraggi Spa - ECLI:EU:C:2008:203

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia)

Appalto misto di servizi e forniture - Gestione calore e interventi di manutenzione - Disciplina applicabile - Criterio della prevalenza - Affidamento diretto ad azienda municipale - Affidamento in house - Conferma presupposti definiti dalla giurisprudenza comunitaria - Verifica sussistenza - Rinvio al giudice nazionale

Le direttive 92/50/CEE e 93/36/CEE non sono applicabili ad un appalto concluso tra, da una parte, un ente locale e, dall'altra, una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo, nel caso in cui l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e, nel contempo, questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano.

L'art. 6 della direttiva 92/50 trova applicazione solo se esistono disposizioni legislative, regolamentari od amministrative pubblicate che conferiscono all'aggiudicatario un diritto esclusivo relativo all'oggetto dell'appalto aggiudicato.



NOTE A SENTENZA

- Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini, in *Diritto amministrativo*, 2008, 3, p. 579 ss. [GOISIS]

§ 1.15

LO STATO ITALIANO DIMOSTRA L'ESISTENZA DEI PRESUPPOSTI PER L'AFFIDAMENTO IN HOUSE DI SERVIZI INFORMATICI A SOCIETÀ DI CAPITALI COSTITUITA DA PLURALITÀ DI ENTI LOCALI

[Corte di giustizia, Seconda Sezione, 17 luglio 2008, C-371/05, Commissione vs. Repubblica italiana - ECLI:EU:C:2008:410](#)

Ricorso per inadempimento

Appalti pubblici di servizi - Gestione, manutenzione e sviluppo servizi informatici - Aggiudicazione senza gara - Affidamento in house - Presupposti - Controllo analogo - Significato - Controllo strutturale e funzionale sulla società in house - Indicatori - Struttura del capitale sociale - Partecipazione di privati - Mera possibilità - Ammissibilità

La Repubblica italiana ha sufficientemente dimostrato in diritto che le condizioni richieste dalla giurisprudenza Teckal e ss. sono soddisfatte e che, pertanto, il Comune di Mantova non era tenuto a indire una gara pubblica prima di concludere la convenzione. Il ricorso della Commissione è respinto.



NOTE

La sentenza, pur pronunciata su un ricorso per inadempimento, svolge interessanti approfondimenti sui requisiti che legittimano l'eccezione in house. In particolare viene precisato il significato che assume il controllo analogo con riferimento (i) all'effettiva capacità dell'amministrazione di incidere sulle scelte della società affidataria e (ii) alla natura (pubblica e privata) dei partecipanti al capitale sociale.



NOTE A SENTENZA

- *Affidamenti in house, requisito del controllo analogo e cessione del capitale sociale: la Corte apre ai privati, ma rischia di destabilizzare il sistema interno*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p.2016-2021 [DE FALCO]
- *TAR Sardegna: l'affidamento in house alla luce del Regolamento CE n. 1370/2007 e della sentenza del 17 luglio 2008 (causa C-371/05) della Corte di Giustizia CE*, in *Il Foro amministrativo*, 2008, p.2254-2263 [DI GIACOMO RUSSO]
- *In house providing, partenariati pubblico-privato istituzionalizzati e partecipazione al capitale sociale a scopo di finanziamento*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, II, p.8-25 [PIAZZONI]
- *Affidamenti in house: la Corte torna sui propri passi e attenua i requisiti di ammissibilità*, in *Osservatorio appalti*, 2008, [COZZIO]
- *La Corte di giustizia modifica la propria giurisdizione sull'in house?*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2009, p. 170-194 [SCARALE]
- *In House Providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, p. 140-141 [VOLPE]

§ 1.16

LA CORTE PRECISA IL CONTENUTO DEL CONTROLLO ANALOGO NEI CASI DI SOCIETÀ PUBBLICHE CON PLURALITÀ DI SOCI.

Corte di giustizia, Terza Sezione, 13 novembre 2008, C-324/07, Coditel Brabant SA - ECLI:EU:C:2008:621

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Conseil d'État (Belgio)

Concessioni di servizi pubblici - Gestione rete comunale di teledistribuzione - Affidamento diretto - Società cooperativa intercomunale - Presupposti - Controllo analogo - Pluralità soci pubblici - Ammissibilità - Entità delle partecipazioni al capitale sociale - Irrilevanza - Struttura governance societaria - Presenza delegati delle amministrazioni - Capacità di influenza su assemblea e consiglio di amministrazione

Gli artt. 43 CE (49 TFUE) e 49 CE (56 TFUE), i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità nonché l'obbligo di trasparenza che ne discende non ostano a che un'autorità pubblica assegni, senza bandire una gara d'appalto, una concessione di servizi pubblici a una società cooperativa intercomunale i cui soci sono tutti autorità pubbliche, allorché dette autorità pubbliche esercitano su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e la società in parola svolge la parte essenziale della sua attività con dette autorità pubbliche.

Quando le decisioni relative alle attività di una società cooperativa intercomunale detenute esclusivamente da autorità pubbliche sono adottate da organi statuari di detta società composti di rappresentanti delle autorità pubbliche associate, il controllo esercitato su tali decisioni dalle autorità pubbliche può essere considerato tale da consentire loro di esercitare sulla società di cui trattasi un controllo analogo a quello che esercitano sui propri servizi.

Qualora un'autorità pubblica si associ ad una società cooperativa intercomunale i cui soci sono tutti autorità pubbliche, al fine di trasferirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità associate a detta società esercitano su quest'ultima, per poter essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, può essere esercitato congiuntamente dalle stesse, deliberando, eventualmente, a maggioranza.



NOTE

Per valutare se un'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che l'ente concessionario è soggetto a un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detto ente.

Un tale controllo deve essere analogo a quello che la medesima autorità esercita sui propri servizi, ma non identico ad esso in ogni elemento. L'importante è che il controllo esercitato sull'ente concessionario sia effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale.

Allorché varie autorità pubbliche scelgono di svolgere le loro missioni di servizio pubblico facendo ricorso ad un ente concessionario comune, è di norma escluso che una di tali autorità, salvo che detenga una partecipazione maggioritaria nell'ente in questione, eserciti da sola un controllo determinante sulle decisioni di tale ente. Richiedere che il controllo esercitato da un'autorità pubblica in un caso del genere sia individuale avrebbe la conseguenza d'imporre una gara di appalto nella maggior parte dei casi in cui un'autorità pubblica intendesse associarsi ad un gruppo formato da altre autorità pubbliche, come una società cooperativa intercomunale.

Orbene, un risultato del genere non sarebbe conforme al sistema di norme comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni. Infatti, un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. Detta possibilità per le autorità pubbliche di ricorrere ai propri strumenti per adempiere alle loro missioni di servizio pubblico può essere utilizzata in collaborazione con altre autorità pubbliche. Pertanto, nel caso in cui varie autorità pubbliche detengano un ente concessionario cui affidano l'adempimento di una delle loro missioni di servizio pubblico, il controllo che dette autorità pubbliche esercitano sull'ente in parola può venire da loro esercitato congiuntamente. Nel caso di un organo collegiale, la procedura utilizzata per adottare la decisione, segnatamente il ricorso alla maggioranza, non incide (pt. 46 - 51).



NOTE A SENTENZA

- *Affidamento di servizi pubblici locali: la Corte apre la strada al consorzio tra Comuni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, p.354-356 [FERRARI]

- *La Corte di giustizia chiarisce i contorni dell'in house pubblico*, in *Giurisprudenza italiana 2009*, p.1254-1258 [CARANTA]

- *Le determinanti del controllo analogo "in forma collettiva" nell'istituto dell'in house providing*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2009, p. 407-440 [BASSI]

- *Affidamento in house della concessione per la gestione di una rete di teledistribuzione: controllo analogo e controllo pubblico*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, p. 285-300 [LEGGIADRO]

§ 1.17

LE DIRETTIVE SUGLI APPALTI PUBBLICI NON SI APPLICANO AGLI ACCORDI DI COOPERAZIONE TRA AMMINISTRAZIONI PER LA GESTIONE DI SERVIZIO PUBBLICO (TERMOVALORIZZAZIONE DEI RIFIUTI). LA CORTE NON CHIARISCE DIFFERENZE CON LE IPOTESI DI APPLICABILITÀ DELL'IN HOUSE

Corte di giustizia, Grande Sezione, 9 giugno 2009, C-480/06, Commissione vs. Repubblica federale di Germania - ECLI:EU:C:2009:357

Ricorso per inadempimento

Appalto pubblico di servizi - Smaltimento e termovalorizzazione rifiuti - Affidamento con procedura negoziata senza bando - Accordo di cooperazione tra pluralità di enti di diritto pubblico - Ammissibilità - Non violazione regole europee sulla concorrenza

Un contratto che costituisca tanto il fondamento quanto il quadro giuridico per la costruzione e la gestione future di un impianto destinato all'espletamento di un servizio pubblico, ossia la termovalorizzazione dei rifiuti, qualora sia stato stipulato soltanto da autorità pubbliche senza la partecipazione di una parte privata e non preveda né pregiudichi l'aggiudicazione degli appalti eventualmente necessari per la costruzione e la gestione dell'impianto di trattamento dei rifiuti, non si colloca nell'ambito di applicazione della direttiva 92/50, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (pt. 44-45).

Infatti, un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incumbenti mediante propri strumenti o in collaborazione con altre autorità pubbliche, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. A tal proposito, da una parte il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico. Dall'altra, una cooperazione del genere tra autorità pubbliche non può rimettere in questione l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, poiché l'attuazione di tale cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico e poiché viene salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati di cui alla direttiva 92/50, cosicché nessun impresa privata viene posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti (pt. 47).



NOTE A SENTENZA

- Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 10, p. 1176-1182 [GALLO]

- La cooperazione tra autorità pubbliche, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 7, p. 803 e ss. [PROTTO, CARANTA]

§ 1.18

LA POSSIBILITÀ PER I PRIVATI DI PARTECIPARE AL CAPITALE DI UNA SOCIETÀ CHE EROGA UN SERVIZIO PUBBLICO NON ESCLUDE IL CONTROLLO ANALOGO

Corte di giustizia, Terza Sezione, 10 settembre 2009, C-573/07, SEA srl - ECLI:EU:C:2009:532

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia)

Appalto di servizi - Raccolta, trasporto e smaltimento rifiuti - Procedure di aggiudicazione - Assegnazione senza gara - Società per azioni con capitale sociale detenuto da enti pubblici - Requisiti eccezione in house - Controllo analogo - Struttura del capitale - Possibilità partecipazione di capitale privato - Ammissibilità

Gli artt. 43 CE (49 TFUE) e 49 CE (56 TFUE), i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza così come l'obbligo di trasparenza che ne discende non ostano all'affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi ad una società per azioni a capitale interamente pubblico qualora l'ente pubblico che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e questa società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano.

Fatta salva la verifica da parte del giudice del rinvio dell'operatività delle disposizioni statutarie di cui trattasi, il controllo esercitato dagli enti azionisti sulla detta società può essere considerato analogo a quello esercitato sui propri servizi in circostanze come quelle di cui alla causa principale, in cui:

- l'attività di tale società è limitata al territorio di detti enti ed è esercitata fundamentalmente a beneficio di questi ultimi, e*
- tramite organi statutari composti da rappresentanti di detti enti, questi ultimi esercitano un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società.*



NOTE A SENTENZA

- Un utile riassunto sul tema degli "appalti in house", in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, 2009, III, Sez. II, p.151, [FIENGO]*
- Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e controllo "analogo" esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali "extra-codicistiche", in *Il Foro amministrativo*, 2009, p.2246-2255, [MORZENTI PELLEGRINI]*
- In house providing, un capitolo chiuso?, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, p. 1925-1927, [FERRARI]*
- L'in house pluripartecipato e il caso Sea, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, p.129-134, [GIORGIO]*
- Affidamenti in house: la possibilità per i privati di partecipare al capitale di una società che eroga un servizio pubblico non esclude il controllo analogo, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2010, p.63-78, [BIANCHI; PONZONE]*
- La Corte ce continua la rifinitura dell'in house. ma il diritto interno va in controtendenza, in *Urbanistica e appalti*, 2010, I, p. 38 e ss. [VOLPE]*

§ RINVIO

➔ *rinvio a § 2.17*

Corte di giustizia, Quarta sezione, 15 ottobre 2009, C-275/08, Commissione vs. Germania - ECLI:EU:C:2009:632

Ricorso per inadempimento

§ 1.19

NEI CASI DI PARTECIPAZIONE CONGIUNTA ALLA SOCIETÀ IN HOUSE TUTTI I SOCI DEVONO POTER ESERCITARE UN CONTROLLO APPREZZABILE E PROPORZIONATO SULLA SOCIETÀ

Corte di giustizia, Terza Sezione, 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11, Econord SpA, ECLI:EU:C:2012:758

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Consiglio di Stato (Italia)

Appalti di servizi - Affidataria - Società di capitali - Partecipata da più enti locali territoriali - Affidamento in house - Presupposti di applicabilità - Controllo analogo - Esercizio in forma congiunta - Ammissibilità - Condizioni - Controllo effettivo, strutturale e funzionale - Partecipazione di tutti i partecipanti agli organi direttivi e al capitale sociale

Quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un'entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un'autorità pubblica aderisce ad un'entità siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui tali autorità, per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme del diritto dell'Unione, debbono esercitare congiuntamente sull'entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta.



NOTE

Sussiste un controllo analogo quando l'entità in house è assoggettata a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzare le decisioni dell'entità medesima. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di tale entità. In altri termini, l'amministrazione aggiudicatrice deve essere in grado di esercitare su tale entità un controllo strutturale e funzionale. Tale controllo deve anche essere effettivo.

In caso di ricorso ad un'entità detenuta in comune da più autorità pubbliche, il controllo analogo può essere esercitato congiuntamente da tali autorità, senza che sia indispensabile che detto controllo venga esercitato individualmente da ciascuna di esse. Da ciò consegue che, se un'autorità pubblica diventa socia di minoranza di una società per azioni a capitale interamente pubblico al fine di attribuirle la gestione di un servizio pub-

blico, il controllo che le autorità pubbliche associate nell'ambito di tale società esercitano su quest'ultima può essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, qualora esso venga esercitato congiuntamente dalle autorità suddette.

Date tali premesse, non vi è dubbio che, ove più autorità pubbliche facciano ricorso ad un'entità comune ai fini dell'adempimento di un compito comune di servizio pubblico, non è indispensabile che ciascuna di esse detenga da sola un potere di controllo individuale su tale entità; ciononostante, il controllo esercitato su quest'ultima non può fondarsi soltanto sul potere di controllo dell'autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale dell'entità in questione, e ciò perché, in caso contrario, verrebbe svuotata di significato la nozione stessa di controllo congiunto.

L'eventualità che un'amministrazione aggiudicatrice abbia, nell'ambito di un'entità affidataria posseduta in comune, una posizione inidonea a garantirle la benché minima possibilità di partecipare al controllo di tale entità aprirebbe infatti la strada ad un'elusione dell'applicazione delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o di concessioni di servizi, dal momento che una presenza puramente formale nella compagine di tale entità o in un organo comune incaricato della direzione della stessa dispenserebbe detta amministrazione aggiudicatrice dall'obbligo di avviare una procedura di gara d'appalto secondo le norme dell'Unione, nonostante essa non prenda parte in alcun modo all'esercizio del controllo analogo sull'entità in questione (pt. 27-31 e 33).



NOTE A SENTENZA

- *Cooperazione verticale ed orizzontale tra enti pubblici: verso una "teoria unificata" delle deroghe all'applicazione della normativa europea sugli appalti?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, p. 298-303, [COMBA]
- *Appalti (in house providing)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, p. 909-911, [BARONI]
- *Il controllo analogo sulle società "in house" pluripartecipate da enti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, p. 495-500 [MENTO]
- *'In house': il controllo analogo congiunto degli enti soci*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, p. 310-314 [LEGGIADRO]
- *S.p.a. pubblica ed affidamento diretto: la Corte di giustizia rifinisce "l'in house frazionato" in una sentenza foriera di conseguenze*, in *Giustamm*, 6, 2013 [FURNO]

§ 1.20

ANCHE NELLE IPOTESI DI IN HOUSE ORIZZONTALE IL CONTROLLO ANALOGO DEVE ESSERE COMPLETO ED EFFETTIVO PER PROCEDERE CON AFFIDAMENTO DIRETTO

Corte di giustizia, Quinta Sezione, 8 maggio 2014, C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg e al. - ECLI:EU:C:2014:303

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Germania)

Appalto di forniture - Sistema di gestione informatico - Affidamento "in house" - Presupposti - Controllo analogo - Non sussiste relazione di controllo tra Amministrazione e affidatario - Entrambi sotto-

posti a controllo dal medesimo ente pubblico - Fattispecie di affidamento in house orizzontale - Portata del controllo - Controllo indiretto e parziale - Necessaria applicazione della direttiva appalti

La direttiva 2004/18/CE (art. 1, par. 2, lett. a) deve essere interpretata nel senso che un contratto avente ad oggetto la fornitura di prodotti, concluso tra, da un lato, un'università che è un'amministrazione aggiudicatrice ed è controllata nel settore delle sue acquisizioni di prodotti e servizi da uno Stato federato tedesco e, dall'altro, un'impresa di diritto privato detenuta dallo Stato federale e dagli Stati federati tedeschi, compreso detto Stato federato, costituisce un appalto pubblico ai sensi della medesima disposizione e, pertanto, deve essere assoggettato alle norme di aggiudicazione di appalti pubblici previste da detta direttiva.



NOTE A SENTENZA

- Spunti sull'ammissibilità dell'in house orizzontale e sulla non configurabilità dell'in house sottoposta a controllo analogo in parte qua, in *Giustamm.it*, 5, 2014 [FISCHIONE F.; FISCHIONE G.]
- *Can horizontal in-house transactions fall within Teckal?*, in *Public Procurement Law Review*, 2014, p. 120-122 [MCGOWAN]
- *La Corte di giustizia si pronuncia sul requisito del "controllo analogo" negli affidamenti in house*, in *Contratti*, 2014, 10, p. 956 [MICHEA]

§ 1.21

LA PARTECIPAZIONE DI PRIVATI SENZA SCOPO DI LUCRO NELLE ORGANIZZAZIONI IN HOUSE NON PERMETTE L'AFFIDAMENTO DIRETTO

Corte di giustizia, Quinta Sezione, 19 giugno 2014, C-574/12, Centro Hospitalar de Setúbal EPE - ECLI:EU:C:2014:2004

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Supremo Tribunal Administrativo (Portogallo)

Appalto di servizi - Affidamento senza procedura di gara - Eccezione in house - Presupposti: controllo analogo - Non sussiste - Soggetto aggiudicatario - Associazione di pubblica utilità e senza scopo di lucro - Soci - Minoranza - Enti di diritto privato, associazioni caritative senza scopo di lucro

Qualora l'aggiudicatario di un appalto pubblico sia un'associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro che, al momento dell'affidamento di tale appalto, comprende tra i suoi membri non solo enti che fanno parte del settore pubblico, ma anche istituzioni caritative private che svolgono attività senza scopo di lucro, la condizione relativa al «controllo analogo», dettata dalla giurisprudenza della Corte affinché l'affidamento di un appalto pubblico possa essere considerato come un'operazione «in house», non è soddisfatta e pertanto la direttiva 2004/18/CE è applicabile.



NOTE

Come precisato nel testo della decisione "tale conclusione non può essere rimessa in discussione dalla circo-

stanza che la partecipazione dei membri privati all'ente aggiudicatario sia solo minoritaria.

Peraltro, la circostanza che l'aggiudicatario è costituito in forma di associazione di diritto privato e non persegua scopo di lucro è priva di rilevanza ai fini dell'applicazione delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e, di conseguenza, dell'eccezione riguardante le operazioni "in house". Infatti, una simile circostanza non esclude che l'entità aggiudicatrice di cui trattasi possa esercitare un'attività economica" (pt. 33, 42 e 44).



NOTE A SENTENZA

- *Appalti pubblici ("in house providing")*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014, p. 1369-1371 [CARULLO]

- *Gli appalti pubblici e l'affidamento "in house" verticale: il criterio del "controllo analogo" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e nella nuova direttiva 2014/24/UE*, in *Il diritto dell'economia*, 2014, p. 583-592 [MONTALDO]

2. PROCEDURE NEGOZiate

Paolo Michiara

2. PROCEDURE NEGOZIATE

§ 2.01

NON POSSONO INVOCARE L'URGENZA IMPERIOSA E RICORRERE ALLA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PUBBLICITÀ LE AMMINISTRAZIONI CHE DISPONEVANO DI TEMPO

Corte di giustizia, 2 agosto 1993, C-107/92, Commissione vs. Repubblica italiana - ECLI:EU:C:1993:344

Ricorso per inadempimento

Appalto pubblico di lavori - Procedure di aggiudicazione - Procedura negoziata senza preventiva pubblicazione del bando di gara - Presupposti - Urgenza imperiosa - Significato - Non ricorre

La Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza della direttiva 71/305/CEE avendo ommesso di inviare all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, ai fini della pubblicazione nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, un bando di gara per la costruzione di una diga paravalanghe in località Colle Isarco/Brennero.

NOTE

La direttiva 71/305 consente, in circostanze eccezionali, deroghe alle disposizioni ordinarie, in particolare a quelle in materia di pubblicità. Tuttavia tali deroghe non sono applicabili se le amministrazioni aggiudicatrici dispongono del tempo sufficiente per indire una procedura accelerata di aggiudicazione quale prevista dalla medesima direttiva.

NOTE A SENTENZA

- Appunti in materia di gare pubbliche e concorrenza, in Rivista di diritto industriale, 1995, II, p. 320 - 331 [MASSIMINO]

§ 2.02

NON COSTITUISCE EVENTO IMPREVEDIBILE (NÉ GIUSTIFICA IL RICORSO ALLA PROCEDURA NEGOZIATA) IL RITARDO DELLE AMMINISTRAZIONI NELL'APPROVAZIONE DEI PROGETTI DI LAVORI

Corte di giustizia, Quinta sezione, 28 marzo 1996, C-318/94, Commissione vs. Germania - ECLI:EU:C:1996:14

Ricorso per inadempimento

Appalto pubblico di lavori - Procedure di aggiudicazione - Procedura negoziata - Senza preventiva pubblicazione del bando di gara - Presupposti - Urgenza imperiosa - Non sussiste

La Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza della direttiva 71/305/CEE avendo l'Ufficio delle acque e della navigazione di Emden attri-

buito l'appalto dei lavori pubblici relativo al dragaggio dell'Ems inferiore fra Papenburg e Oldersum mediante una procedura negoziata, senza previa pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee.

 NOTE

La facoltà prevista dalla direttiva 71/305 di escludere l'espletamento di una gara d'appalto per far ricorso alla procedura negoziata, è subordinata al ricorrere di varie condizioni cumulative, tra cui il sopravvenire di un evento imprevedibile. Se una di queste condizioni non è soddisfatta, il ricorso alla procedura negoziata non è giustificato.

Non costituisce evento imprevedibile il fatto che un ente di uno Stato membro il quale, nell'ambito del procedimento di approvazione dei progetti di lavori pubblici previsto dalla normativa nazionale, deve prestare il proprio assenso a un determinato progetto sollevi, prima del termine ultimo previsto a tale scopo, obiezioni per motivi che esso ha il potere di formulare.

Viene pertanto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza della direttiva uno Stato membro le cui autorità competenti, dopo aver rinunciato all'attribuzione di un appalto pubblico di lavori in base al procedimento di gara in considerazione del ritardo derivante dalla denegata concessione da parte di un ente dell'assenso per i progetti dei lavori inizialmente previsti, attribuiscono un appalto parziale in base alla procedura negoziata, senza previa pubblicazione di un bando di gara.

§ 2.03

L'AMMINISTRAZIONE NON È TENUTA AD AGGIUDICARE L'APPALTO ALL'UNICO CONCORRENTE RISULTATO IDONEO

Corte di giustizia, Quarta sezione, 16 settembre 1999, C-27/98, Metalmeccanica Fracasso SpA - ECLI:EU:C:1999: 420

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Bundesvergabeamt (Austria)

Appalto pubblico di lavori - Procedure di aggiudicazione - Unico offerente idoneo a partecipare alla gara - Obbligo di aggiudicazione - Non sussiste

La direttiva 93/37/CEE deve essere intesa nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice non è tenuta ad attribuire l'appalto all'offerente che è risultato essere il solo idoneo a partecipare alla gara.

 NOTE

Non solo la direttiva non contiene alcuna disposizione che imponga espressamente all'amministrazione aggiudicatrice che ha pubblicato un bando di gara di aggiudicare l'appalto a quest'unico offerente, ma inoltre quest'ultimo non è tenuto a portare a termine una procedura di assegnazione di un appalto pubblico di lavori. L'art. 18, n. 1, della direttiva 93/37 deve essere inteso nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice non è tenuta ad attribuire l'appalto all'offerente che è risultato essere il solo idoneo a partecipare alla gara. Non essendo necessario alcun particolare provvedimento di attuazione per il rispetto delle prescrizioni enunciate, gli obblighi che ne derivano per gli Stati membri sono incondizionati e sufficientemente precisi, con la con-

sequenza che il detto articolo può essere invocato da un singolo dinanzi ai giudici nazionali.

 NOTE A SENTENZA

- Una soluzione "kelseniana" del "rebus" dell'offerta unica, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, 1, p. 257-262 [VOLPE]
- L'attribuzione dell'appalto all'unico offerente e la Direttiva n. 93/37/CEE, in *I Contratti*, 1999, 12, p. 1159 - 1167 [SIMONE]

§ 2.04

I PRESUPPOSTI LEGITTIMANTI LE PROCEDURE NEGOZiate SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE DEL BANDO SONO PREDEFINTI E VANNO INTERPRETATI RESTRITTIVAMENTE

Corte di giustizia, Quinta sezione, 10 aprile 2003, C-20/01 e C-28/01, Commissione vs. Repubblica federale di Germania - ECLI:EU:C:2003:220

Ricorso per inadempimento

Appalto pubblico di servizi - Procedure di aggiudicazione - Procedura negoziata - Senza preventiva pubblicazione del bando di gara - Presupposti - Motivi di natura tecnica - Interpretazione restrittiva

La Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti dalla direttiva 92/50/CEE non avendo il comune di Bockhorn (Germania) bandito alcuna gara d'appalto per l'aggiudicazione di un contratto riguardante il trattamento delle acque reflue né avendo pubblicato nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee il risultato della procedura di aggiudicazione

La Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti dalla direttiva 92/50/CEE avendo la città di Brunswick (Germania) aggiudicato un appalto per lo smaltimento dei rifiuti mediante procedura negoziata non preceduta da pubblicazione del bando di gara, sebbene non ricorressero i presupposti previsti dalla direttiva 92/50 per l'aggiudicazione mediante trattativa privata e senza bando di gara a livello comunitario.

 NOTE

La direttiva 92/50 consente di affidare gli appalti mediante una procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara solo in casi eccezionali indicati nella Direttiva stessa. Le ipotesi che autorizzano deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti pubblici di servizi, devono essere interpretate restrittivamente e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intenda avvalersene. Con riferimento alla fattispecie decisa dalla Corte la deroga disposta dalla direttiva può essere applicata solo qualora sia dimostrato che, a causa di motivi di natura tecnica od artistica ovvero per ragioni attinenti alla tutela di diritti esclusivi, un'unica impresa è effettivamente in grado di eseguire l'appalto di cui trattasi.

Al riguardo la scelta di un trattamento termico dei rifiuti non può essere considerata come un motivo di ordine tecnico tale da giustificare l'affermazione secondo la quale l'appalto poteva essere attribuito solo ad un

particolare prestatore di servizi.

Neppure la prossimità di un prestatore determinato al territorio comunale e/o all'impianto di smaltimento dei rifiuti, senza peraltro dimostrare che il trasporto dei rifiuti su distanze maggiori costituirebbe necessariamente un pericolo per l'ambiente o la salute pubblica, può costituire, di per sé, un motivo di ordine tecnico ai sensi della direttiva 92/50.

La tutela dell'ambiente può costituire una ragione tecnica per cui le amministrazioni possono aggiudicare appalti pubblici di servizi mediante procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara. Tuttavia, la procedura applicata sulla base dell'esistenza di un tale motivo di ordine tecnico deve rispettare i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione, quale si desume dalle disposizioni del Trattato in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi.



NOTE A SENTENZA

- *Interpretazione restrittiva delle deroghe al principio dell'evidenza pubblica e obbligo di colui che intende avvalersene per dimostrare l'esistenza di circostanze eccezionali*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2004, p. 432-445 [DEL VESCOVO]
- *I criteri ambientali negli appalti pubblici alla luce della normativa e della giurisprudenza comunitarie*, in *Il Consiglio di Stato*, 2003, II, p. 809-814 [ANTONUCCI]
- *Bandi di gara per appalti pubblici e ammissibilità delle clausole c.d. « ecologiche »*, in *Foro amm. CDS*, 12, 2003, p. 3515 e ss. [GARZIA]
- *La tutela ambientale nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2003, 5, p. 857 e ss. [GRATANI]

§ 2.05

APPALTO DA REALIZZARE CON MISURE SPECIALI DI SICUREZZA CHE LEGITTIMANO LA DISAPPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA E IL RICORSO ALLA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA GARA

Corte di giustizia, Sesta sezione, 16 ottobre 2003, C-252/01, Commissione vs. Regno del Belgio - ECLI:EU:C:2003:547

Ricorso per inadempimento

Appalto pubblico di servizi - Monitoraggio aereo - Procedure di aggiudicazione - Procedura negoziata - Senza preventiva pubblicazione del bando di gara - Violazione direttiva - Non sussiste

L'esecuzione dei servizi oggetto dell'appalto deve accompagnarsi a misure speciali di sicurezza, tra cui rientra l'ottenimento di un certificato di sicurezza militare da parte dell'impresa prestataria, di conseguenza non trova applicazione la direttiva 92/50. Il ricorso dev'essere dunque respinto.



NOTE

L'art. 4, n. 2, della direttiva 92/50 prevede, in particolare, che la stessa non si applichi ai servizi la cui prestazione debba essere accompagnata da misure speciali di sicurezza secondo le disposizioni legislative, re-

golamentari od amministrative vigenti nello Stato membro. Al riguardo va rilevato che qualsiasi rilievo aereo in Belgio dev'essere sottoposto ai servizi di sicurezza belgi per un controllo ed un eventuale mascheramento, a meno che l'impresa interessata non disponga di un certificato di sicurezza militare, nel qual caso è compito di questa stessa impresa rendere irricognoscibili le immagini di siti classificati come segreti prima di qualsiasi diffusione dei rilievi effettuati. La procedura per l'ottenimento del certificato di sicurezza militare è applicata in maniera rigorosa ed implica un controllo completo dell'impresa interessata. Ogni dipendente che abbia accesso ai rilievi, nonché gli azionisti e il gestore di tale impresa, sono minuziosamente controllati per quanto riguarda il loro passato, le frequentazioni, i viaggi all'estero e l'appartenenza ad organizzazioni. L'ottenimento di un certificato di sicurezza militare non costituisce, quindi, una semplice formalità amministrativa, ma richiede la compresenza di determinati requisiti di funzionamento dell'impresa detentrica. Inoltre, implica che quest'ultima continui a garantire il rispetto dei requisiti di sicurezza nel corso delle successive operazioni.

 NOTE A SENTENZA

- *Appalti pubblici di forniture "segrete" e "militari"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 3-4, p. 1031 e ss. [PONTELLO]

§ 2.06

LE PROCEDURE NEGOZiate SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE DEL BANDO NON POSSONO ESSERE MOTIVATE DA RAGIONI DI URGENZA IMPUTABILI ALL'AMMINISTRAZIONE AGGIUDICATRICE

Corte di giustizia, Seconda sezione, 14 settembre 2004, C-385/02, Commissione vs. Repubblica italiana - ECLI:EU:C:2004:522

Ricorso per inadempimento

Appalto pubblico di lavori - Procedure di aggiudicazione - Procedura negoziata - Senza preventiva pubblicazione del bando di gara - Presupposti - Motivi di urgenza - Ripetizione opere simili - Triennio successivo - Assenza dei presupposti

La Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza della direttiva 93/37/CEE avendo il Magistrato per il Po di Parma, ufficio periferico del Ministero dei Lavori pubblici, attribuito gli appalti relativi alle opere di completamento della costruzione di una cassa di espansione per la laminazione delle piene del torrente Parma, di sistemazione e di completamento di una cassa di espansione del torrente Enza e di regimazione delle piene del torrente Terdoppio mediante ricorso alla procedura negoziata non preceduta da pubblicazione di un bando di gara, senza che ne ricorressero i presupposti.

 NOTE

Le disposizioni della direttiva 93/37/CE, che autorizzano deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato CE nel settore degli appalti pubblici di lavori, devono essere interpretate re-

strittivamente e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intende avvalersene.

L'obiettivo di assicurare la continuità delle opere inerenti a progetti complessi e miranti alla sicurezza idraulica di una regione è una considerazione tecnica di innegabile importanza. Tuttavia, non basta affermare che un insieme di lavori è complesso e delicato per dimostrare che esso deve necessariamente venire affidato ad un solo imprenditore, in particolare allorché i lavori sono ripartiti in lotti la cui realizzazione deve protrarsi per vari anni (pt. 19-21, sentenza).

La direttiva permette di fare ricorso alla procedura negoziata senza preliminare pubblicazione di un bando di gara quando l'urgenza imperativa, risultante da eventi imprevedibili per le amministrazioni aggiudicatrici, non è compatibile con i termini imposti dalle normali procedure. Le circostanze invocate per giustificare l'urgenza non devono tuttavia in alcun caso essere imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici.

La direttiva autorizza il ricorso alla procedura negoziata senza preliminare pubblicazione di un bando di gara, per nuovi lavori consistenti nella ripetizione di opere simili affidate all'impresa aggiudicataria di un primo appalto, limitatamente al triennio "successivo alla conclusione dell'appalto", espressione da riferire alla conclusione del contratto e non alla conclusione dei lavori. Da un lato, trattandosi di una disposizione derogatoria che deve essere interpretata restrittivamente, occorre optare quindi per l'interpretazione che abbrevia il periodo in cui si applica la deroga piuttosto che per quella che lo allunga. Risponde a tale obiettivo l'interpretazione che considera come punto di partenza la data di conclusione del contratto iniziale piuttosto che la data, necessariamente successiva, del completamento dei lavori che ne sono oggetto.

Dall'altro, la certezza del diritto, auspicabile nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, impone che la data d'inizio del periodo in questione possa essere definita in modo certo e obiettivo. Ebbene, se la data di conclusione di un contratto è certa, varie date possono essere considerate rappresentative della conclusione dei lavori e dar luogo ad altrettante incertezze. Inoltre, se la data di conclusione del contratto è definitivamente acquisita all'inizio, la data di conclusione dei lavori, indipendentemente dalla definizione che se ne dà, può essere modificata da fattori accidentali o intenzionali durante tutto il periodo di esecuzione dell'appalto (pt. 33-34, 36-38, sentenza).



NOTE A SENTENZA

- *La trattativa privata nei lavori pubblici: se e quando si può fare*, in *Il Consiglio di Stato*, 2004, II, p. 2049-2062 [DE ROSE]
- *La comparazione delle versioni linguistiche è indispensabile per l'interpretazione delle disposizioni comunitarie*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, p. 361-364 [CASSELLA]
- *Appalti pubblici di lavori a Corte di giustizia Ue: un caso di inadempimento del governo italiano*, in *Informator*, 2005, I, p. 87-101 [STUMPO]
- *La trattativa privata "procedura negoziata" negli appalti di servizi e forniture*, in *Appalti e contratti*, 2006, I, p. 27 e ss. [MASSARI]
- *Procedura negoziata e controllo sulle giustificazioni nel quadro comunitario e nazionale*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2004, 4, p. 545 e ss. [BOTTEON]
- *Illegittima la trattativa privata all'italiana*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, I, p. 42 e ss. [PROTTO]

§ 2.07

LEGITTIMA LA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PUBBLICAZIONE QUANDO L'APPALTO FA SEGUITO A UN CONCORSO DI PROGETTAZIONE, TUTTAVIA DEVE RICORRERE UN NESSO FUNZIONALE DIRETTO TRA CONCORSO E APPALTO

Corte di giustizia, Prima sezione, 14 ottobre 2004, C-340/02, Commissione vs. Repubblica francese - ECLI:EU:C:2004:623

Ricorso per inadempimento

Appalto di servizi - Procedura - Aggiudicazione al vincitore di concorso di progettazione - Procedura negoziata senza previa pubblicazione - - Presupposti - Appalto che "risulti da un concorso di progettazione" - Significato - Necessità nesso funzionale diretto tra concorso e appalto - Non ricorre

La Repubblica francese è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza della direttiva 92/50/CEE poiché la Communauté urbaine du Mans ha aggiudicato un appalto di studi avente ad oggetto l'assistenza all'appaltatore relativamente al depuratore della Chauvinière senza aver proceduto alla pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee.

 NOTE

La facoltà per le amministrazioni di fare ricorso a una procedura negoziata, derogando all'obbligo di previa pubblicazione quando l'appalto risulti da un concorso di progettazione e debba venire aggiudicato a uno dei vincitori del concorso, dev'essere interpretata restrittivamente. L'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano tale deroga grava su colui che intenda avvalersene.

In particolare, l'espressione «risulti da un concorso di progettazione» significa che deve esistere un nesso funzionale diretto tra il concorso e l'appalto di cui trattasi. Tale nesso nell'ambito di un progetto in più fasi non ricorre tra il concorso riguardante una prima fase e l'appalto relativo alla fase successiva, con riferimento al quale l'autorità aggiudicatrice si è riservata la mera facoltà di aggiudicarlo al vincitore del detto concorso (pt. 37-38, 40-41, sentenza).

Il principio della parità di trattamento tra i vari prestatori di servizi previsto dalla direttiva 92/50 e il principio di trasparenza che ne deriva richiedono che l'oggetto di ciascun appalto nonché i criteri della sua aggiudicazione siano chiaramente definiti. Un tale requisito s'impone qualora l'oggetto di un appalto nonché i criteri adottati per la sua aggiudicazione debbano essere considerati elementi decisivi al fine di determinare quale delle procedure previste dalla direttiva debba essere avviata e al fine di valutare l'osservanza degli imperativi propri della procedura così adottata (pt. 34-35, sentenza).

 NOTE A SENTENZA

- Interpretazione restrittiva e deroghe al principio della gara ad evidenza pubblica negli appalti di servizi, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2005, 1, p.443-446 [RANDO]

§ 2.08

VANNO DIMOSTRATI I PRESUPPOSTI PER POTER RICORRERE ALLA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE

Corte di giustizia, Prima sezione, 18 novembre 2004, C-126/03, Commissione vs. Repubblica federale di Germania - ECLI:EU:C:2004:728

Ricorso per inadempimento

Appalto di servizi - Procedura negoziata senza previa pubblicazione - Presupposti - Estrema urgenza - Onere probatorio - Condizioni cumulative

La Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza della direttiva 92/50/CEE poiché l'appalto relativo al trasporto dei rifiuti a partire dai punti di scarico nella regione di Donauwald sino alla centrale termica di Monaco Nord è stato attribuito dal comune di Monaco di Baviera in violazione delle regole di procedura previste dalla direttiva stessa.



NOTE

Il contratto concluso tra il comune di Monaco di Baviera e la Rethmann, in forza del quale tale società si è impegnata ad effettuare il trasporto dei rifiuti a partire dai punti di scarico nella regione di Donauwald sino alla centrale termica di Monaco Nord, ha per oggetto un servizio reso da un'impresa ad un ente locale. Si tratta di un contratto a titolo oneroso, concluso in forma scritta tra un prestatore di servizi e un'amministrazione aggiudicatrice

L'appalto avrebbe potuto essere aggiudicato ricorrendo ad una procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara ("per l'estrema urgenza, determinata da avvenimenti imprevedibili per l'amministrazione"). Al riguardo l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intenda avvalersene e tale deroga è subordinata a tre condizioni cumulative. Essa presuppone la sussistenza di un evento imprevedibile, di un'eccezionale urgenza incompatibile con i termini richiesti da altre procedure e di un nesso di causalità tra l'evento imprevedibile e la situazione di eccezionale urgenza che ne deriva. La Repubblica federale di Germania non ha dimostrato che esistesse una situazione di eccezionale urgenza.



NOTE A SENTENZA

- *Nozione di amministrazione aggiudicatrice, in Urbanistica e appalti, 2005, 7, p. 781 [PROTTO]*

§ 2.09

GLI STATI MEMBRI POSSONO RICORRERE ALLA PROCEDURA NEGOZIATA SOLO NEI CASI PREVISTI DALLE DIRETTIVE

Corte di giustizia, Seconda sezione, 13 gennaio 2005, C-84/03, Commissione vs. Regno di Spagna - ECLI:EU:C:2005:14

Ricorso per inadempimento

Appalti pubblici di forniture e lavori - Procedure di aggiudicazione - Procedura negoziata - Senza preventiva pubblicazione del bando di gara - Presupposti - Nuovi casi non previsti dalla direttiva - Divieto

Il Regno di Spagna non ha trasposto correttamente nel proprio ordinamento le direttive 93/36/CEE e 93/37/CEE avendo escluso dall'ambito di applicazione della Ley de Contratos de las Administraciones Públicas:

- gli enti di diritto privato che pur sono classificabili come organismo di diritto pubblico ai sensi delle due direttive;

- gli accordi di collaborazione stipulati tra le amministrazioni pubbliche e gli altri enti pubblici e, quindi, anche gli accordi che costituiscono appalti pubblici agli effetti delle direttive.

La normativa spagnola costituisce non corretta trasposizione del diritto comunitario anche laddove consente di fare ricorso alla procedura negoziata in due casi non previsti dalle direttive.

 NOTE

Il Regno di Spagna ha individuato ulteriori (rispetto a quelli previsti dalle direttive comunitarie) casi di ammissibilità delle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara. Tali fattispecie riguardano: a) l'aggiudicazione di appalti conseguenti a procedure dichiarate infruttuose con aumento del prezzo di offerta di partenza sino al 10% rispetto a quello della procedura aperta o ristretta preliminare; b) i beni la cui uniformità sia stata dichiarata necessaria per il loro utilizzo comune da parte dell'amministrazione.

Le deroghe alle norme miranti a garantire l'effettività dei diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti pubblici di forniture e di lavori devono essere interpretate restrittivamente. Pena la privazione dell'effetto utile delle direttive 93/36 e 93/37, gli Stati membri non possono quindi introdurre ipotesi di ricorso alla procedura negoziata non previste dalle direttive o aggiungere alle ipotesi espressamente previste da queste direttive nuove condizioni aventi per effetto di rendere più agevole il ricorso alla detta procedura.

 NOTE A SENTENZA

- La Corte di Giustizia ancora sull'ambito di applicazione soggettivo della disciplina sugli appalti pubblici, in Riv. amm. app., 2005, p. 309-317 [TOMASSI]

- Nozione di organismo di diritto pubblico, accordi tra PP.AA. e fattispecie di procedura negoziata negli appalti pubblici, in Urb. e app., 2005, 11, p. 1275 e ss. [BARDELLI]

- Gli appalti pubblici in Spagna e le dissonanze con l'ordinamento comunitario alla luce del principio giurisprudenziale dell'effetto utile, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2005, 2, p. 829 - 833 [DE FALCO]

§ 2.10

L'IMPOSIZIONE DI TERMINI DA PARTE DELLA P.A. NON COSTITUISCE EVENTO IMPREVEDIBILE E NON GIUSTIFICA IL RICORSO ALLA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE

Corte di giustizia, Prima sezione, 2 giugno 2005, C-394/02, Commissione vs. Repubblica ellenica - ECLI:EU:C:2005:336

Ricorso per inadempimento

Appalto di lavori - Settori speciali - Procedure di aggiudicazione - Procedura negoziata - Omessa pubblicazione bando di gara - Presupposti - Particolarità tecniche - Evento imprevedibile - Eccezionale urgenza

Con l'attribuzione, da parte dell'impresa pubblica per l'elettricità Dimosia Epicheirisi Ilekrismoy, dell'appalto avente ad oggetto la costruzione di un sistema di convogliatori a nastro per la centrale termoelettrica di Megalopoli mediante procedura negoziata senza la previa pubblicazione di un bando di gara, la Repubblica ellenica non ha adempiuto gli obblighi ad essa incombenti in forza della direttiva 93/38/CEE e ss. mm.

 NOTE

Le disposizioni di cui all'art. 20, n. 2, lett. c) e d), della direttiva 93/38 ("Gli enti aggiudicatori possono ricorrere a una procedura senza rispettare le condizioni di concorrenza...: ...c) quando, a causa di particolarità tecniche..., l'appalto non può essere affidato che ad un ... imprenditore... determinato; d) nella misura strettamente necessaria, quando per l'eccezionale urgenza derivante da avvenimenti imprevedibili per l'ente aggiudicatore i termini stabiliti per le procedure aperte o ristrette non possono essere rispettati") che autorizzano in taluni casi gli enti aggiudicatori a ricorrere a una procedura senza rispettare le condizioni di concorrenza, in quanto deroghe alle norme relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, devono essere interpretate restrittivamente. Inoltre, l'onere della prova grava su colui che intende avvalersene.

Per quanto riguarda, in primo luogo, l'art. 20, n. 2, lett. c), della direttiva, la sua applicazione è soggetta a due condizioni cumulative, cioè, da un lato, che esistano particolarità tecniche dei lavori oggetto dell'appalto e, dall'altro, che tali particolarità tecniche rendano assolutamente necessario concedere il detto appalto ad un'impresa determinata.

Per quanto riguarda, in secondo luogo, la deroga prevista all'art. 20, n. 2, lett. d), della direttiva, essa è subordinata a tre presupposti cumulativi, vale a dire l'esistenza di un evento imprevedibile, un'eccezionale urgenza inconciliabile con i termini imposti dalle condizioni di concorrenza e il nesso causale tra l'evento imprevedibile e l'eccezionale urgenza che ne deriva.

Il fatto che l'autorità che deve approvare il progetto di cui trattasi possa imporre determinati termini costituisce al riguardo un elemento prevedibile del procedimento di approvazione del progetto (pt. 33-34, 40, 43, sentenza).

 NOTE A SENTENZA

- *Urgenza ed imprevedibilità come deroghe eccezionali al principio di pubblicità degli appalti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, p. 1788-1791 [NOVELLI]

- *Diritto comunitario e ricorso alla trattativa privata: l'Italia è ancora inadempiente*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 3, p. 287 e ss. [MONTEFERRANTE]

- *La vita difficile della trattativa diretta*, in *Corriere Merito*, 2011, 4, p. 438 e ss. [LAMBERTI]

§ 2.11

L’AFFIDAMENTO DELLA COSTRUZIONE E GESTIONE DI TRATTI AUTOSTRADALI MEDIANTE CONCESSIONI RICHIEDE LA PREVIA PUBBLICAZIONE DI UN BANDO DI GARA

Corte di giustizia, Seconda sezione, 27 ottobre 2005, cause riunite C-187/04 e C-188/04, Commissione vs. Repubblica italiana - ECLI:EU:C:2005:652

Ricorso per inadempimento

Appalto di lavori - Concessione di lavori - Procedure di aggiudicazione - Nozione di opera - Funzione tecnica ed economica dell’opera - Norme in tema di pubblicità

L’ente pubblico ANAS SpA avendo affidato la costruzione e la gestione delle autostrade della Valtrompia e della Pedemontana Veneta Ovest alla Società per l’autostrada Brescia-Verona-Vicenza-Padova pA mediante concessioni dirette non precedute da pubblicazione di un bando di gara, senza che ne ricorressero i presupposti, è venuto meno agli obblighi posti dalla direttiva 93/37/CEE.



NOTE

La Corte, con la decisione in esame, ha censurato l’affidamento diretto, da parte di una società concessionaria, delle concessioni relative alla costruzione e alla gestione di due tratti autostradali. Il governo italiano fondava le sue difese sul fatto che si trattava di lavori di ammodernamento, ampliamento o comunque completamento delle autostrade in funzione, lavori che quindi rientravano negli interventi compresi nel normale esercizio della concessione originaria. La Corte ha invece rilevato come trattasi a tutti gli effetti di “opera” autonoma avente tanto funzione tecnica quanto economica (benché, per qualificare il risultato dei lavori quale “opera” al fine dell’applicazione della direttiva comunitaria in esame, sia sufficiente l’esplicazione di una delle due funzioni menzionate) (pt. 26-31, sentenza).



NOTE A SENTENZA

- *La direttiva 2004/18/CE e la giurisprudenza comunitaria in materia di appalti e concessioni*, in *Rassegna dell’avvocatura dello Stato*, 2005, p. 68-71 [FERRANTE]
- *Diritto comunitario e ricorso alla trattativa privata: l’Italia è ancora inadempiente*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 3, p. 287 e ss. [MONTEFERRANTE]
- *Costruzione e gestione di opere strategiche autostradali: il Consiglio di Stato si pronuncia sulla prevalenza dell’obbligo della gara*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 5, p. 572 e ss. [GIOVANNELLI]

§ 2.12

VA PROVATA L’ESISTENZA DI UN INTERESSE TRANSFRONTALIERO NEGLI APPALTI RELATIVI A SERVIZI DI CUI ALL’ALLEGATO IB DELLA DIRETTIVA

Corte di giustizia, Grande sezione, 13 novembre 2007, C-507/03, Commissione vs. Irlanda -

ECLI:EU:C:1999: 420

Ricorso per inadempimento

Appalto pubblico di servizi - Servizio postale irlandese - Procedura di aggiudicazione senza previa pubblicazione - Servizio allegato I B - Applicazione principi generali - Diritto di stabilimento e libera prestazione di servizi - Condizione: interesse transfrontaliero certo - Va dimostrato

Spetta alla Commissione dimostrare se un appalto presenti per un'impresa con sede in uno Stato membro diverso da quello cui appartiene l'amministrazione aggiudicatrice un interesse certo e che tale impresa, non avendo avuto accesso ad informazioni adeguate prima dell'aggiudicazione dell'appalto, non ha potuto essere in grado di manifestare il suo interesse per quest'ultimo.

La Commissione, infatti, deve fornire alla Corte tutti gli elementi necessari alla verifica dell'inadempimento, senza potersi fondare su alcuna presunzione. La semplice indicazione, da parte della Commissione, dell'esistenza di una denuncia che le è stata rivolta in relazione all'appalto in esame non è sufficiente a dimostrare che detto appalto presentava un interesse transfrontaliero certo e a constatare, di conseguenza, l'esistenza di un inadempimento.

L'Irlanda affidando senza previa pubblicità l'erogazione di servizi di pagamento di prestazioni sociali alla An Post non è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE [artt. 49 e 56 TFUE], nonché dei principi generali del diritto comunitario in relazione ad un appalto avente ad oggetto l'erogazione di tali servizi.



NOTE

Con riferimento ai servizi rientranti nell'ambito dell'allegato IB della direttiva 92/50 il legislatore comunitario si è basato sul presupposto secondo cui gli appalti relativi a detti servizi non presentano, a priori, un interesse transfrontaliero tale da giustificare che la loro aggiudicazione avvenga all'esito di una procedura di gara d'appalto idonea a consentire a imprese di altri Stati membri di venire a conoscenza del bando e di partecipare alla gara d'appalto. Per tale motivo, la direttiva 92/50 si è limitata ad imporre, per questa categoria di servizi, una pubblicità ex post.

Tuttavia, l'aggiudicazione di appalti pubblici resta sottoposta alle regole fondamentali del diritto comunitario, in particolare ai principi stabiliti dal Trattato in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi. Ne consegue che il regime di pubblicità istituito dal legislatore comunitario per gli appalti relativi ai servizi di cui all'allegato IB non deve essere interpretato nel senso che impedisce l'applicazione dei principi sanciti dagli artt. 43 CE e 49 CE [artt. 49 e 56 TFUE], nel caso in cui siffatti appalti presentino comunque un interesse transfrontaliero certo.

Così, qualora un appalto relativo a servizi rientranti nell'ambito dell'allegato IB presenti un tale interesse, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale appalto ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno delle imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto. Salvo non sia giustificata da circostanze obiettive, siffatta disparità di trattamento, che, escludendo tutte le imprese aventi sede in un altro Stato membro, opera principalmente a danno di queste ultime, costituisce una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE [artt. 49 e 56 TFUE].



NOTE A SENTENZA

- La Corte di giustizia ancora alla prova delle situazioni puramente interne: gli articoli 43 e 49 del Trattato CE sono applicabili agli appalti pubblici di servizi non prioritari, in Diritto pubblico comparato ed euro-

peo, 2008, 1, p. 432 - 440 [DIVERIO]

- Sulla necessità di pubblicizzare preventivamente le procedure di aggiudicazione degli appalti per prestazioni di servizi cd. non prioritari (« di elenco B »), in *Foro Amministrativo - T.A.R.*, 2010, 4, pag. 1241 e ss. [TACCOGNA]

- Il diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 5, p. 533 - 535 [LOCATI]

- *Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaty?*, Copenhagen, 2012, [DRAGOS, CARANTA], ivi *Cross-Border Interest and Application of EU Law Principles in the Public Procurement Context at National Level*, p. 335 e ss. [TREUMER]

§ RINVIO

➔ **rinvio a § 1.13**

Corte di giustizia, Grande sezione, 8 aprile 2008, C-337/05, Commissione vs. Repubblica italiana - ECLI:EU:C:2008:203

Ricorso per inadempimento

§ 2.13

SE LE MODIFICHE CONTRATTUALI NON RIGUARDANO ELEMENTI ESSENZIALI NON OBBLIGANO ALL'INDIZIONE DI UNA NUOVA GARA

Corte di giustizia, Terza sezione, 19 giugno 2008, C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH - ECLI:EU:C:2008:351

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Fővárosi Ítéltábla (Ungheria)

Appalto di servizi - Procedura di aggiudicazione - Nozione di aggiudicare - Modifiche di elementi del contratto non essenziali - Necessità di nuova gara - Non sussiste

La nozione di «aggiudicare», di cui alla direttiva 92/50/CEE deve essere interpretata nel senso che non ricomprende una fattispecie, come quella in esame nella causa principale, in cui taluni servizi forniti all'amministrazione da parte del prestatore di servizi originario siano trasferiti ad un altro prestatore costituito in forma di società di capitali, di cui il prestatore di servizi originario è azionista unico, che controlla il nuovo prestatore impartendogli istruzioni, purché il prestatore di servizi originario continui ad essere responsabile dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali.

La nozione di «aggiudicare» espressa dalla direttiva 92/50, deve essere interpretata nel senso che non ricomprende un adeguamento del contratto originario a mutate circostanze esterne, come la conversione in euro dei prezzi originariamente espressi nella moneta naziona-

le, un'esigua riduzione di tali prezzi al fine di arrotondarne l'importo e il riferimento ad un nuovo indice dei prezzi, la cui sostituzione all'indice precedentemente stabilito era contemplata nel contratto originario.

La nozione di «aggiudicare», ai sensi della direttiva 92/50, deve essere interpretata nel senso che non ricomprende una fattispecie, come quella di cui alla causa principale, nella quale un'amministrazione aggiudicatrice, mediante una clausola addizionale, pattuisca con l'aggiudicatario, nel vigore di un appalto di servizi concluso con lo stesso a tempo indeterminato, di rinnovare per tre anni una clausola di rinuncia alla risoluzione, giunta a scadenza alla data in cui viene convenuta la nuova clausola, e concordi con lo stesso di fissare sconti maggiori rispetto a quelli originariamente previsti su taluni prezzi determinati in funzione delle quantità in un particolare ambito.



NOTE

Modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, ai sensi della direttiva 92/50, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto. La modifica di un appalto pubblico in corso di validità può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi.

A tale riguardo, la sostituzione della controparte contrattuale alla quale l'amministrazione aggiudicatrice aveva originariamente attribuito l'appalto con una nuova si configura come modifica sostanziale dell'appalto, a meno che tale sostituzione fosse contemplata nell'appalto originario. Per altro una riorganizzazione interna della controparte contrattuale non modifica in modo essenziale i termini dell'appalto originario. Di conseguenza quando la nuova controparte contrattuale è una società controllata al 100% dalla controparte contrattuale originaria, quest'ultima dispone di un potere direttivo e tali due soggetti sono legati da un contratto di trasferimento dei profitti e delle perdite, tale operazione non configura un mutamento di un termine essenziale dell'appalto atto ad essere qualificato come nuova aggiudicazione di appalto ai sensi della direttiva 92/50 (pt. 34-35, 43-45, sentenza).

Modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, ai sensi della direttiva 92/50, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto. La modifica di un appalto pubblico in corso di validità può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi.

Nell'ipotesi in cui, in seguito al passaggio all'euro, un appalto esistente venga modificato, cosicché i prezzi originariamente espressi nella moneta nazionale siano convertiti in euro, non costituisce una modifica sostanziale dell'appalto, ma unicamente un adeguamento di quest'ultimo a mutate circostanze esterne, purché gli importi in euro siano arrotondati in conformità delle disposizioni in vigore. Inoltre, tale conversione in euro dei prezzi di un appalto in corso di validità può accompagnarsi ad un adeguamento del loro importo intrinseco, anche superiore all'importo consentito dalle disposizioni relative all'introduzione dell'euro, senza che ne derivi una nuova aggiudicazione di appalto, a condizione che siffatto adeguamento sia minimo e obiettivamente giustificato, come nel caso in cui esso abbia lo scopo di agevolare l'esecuzione dell'appalto, ad esempio semplificando le operazioni di fatturazione. Per quanto riguarda la riformulazione della clausola d'indicizzazione, si deve ritenere che il riferimento ad un nuovo indice di prezzo non configuri una modifica

delle condizioni essenziali dell'appalto originario, atta a costituire una nuova aggiudicazione di appalto ai sensi della direttiva 92/50 qualora tale riformulazione si sia limitata ad applicare quanto concordato nel contratto base riguardo all'aggiornamento della clausola d'indicizzazione (pt. 34-35, 57-58, 68-69, sentenza).

Il criterio rilevante per determinare se la conclusione di una nuova clausola di rinuncia alla risoluzione costituisca una nuova aggiudicazione di appalto consiste nel verificare se la detta clausola debba essere considerata come una modifica sostanziale del contratto originario, una clausola che non comporti il pericolo di falsare la concorrenza in danno di nuovi offerenti potenziali non può essere qualificata come una tale modifica e, pertanto, non costituisce una nuova aggiudicazione di appalto ai sensi della direttiva 92/50.

Per quanto riguarda l'aumento dello sconto contemplato da una clausola addizionale, avente un effetto economico analogo ad una riduzione di prezzo e che sia, di conseguenza, atto ad essere considerato come riconducibile alle clausole convenute nel contratto base, esso non deve essere considerato come una modifica sostanziale del contratto e, pertanto, non è idoneo a comportare una nuova aggiudicazione di appalto ai sensi della direttiva 92/50. Peraltro, da un lato, l'aumento dello sconto, avendo l'effetto di ridurre il compenso percepito dall'aggiudicatario rispetto a quello originariamente pattuito, non altera l'equilibrio economico del contratto in favore dell'aggiudicatario. Dall'altro, il semplice fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ottenga un maggiore sconto su una parte delle prestazioni oggetto dell'appalto non è tale da determinare una distorsione della concorrenza in pregiudizio dei potenziali offerenti (pt. 79-80, 83-87, sentenza).



NOTE A SENTENZA

- *Appalti pubblici, modifiche contrattuali e obbligo di indire una nuova gara*, in *Rivista amministrativa degli appalti*, 2008, 1-2, p. 64 - 71 [TOMASSI]
- *Principi in tema di evidenza pubblica e di rinegoziazione successiva del contratto: conseguenze della loro violazione sulla serie pubblicistica e privatistica, autotutela e riparto di giurisdizione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2011, 2, p. 815 e ss. [GOISIS]
- *Sostituzione dell'aggiudicatario*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 1, 22 [PROTTO]

§ 2.14

IL RINVIO A PROCEDURE NEGOZiate SENZA PUBBLICAZIONE NON PUÒ ESSE- RE GIUSTIFICATO COL MERO RICHIAMO ALLA TUTELA DI INTERESSI ESSEN- ZIALI DELLA SICUREZZA DELLO STATO

Corte di giustizia, Seconda sezione, 2 ottobre 2008, C-157/06, Commissione vs. Repubblica italiana - ECLI:EU:C:2008:530

Ricorso per inadempimento

Appalto di forniture - Norma nazionale - Procedura negoziata senza previa pubblicazione - Presupposti - Misure necessarie a tutela di interessi essenziali di sicurezza dello Stato - Va provata - Elicotteri leggeri - destinazione a fini militari dubbia

La Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in virtù della direttiva 93/36/CEE avendo adottato il decreto del Ministro dell'Interno 11 luglio 2003, n. 558/A/04/03/RR, con il quale viene autorizzata la deroga alla normativa comunitaria in mate-

ria di appalti pubblici di forniture per l'acquisizione di elicotteri leggeri per le esigenze delle Forze di Polizia e del Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco, senza che ricorra alcuna delle condizioni idonee a giustificare una tale deroga.

 NOTE

Ogni Stato membro può adottare le misure che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico, a condizione, tuttavia, che tali misure non alterino le condizioni di concorrenza nel mercato comune per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari.

Detti prodotti devono essere destinati a fini specificamente militari. Di conseguenza l'acquisto di attrezzature la cui destinazione a fini militari sia dubbia deve necessariamente rispettare le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Il semplice fatto di affermare che le forniture di cui è causa siano dichiarate segrete, che esse siano accompagnate da misure speciali di sicurezza o che sia necessaria una deroga alle norme comunitarie per tutelare gli interessi essenziali di sicurezza dello Stato non può essere sufficiente per dimostrare che sussistono effettivamente circostanze eccezionali tali da giustificare le deroghe previste dalla direttiva 93/36.

 NOTE A SENTENZA

- I mercanti delle armi. Una sfida al diritto dell'Unione, Padova, 2009, p. 1 - 130 [PIETROBON]

§ 2.15

LA NOZIONE DI "OFFERTE APPROPRIATE" IN RELAZIONE ALLE SPECIFICHE TECNICHE DELL'AMMINISTRAZIONE E POSSIBILITÀ DI AGGIUDICARE L'APPALTO CON PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PUBBLICAZIONE

Corte di giustizia, Prima sezione, 4 giugno 2009, C-250/07, Commissione vs. Grecia - ECLI:EU:C:2009:338

Ricorso per inadempimento

Appalto misto - Servizi e forniture - Settori speciali - Procedura negoziata senza previa pubblicazione - Presupposti - Procedura con indizione di gara - Assenza di offerte appropriate - Nozione di offerte appropriate

La Repubblica ellenica è venuta meno all'obbligo ad essa incombente dalla direttiva 93/38/CEE avendo ritardato senza giustificazioni la risposta alla richiesta di un offerente di precisazioni relative ai motivi del rigetto dell'offerta,

 NOTE

Vanno qualificate come «non appropriate» ai sensi della direttiva 93/38 le offerte non conformi alle specifiche tecniche stabilite dall'ente aggiudicatore che derivano da prescrizioni normative nazionali e comunitarie in materia di tutela ambientale.

Tali specifiche, infatti, devono essere considerate elementi indispensabili affinché gli impianti, la cui fornitura e messa in funzione sono oggetto dell'appalto, consentano all'ente aggiudicatore di conseguire gli obiettivi che gli sono imposti per via legislativa o regolamentare.

Laddove la difformità delle offerte presentate rispetto a siffatte specifiche impedisca all'ente erogatore di realizzare validamente il progetto per il quale è stata indetta la gara d'appalto, tale difformità non costituisce una mera imprecisione o un mero dettaglio, ma, al contrario, deve essere considerata tale da non consentire a dette offerte di soddisfare le esigenze dell'ente aggiudicatore (pt. 42-44, sentenza).

La modifica di una condizione iniziale dell'appalto può ritenersi sostanziale, ai sensi della direttiva 93/38 qualora la condizione modificata, se fosse stata prevista nella procedura di aggiudicazione iniziale, avrebbe consentito di considerare appropriate le offerte presentate o avrebbe consentito ad offerenti diversi da quelli che hanno partecipato alla procedura iniziale di presentare offerte.

A tale riguardo, non si può considerare costitutiva di un nuovo obbligo la circostanza che, nell'ambito di una nuova procedura di aggiudicazione di appalto senza previa indizione di gara, siano gli offerenti stessi a dover sopportare le spese per la correzione dei divari tecnici relativamente alle specifiche tecniche imposte dall'autorità appaltatrice, mentre nell'ambito della precedente procedura - preceduta dall'indizione di una gara - taluni divari rispetto alle specifiche tecniche imposte dall'amministrazione potevano essere accettati e i costi derivanti dalla correzione di detti divari potevano essere lasciati a carico degli offerenti (pt. 52, 56, sentenza).



NOTE A SENTENZA

- *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, Torino, 2011, p. 48 - 57 [COMBA]

§ 2.16

IL NUMERO MINIMO DEGLI OPERATORI DA INVITARE DEVE GARANTIRE UNA CONCORRENZA REALE, DETERMINATA IN FUNZIONE DELLE CARATTERISTICHE E DELL'OGGETTO DELL'APPALTO

Corte di giustizia, Quarta sezione, 15 ottobre 2009, C-138/08, Hochtief AG - ECLI:EU:C:2009:627

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Fővárosi Ítéltábla (Ungheria)

Appalto di lavori - Procedura negoziata con pubblicazione bando di gara - Necessità di ammettere numero minimo di candidati idonei - Obbligo di assicurare una concorrenza reale - Sussiste - Mancanza numero minimo candidati - Prosecuzione della procedura - Ammissibilità

La direttiva 2004/18/CE non è applicabile nei confronti di una decisione adottata da un'amministrazione aggiudicatrice, nel corso di un'aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori, prima della scadenza del termine per la sua trasposizione.

La direttiva 93/37/CEE deve essere interpretato nel senso che quando un appalto è attribuito mediante procedura negoziata e il numero dei candidati idonei non raggiunge il limite minimo fissato per la procedura di cui trattasi, l'amministrazione aggiudicatrice può comunque proseguire la procedura invitando il candidato idoneo o i candidati idonei a negoziare le condizioni dell'appalto in parola.

La direttiva 93/37 deve essere interpretata nel senso che l'obbligo di far sì che vi sia una concorrenza reale è adempiuto allorché l'amministrazione aggiudicatrice adotta la procedura negoziata sulla base dei requisiti imposti dalla medesima direttiva.



NOTE

La direttiva 2004/18 non è applicabile nei confronti di una decisione adottata da un'amministrazione aggiudicatrice, nel corso di un'aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori, prima della scadenza del termine per la trasposizione di tale direttiva. Trattandosi di una procedura di aggiudicazione degli appalti ancora in corso alla data di scadenza del termine per la trasposizione, sarebbe in contrasto col principio della certezza del diritto determinare il diritto applicabile con riferimento alla data di assegnazione dell'appalto, in quanto la decisione cui si addebita una violazione del diritto comunitario è stata adottata prima di tale data (pt. 29-30, sentenza).

La direttiva 93/37 deve essere interpretata nel senso che l'obbligo di far sì che vi sia una concorrenza reale è adempiuto allorché l'amministrazione aggiudicatrice adotta la procedura negoziata nelle condizioni stabilite dalla medesima direttiva. Relativamente alla fase di negoziazione dell'appalto, la direttiva 93/37 impone all'amministrazione aggiudicatrice d'invitare a partecipare a detta fase un numero sufficiente di candidati. La sufficienza o meno del numero in parola ai fini di garantire una concorrenza reale va determinata in funzione delle caratteristiche e dell'oggetto dell'appalto interessato.

Se in una procedura del genere il numero dei candidati idonei non raggiunge il limite minimo fissato per la procedura di cui si tratti, che, conformemente alla direttiva 93/37, non può essere inferiore a tre, si deve riconoscere che, nella misura in cui le condizioni di carattere economico e tecnico specifiche di detta procedura siano state correttamente stabilite e applicate, una concorrenza reale è stata cioè nondimeno garantita dall'amministrazione aggiudicatrice (pt. 52-54, sentenza).



NOTE A SENTENZA

- *Numero minimo di candidati e tutela della concorrenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 2, p. 170 - 173 [CARANTA]

- *La recente giurisprudenza sui contratti della pubblica amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 7, p. 718 e ss. [GALLI, GUCCIONE]

§ 2.17

***“SOLO QUEL FORNITORE È IN GRADO DI OFFRIRE UN SOFTWARE ADEGUATO”:
NON È SUFFICIENTE DICHIARARLO, OCCORRE POTERLO DIMOSTRARE***

Corte di giustizia, Quarta sezione, 15 ottobre 2009, C-275/08, Commissione vs. Germania - ECLI:EU:C:2009:632

Ricorso per inadempimento

Appalto di forniture - Sistema informatico per gestione immatricolazioni - Sostituzione software precedente - Contratto tra due enti di diritto pubblico - Enti responsabili di servizi di elaborazione dati per i comuni - Procedura negoziata senza previa pubblicazione - Presupposti - Non ricorrono

La Repubblica federale di Germania è venuta meno all'obbligo ad essa incombente dalla direttiva 93/36/CEE avendo la Datenzentrale Baden-Württemberg attribuito un appalto di fornitura di un software, per la gestione dell'immatricolazione di autoveicoli, mediante una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara.



NOTE A SENTENZA

- *Le idee e il muro del suono. I programmi per elaboratore nella più recente giurisprudenza europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 2, p. 543 e ss. [NOTO LA DIEGA]

- *Principi in tema di evidenza pubblica e di rinegoziazione successiva del contratto: conseguenze della loro violazione sulla serie pubblicistica e privatistica, autotutela e riparto di giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, 2, p. 815 e ss. [GOISIS]

§ 2.18

PROCEDURA NEGOZIATA STABILITA DALLA LEGISLAZIONE FRANCESE VIOLA I PRINCIPI GENERALI IN TEMA DI PARITÀ DI TRATTAMENTO E TRASPARENZA

Corte di giustizia, Terza sezione, 10 dicembre 2009, C-299/08, Commissione vs. Repubblica francese - ECLI:EU:C:2009:769

Ricorso per inadempimento

Appalti pubblici - Procedure di aggiudicazione - Normativa nazionale - Procedura unica per due appalti differenti - Appalto cd. di definizione - Appalto di esecuzione - Violazione principi generali - Parità di trattamento - Trasparenza

La Repubblica francese è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza della direttiva 2004/18/CE avendo adottato e mantenendo in vigore alcune disposizioni del codice degli appalti pubblici le quali prevedono una procedura di appalti di definizione che consente all'amministrazione aggiudicatrice di attribuire un appalto di esecuzione (di servizi, forniture o lavori) ad uno degli aggiudicatari degli appalti di definizione iniziali mediante gara limitata a tali aggiudicatari.



NOTE

La procedura riguardante i cd. "appalti di definizione" non è conforme alla direttiva 2004/18. Essa ha ad oggetto l'aggiudicazione di due tipi di appalti, gli appalti di definizione e gli appalti di esecuzione, e questi ultimi vengono aggiudicati in seguito all'indizione di una gara limitata ai soli aggiudicatari dei primi. Conseguentemente, gli operatori economici che potrebbero essere interessati a partecipare agli appalti di esecuzione, ma che non sono aggiudicatari di uno degli appalti di definizione, subiscono un trattamento discriminatorio rispetto a detti aggiudicatari, in contrasto con il principio di uguaglianza, enunciato in quanto principio ai fini dell'aggiudicazione degli appalti dalla direttiva 2004/18.

Sia il principio della parità di trattamento, sia l'obbligo di trasparenza che ne deriva, richiedono che l'oggetto di ciascun appalto nonché i criteri della sua aggiudicazione siano chiaramente definiti. A tale riguardo, gli appalti di definizione e gli appalti di esecuzione appaiono avere, per loro natura, oggetti diversi, cioè, da una

parte, il lavoro di studio, di progettazione e di precisazione delle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altra, l'effettiva prestazione delle forniture, dei servizi o dei lavori previamente definiti. Orbene, in occasione di tale procedura relativa agli appalti di definizione, non è garantito che, in ogni caso, l'oggetto e i criteri di aggiudicazione sia degli appalti di definizione sia dell'appalto di esecuzione possano essere definiti fin dall'inizio del procedimento (pt. 40-41, 43-45, sentenza).



NOTE A SENTENZA

- *Gli "appalti di definizione" nell'ordinamento francese. La violazione dei principi di trasparenza e concorrenza nell'aggiudicazione degli appalti pubblici*, in *Il Foro amministrativo*, 2010, 6, p. 1189 - 1204 [PONZIO]

§ 2.19

PER LE FORNITURE DI BENI PROGETTATI E SVILUPPATI SPECIFICAMENTE PER FINI MILITARI NON SI APPLICANO LE DIRETTIVE

Corte di giustizia, Quarta sezione, 7 giugno 2012, C-615/10, Insinööritoimisto InsTiimi Oy - ECLI:EU:C:2012:324

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Korkein hallinto-oikeus (Finlandia)

Appalto di forniture - Procedura - Assenza di gara - Deroghe - Settore della difesa - Commercio di armi, munizioni e materiale bellico - Tutela interessi essenziali della sicurezza di uno Stato membro - Prodotto acquistato a fini specificamente militari - Possibilità di utilizzo civile - Bene progettato e sviluppato specialmente per fini militari

La direttiva 2004/18/CE letta in combinato disposto con l'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), TCE [art. 346 TFUE], deve essere interpretato nel senso che autorizza uno Stato membro ad esentare dalle procedure previste da detta direttiva un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice nel settore della difesa per l'acquisto di materiale che, sebbene destinato a fini specificamente militari, presenta altresì possibilità di applicazioni civili largamente simili, unicamente quando tale materiale, per le proprie caratteristiche, può essere considerato come specialmente progettato e sviluppato, anche in conseguenza di modifiche sostanziali, per i suddetti fini. Questo aspetto deve essere verificato dal giudice del rinvio.



NOTE A SENTENZA

- *Appalti nel settore della difesa: condizioni per l'esenzione dalle regole del mercato comune*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, p. 1703-1709 [PIERINI]

- *Gli appalti del Ministero della Difesa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 1034 e ss. [CAROLI CASAVOLA]

§ 2.20

SE LA COOPERAZIONE TRA ENTI SOTTENDE UN APPALTO È NECESSARIA LA GARA A MENO CHE RICORRANO I PRESUPPOSTI PER UNA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PUBBLICAZIONE

Ordinanza della Corte di giustizia, Decima sezione, 20 giugno 2013, C-352/12, Consiglio Nazionale degli Ingegneri - ECLI:EU:C:2013:416

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (Italia)

Appalto di servizi - Cooperazione fra amministrazioni - Ente locale - Università - Prestazione di servizi - Supporto redazione piano di ricostruzione parti del territorio - Comune danneggiato da sisma - Ente pubblico che può essere qualificato come operatore economico - Procedure di aggiudicazione - Assenza di gara - Presupposti

La direttiva 2004/18/CE osta ad una normativa nazionale la quale autorizza la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale enti pubblici istituiscono fra loro una cooperazione nel caso in cui - il che spetta al giudice del rinvio verificare - tale contratto non abbia il fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non sia retto esclusivamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, oppure sia tale da porre un prestatore privato in una posizione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti. La circostanza che un contratto del genere sia concluso in una situazione straordinaria può essere presa in considerazione unicamente nei limiti in cui l'amministrazione aggiudicatrice dimostri che ricorrono le condizioni poste dalla direttiva stessa per l'applicazione della procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara.

 NOTE

Il Giudice precisa che due tipi di contratti conclusi da enti pubblici non rientrano nel campo di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici: a) i contratti stipulati con un soggetto su cui l'ente pubblico esercita un controllo analogo e, al contempo, questo soggetto realizza la parte più importante della propria attività con l'ente che lo controlla (in house providing); b) i contratti che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi. In tali ipotesi, le norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici non sono applicabili, a condizione che tali contratti siano stipulati esclusivamente tra enti pubblici, senza la partecipazione di una parte privata, che nessun prestatore privato sia posto in una posizione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti e che la cooperazione da essi istituita sia retta unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico.

Sotto altro profilo, la Corte - pur riconoscendo che nella fattispecie sottoposta al suo esame si tratti di un evento straordinario e imprevedibile (sisma occorso a L'Aquila e relativa ricostruzione) - evidenzia l'impossibilità di affidare direttamente un appalto nel caso in cui non ricorrano le condizioni fissate dalla direttiva per l'aggiudicazione con procedura negoziata senza previa pubblicazione.

§ 2.21

L'AMMINISTRAZIONE AGGIUDICATRICE NON PUÒ NEGOZIARE LE OFFERTE NON CONFORMI AI REQUISITI VINCOLANTI INDICATI NELLA LEX SPECIALIS

Corte di giustizia, Quarta sezione, 5 dicembre 2013, C-561/12, Nordecon AS -ECLI:EU:C:2013:793

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Riigikohus (Estonia)

Appalti pubblici - Progettazione e realizzazione - Tratto stradale - Procedura negoziata con pubblicazione bando di gara - Offerte non conformi ai requisiti - Specifiche tecniche indicate nel capitolato - Possibilità di negoziazione - Non sussiste

L'art. 30, par. 2, direttiva 2004/18 ("procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara") non autorizza l'amministrazione aggiudicatrice a negoziare con gli offerenti offerte non rispondenti ai requisiti vincolanti previsti dalle specifiche tecniche dell'appalto.



NOTE

Sebbene l'amministrazione aggiudicatrice disponga di un potere di negoziazione nell'ambito di una procedura negoziata, essa è sempre tenuta a garantire che i requisiti dell'appalto ai quali ha attribuito carattere vincolante siano rispettati. Qualora ciò non avvenga, il principio secondo cui le amministrazioni aggiudicatrici agiscono con trasparenza sarebbe disatteso e l'obiettivo di eliminare il rischio di favoritismo e di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice non potrebbe essere conseguito.

Pertanto, il fatto di ammettere la ricevibilità di un'offerta non conforme a condizioni vincolanti ai fini della negoziazione priverebbe di qualsiasi utilità la fissazione di condizioni vincolanti nel bando di gara, e non consentirebbe all'amministrazione aggiudicatrice di negoziare con gli offerenti su una base comune a questi ultimi, costituita da dette condizioni e, pertanto, di trattarli su un piano di parità (pt. 36-39, sentenza).



NOTE A SENTENZA

- *La procedura competitiva con negoziazione, relazione al seminario IGI in Roma del 6 maggio 2014, in Osservatorioappalti [LEONE]*

§ 2.22

IL CONTRATTO AGGIUDICATO CON PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PUBBLICAZIONE RIMANE EFFICACE SE RISPETTA LE CONDIZIONI POSTE DALLA DIRETTIVA RICORSI

Corte di giustizia, Quarta sezione, 11 settembre 2014, C-19/13, Ministero dell'Interno - ECLI:EU:C:2014:2194

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Consiglio di Stato (Italia)

Appalto di forniture - Servizi di comunicazione elettronica - Procedura negoziata senza previa pubblicazione bando di gara - Direttiva ricorsi - Procedure di ricorso - Privazione di effetti del contratto - Limiti - Esclusione

La direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che, qualora un appalto pubblico sia aggiudicato senza previa pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea quando ciò non era consentito a norma della direttiva 2004/18, il corrispondente contratto non può essere dichiarato privo di effetti laddove ricorrano le condizioni derogatorie previste dalla medesima direttiva.

NOTE

La Corte ha affermato che l'organo responsabile delle procedure di ricorso deve dichiarare che il contratto è privo di effetti qualora non ricorrano le condizioni di cui all'art. 2 quinquies, paragrafo 4, direttiva 89/665/CE. In particolare, che l'amministrazione aggiudicatrice pubblici nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea un avviso ove manifesti l'intenzione di concludere il contratto, che l'avviso contenga una motivazione che faccia risultare in modo chiaro e inequivocabile le ragioni che hanno indotto l'amministrazione aggiudicatrice a ritenere di poter attribuire l'appalto senza previa pubblicazione di un bando di gara, così da consentire agli interessati di decidere con piena cognizione di causa se reputino utile adire l'organo responsabile delle procedure di ricorso e a quest'ultimo di svolgere un controllo effettivo.

L'organo responsabile delle procedure di ricorso è tenuto a valutare se, allorché ha adottato la decisione di aggiudicare un appalto facendo ricorso ad una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara, l'amministrazione aggiudicatrice ha agito con diligenza e se poteva ritenere che ricorressero effettivamente le condizioni poste dalla direttiva 2004/18.

Peraltro, l'articolo 2, paragrafo 4, quinquies della direttiva 89/665 non è contrario né agli obblighi derivanti dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea né al principio di non discriminazione. Prevedendo la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea di un avviso, tale disposizione si propone, infatti, di garantire che tutti i candidati potenzialmente interessati siano in condizione di venire a conoscenza della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di affidare l'appalto senza previa pubblicazione di un bando di gara. Inoltre, conformemente al terzo trattino della menzionata disposizione, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad osservare un termine sospensivo di dieci giorni. In tal modo gli interessati sono posti in grado di contestare in giudizio l'aggiudicazione di un appalto prima che il contratto sia concluso.

NOTE A SENTENZA

- *Sull'esclusione dell'inefficacia del contratto pubblico in caso di omissione del bando*, in *Il Foro italiano*, 2015, 6, p. 322 - 326 [CONDORELLI]
- *Illegittima aggiudicazione di appalti pubblici mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara e conseguenti sanzioni*, in *Nuovo notiziario giuridico*, 2015, 1, p. 262 - 267 [BARBIERI]
- *Inefficacia del contratto pubblico d'appalto, autonomia procedurale degli Stati membri e interpretazione conforme della normativa processuale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 2, p. 594 - 614 [CHIRULLI]
- *Avviso volontario per la trasparenza preventiva e stabilità del contratto pubblico: osservazioni critiche a margine di una sentenza della Corte di Giustizia Europea originata da una vicenda italiana*, in *Giustamm*, 2015 [BERTONAZZI]
- *Si all'appalto senza gara se l'avviso è pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'UE*, in *Diritto e giustizia*, 2014, 1, p. 2 e ss. [LIBERO NOCERA]
- *Inefficacia del contratto affidato senza bando: la parola alla Corte di giustizia*, in *Urb. e app.*, 2013, 6, p. 700 - 707 [BECCARIA]
- *L'inefficacia del contratto di appalto fra obblighi europei e legislazione nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 7, p. 729 - 735 [BASSI]
- *Tramonto della scelta dell'appaltatore senza gara: ma il contratto resiste ?*, in *Corr. giur.*, 2013, 4, p. 511

e ss. [CARBONE]

- Sulla definizione dei limiti che incontra il GA nella privazione di efficacia dei contratti pubblici, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 3, p. 351 e ss. [FERRARI, TARANTINO]

§ 2.23

CONFORME AL DIRITTO DELL'UNIONE L'AFFIDAMENTO DIRETTO E SENZA PUBBLICITÀ QUANDO L'ATTIVITÀ È RISERVATA A ORGANIZZAZIONI DI VOLONTARIATO

Corte di giustizia, Quinta sezione, 28 gennaio 2016, C-50/14, Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autoleggio (C.A.S.T.A.) - ECLI:EU:C:2016:56

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Italia)

Appalti pubblici - Servizi di trasporto sanitario - Normativa nazionale - Affidamento diretto e senza pubblicità - Rimborso delle spese sostenute - Associazioni di volontariato registrate - Ammissibilità - Presupposti - Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi

Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente alle autorità locali di attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di qualsiasi forma di pubblicità, ad associazioni di volontariato, purché il contesto normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente a una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio.

Qualora uno Stato membro consenta alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, un'autorità pubblica che intenda stipulare convenzioni con associazioni siffatte non è tenuta, ai sensi del diritto dell'Unione, a una previa comparazione delle proposte di varie associazioni.

Qualora uno Stato membro, che consente alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, autorizzi dette associazioni a esercitare determinate attività commerciali, spetta a tale Stato membro fissare i limiti entro i quali le suddette attività possono essere svolte. Detti limiti devono tuttavia garantire che le menzionate attività commerciali siano marginali rispetto all'insieme delle attività di tali associazioni, e siano di sostegno al perseguimento dell'attività di volontariato di queste ultime.



NOTE

Uno Stato membro può ritenere, nell'ambito del potere discrezionale di cui dispone per stabilire il livello di tutela della sanità pubblica e organizzare il proprio sistema di sicurezza sociale, che il ricorso alle associazioni di volontariato corrisponda alla finalità sociale di un servizio di trasporto sanitario e che sia idoneo a contribuire al controllo dei costi legati a tale servizio. Tuttavia, un tale sistema di organizzazione del servizio

deve effettivamente contribuire alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detto sistema è basato. A tale riguardo è necessario che, nel loro intervento in tale contesto, le associazioni di volontariato non perseguano obiettivi diversi da quelli menzionati al punto precedente della presente sentenza, che non traggano alcun profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime, e che non procurino alcun profitto ai loro membri. Peraltro, se è ammissibile che si avvalgano di lavoratori, poiché, in caso contrario, dette associazioni sarebbero pressoché private della possibilità effettiva di agire in vari ambiti in cui il principio di solidarietà può naturalmente essere attuato, l'attività delle associazioni in parola deve rispettare rigorosamente i requisiti loro imposti dalla legislazione nazionale.

In considerazione del principio generale del diritto dell'Unione del divieto dell'abuso di diritto, l'applicazione della menzionata legislazione non può estendersi fino a ricomprendere pratiche abusive delle associazioni di volontariato o anche dei loro membri. Quindi, l'attività delle associazioni di volontariato può essere svolta da lavoratori unicamente nei limiti necessari al suo regolare funzionamento. Relativamente al rimborso dei costi occorre vegliare a che nessuno scopo di lucro, nemmeno indiretto, possa essere perseguito sotto la copertura di un'attività di volontariato, e altresì a che il volontario possa farsi rimborsare soltanto le spese effettivamente sostenute per l'attività fornita, nei limiti previamente stabiliti dalle associazioni stesse (pt. 62 - 66).

2. PROCEDURE NEGOZIATE

3. QUALIFICAZIONE

Gianni Marco Di Paolo

3. QUALIFICAZIONE

§ RINVIO

➔ *rinvio a § 4.01*

Corte di giustizia, Grande Sezione, 10 febbraio 1982, c-76/81, SA Transporoute et travaux - ECLI:EU:C:1982:49

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Conseil d'État (Granducato del Lussemburgo)

§ 3.01

RIFERIMENTI A CLASSIFICAZIONI E CERTIFICAZIONI RILASCIATE DA ORGANISMI PROFESSIONALI NAZIONALI COSTITUISCONO RESTRIZIONI ALLA LIBERA PRESTAZIONE DEI SERVIZI

Corte di giustizia, 26 settembre 2000, C-225/98, Commissione vs. Repubblica francese - ECLI:EU:C:2000:494

Ricorso per inadempimento

Appalti misti - Costruzione e manutenzione edifici scolastici - Partecipazione piccole e medie imprese - Lotti - Designazione - Classificazioni rilasciate da organismi professionali nazionali - Discriminazione indiretta - Progettisti - Requisito minimo di partecipazione - Capacità tecnica - Certificato di iscrizione all'ordine degli architetti - Restrizione alla libera prestazione dei servizi

La Repubblica francese è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti ai sensi dell'art. 49 del Trattato CE (56 TFUE) e della direttiva 71/305/CEE In occasione delle diverse procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori relativi alla costruzione e alla manutenzione degli edifici scolastici condotte dalla Regione Nord-Pas-de-Calais e dal dipartimento del Nord rilevati su un periodo di tre anni.



NOTE

Viene meno agli obblighi che ad esso incombono in forza del Trattato lo Stato membro che, nei bandi di gara, ricorra, come criterio di designazione dei lotti, a classificazioni di organismi professionali nazionali e, inoltre, esiga un certificato di iscrizione del progettista all'ordine degli architetti come requisito minimo di partecipazione.

Infatti, la designazione dei lotti tramite riferimenti a classificazioni rilasciate da organismi professionali nazionali, nei limiti in cui è idonea ad avere un effetto dissuasivo nei confronti di offerenti non nazionali, rappresenta una discriminazione indiretta e, quindi, una restrizione alla libera prestazione dei servizi, ai sensi dell'art. 56 del TFUE. D'altronde, da un lato, il requisito di un certificato di iscrizione del progettista all'ordine degli architetti può solo favorire la prestazione dei servizi da parte degli architetti nazionali, il che rappresenta una discriminazione nei confronti degli architetti comunitari e, quindi, una restrizione alla libera prestazione dei servizi di questi ultimi. Dall'altro, la direttiva 71/305 osta a che uno Stato membro possa pretendere da un offerente con sede in un altro Stato membro la prova del fatto che egli soddisfa le condizioni di cui agli artt. 23-26 di detta direttiva e relative alla sua qualificazione professionale con mezzi diversi da quel-

li enunciati dalle disposizioni stesse (pt. 82-84, 87-88, sentenza).



NOTE A SENTENZA

- *Appalti comunitari: sulla ammissibilità di criteri di aggiudicazione non prettamente economici*, in *Foro amm. CDS*, 9, 2002, p. 1950 e ss. [LOTTINI]

§ 3.02

PREROGATIVE E LIMITI RELATIVAMENTE AI POTERI DI VERIFICA DELLA REGOLARITÀ FISCALE E DEI CERTIFICATI PRESENTATI DA IMPRESE DI ALTRI STATI MEMBRI

Corte di giustizia, Terza sezione, 15 luglio 2010, C-74/09, Bâtiments et Ponts Construction - ECLI:EU:C:2010:431

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Conseil d'État (Granducato del Lussemburgo)

Appalto di lavori - Requisiti di partecipazione - Cause di esclusione - Regolare versamento imposte e contributi previdenziali - Obbligo di registrazione nello Stato di destinazione - Certificati rilasciati da autorità del Paese di provenienza - Esame della validità - Natura e composizione dell'ente verificatore

Il diritto dell'Unione non osta ad una normativa nazionale che imponga all'imprenditore stabilito in un altro Stato membro, ai fini dell'attribuzione di un appalto nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice, l'obbligo di disporre, in quest'ultimo Stato membro, di una registrazione relativa all'assenza delle cause di esclusione indicate dalla direttiva 93/37/CEE a condizione che tale obbligo non ostacoli né ritardi la partecipazione dell'imprenditore medesimo all'appalto pubblico di cui trattasi, né sia fonte di oneri amministrativi eccessivi ed abbia unicamente ad oggetto la verifica delle qualità professionali dell'interessato, ai sensi di tale disposizione.

Il diritto dell'Unione osta ad una normativa nazionale in base alla quale la verifica dei certificati rilasciati ad un imprenditore di un altro Stato membro dall'amministrazione finanziaria e previdenziale di quest'ultimo Stato membro sia attribuita ad un ente diverso dall'amministrazione aggiudicatrice qualora:

- tale ente sia composto in maggioranza da persone nominate dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori del settore edilizio della provincia di svolgimento dell'appalto pubblico di cui trattasi, e che

- tale potere si estenda ad un controllo nel merito della validità dei certificati stessi.



NOTE

Il fatto che un imprenditore stabilito in un altro Stato membro abbia prodotto certificati rilasciati dalle competenti autorità dello Stato stesso non è sufficiente per attestare, in maniera conclusiva, l'adempimento dei suoi obblighi in materia. Da un lato, la direttiva 93/37 dispone che l'imprenditore dev'essere in regola con i suoi obblighi previdenziali e tributari anche nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice. Dall'altro, sempre la direttiva 93/37, con riferimento ai certificati rilasciati dalle competenti autorità dello

Stato membro interessato, consente un controllo distinto di detto imprenditore nello Stato membro di svolgimento dell'appalto pubblico di cui trattasi.

Pertanto, un obbligo di registrazione non può essere considerato quale causa di esclusione supplementare, al di là di quelle tassativamente elencate dalla direttiva 93/37, qualora sia concepito come una modalità di attuazione di tali disposizioni, unicamente diretta alla verifica della prova che l'imprenditore che intenda partecipare ad un appalto pubblico non ricada in una delle suddette cause di esclusione, segnatamente quelle relative al versamento dei contributi previdenziali, delle tasse e delle imposte.

Se le disposizioni della direttiva 93/37 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, non ostano, in linea di principio, a che l'ordinamento nazionale attribuisca la verifica dell'assenza di cause di esclusione ad un ente diverso dall'amministrazione aggiudicatrice, la composizione e le competenze di un simile ente devono, nondimeno, essere conciliabili con l'obiettivo consistente nel garantire il rispetto del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici.



NOTE A SENTENZA

- *Sulla regolarità fiscale delle imprese partecipanti alle gare e sulla possibilità di demandare controlli ad enti specializzati diversi dalle stazioni appaltanti*, in *Informator*, 3, 2010, p. 98 e ss. [COZZIO]

§ 3.03

NON CONFORME AL DIRITTO EUROPEO L'IMPOSIZIONE DI MARCHI DI QUALITÀ NELLE SPECIFICHE TECNICHE E NEI CRITERI DI AGGIUDICAZIONE. SENZA FORNIRE INFORMAZIONI DETTAGLIATE

Corte di giustizia, Terza Sezione, 10 maggio 2012, C-368/10, Commissione europea vs. Regno dei Paesi Bassi - ECLI:EU:C:2012:284

Ricorso per inadempimento

Appalto misto - Fornitura, installazione e manutenzione - Distributori automatici di bevande - Specifiche tecniche e criteri di aggiudicazione - Utilizzo marchi di qualità - Marchi di controllo analoghi o basati su medesimi presupposti - Nozione di "informazioni complementari" - Accertamento idoneità e scelta dei partecipanti - Livelli minimi di capacità tecniche e professionali - Rispetto dei "criteri di sostenibilità degli acquisti e di responsabilità sociale delle imprese"

Il Regno dei Paesi Bassi è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza della direttiva 2004/18 poiché nell'ambito dell'aggiudicazione di un appalto pubblico per la fornitura e la gestione di macchine automatiche per il caffè, oggetto di un bando pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, la provincia Noord-Holland:

- ha stabilito una specifica tecnica incompatibile con la direttiva 2004/18/CE nell'imporre che taluni prodotti da fornire presentassero una eco-etichettatura determinata, invece di utilizzare specifiche dettagliate;

- ha stabilito criteri di aggiudicazione incompatibili con la direttiva 2014/18/CE prevedendo che il fatto che taluni prodotti da fornire presentassero determinati marchi di qualità avrebbe dato luogo all'assegnazione di un certo punteggio nell'ambito della selezione

dell'offerta economicamente più vantaggiosa, senza aver elencato i criteri sottesi a tali marchi di qualità né aver autorizzato che fosse fornita con ogni mezzo appropriato la prova che un prodotto soddisfaceva tali criteri sottesi;

- ha stabilito un livello minimo di capacità tecnica non autorizzato dalla direttiva 2014/18/CE imponendo, a titolo di requisiti d'idoneità e di livelli minimi di capacità enunciati nel capitolato d'onere applicabile nell'ambito del citato appalto, la condizione secondo la quale gli offerenti devono soddisfare "i criteri di sostenibilità degli acquisti e di responsabilità sociale delle imprese" nonché indicare come soddisfano tali criteri e come "contribuiscono al miglioramento della sostenibilità del mercato del caffè e ad una produzione del caffè responsabile sotto il profilo ambientale, sociale ed economico", e

- ha stabilito una clausola contraria all'obbligo di trasparenza previsto dalla direttiva 2014/18/CE imponendo la condizione secondo la quale gli offerenti devono soddisfare "i criteri di sostenibilità degli acquisti e di responsabilità sociale delle imprese" nonché indicare come soddisfano tali criteri e come "contribuiscono al miglioramento della sostenibilità del mercato del caffè e ad una produzione del caffè responsabile sotto il profilo ambientale, sociale ed economico".



NOTE A SENTENZA

- La Corte di giustizia si pronuncia su un appalto pubblico di fornitura subordinato al rispetto di condizioni di carattere ecologico, in Diritto comunitario e degli scambi internazionali, 2012, p.278-280 [ADOBATI]

- L'incerta sostenibilità degli appalti pubblici, in Urbanistica e appalti, 2012, 11, p. 1131-1138 [CARANTA]

- I criteri di sostenibilità ambientale secondo le più recenti indicazioni della Corte di giustizia UE [PATRITO], in Appalti di servizi e criteri ambientali. Aspetti giuridici e tecnici [COZZIO; AMADEI], 2013, Trento, p. 47-64

- Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2012, 5, p. 819 e ss. [FIDONE]

§ 3.04

VIOLA LE REGOLE DEL TRATTATO L'IMPOSIZIONE DI UN CAPITALE SOCIALE MINIMO INTERAMENTE VERSATO QUALE REQUISITO PER POTER SVOLGERE ATTIVITÀ DI RISCOSSIONE PER GLI ENTI LOCALI

Corte di giustizia, Seconda sezione, 10 maggio 2012, cause riunite C-357/10, C-358/10 e C-359/10, Duomo Gpa Srl - ECLI:EU:C:2012:283

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia - Milano (Italia)

Concessione di servizi - Liquidazione, accertamento e riscossione tributi degli enti locali - Disposizioni del Trattato - Requisiti di partecipazione - Restrizione - Giustificazione su ragioni di interesse generale - Insussistenza - Violazione libertà di stabilimento - Libera prestazione dei servizi

Gli articoli 43 CE e 49 CE [49 e 56 TFUE] devono essere interpretati nel senso che ostano ad una disposizione, come quella di cui trattasi nelle cause principali, la quale preveda:

- l'obbligo, per gli operatori economici, salvo le società a prevalente partecipazione pubblica, di adeguare, se del caso, a 10 milioni di euro l'importo minimo di capitale sociale interamente versato al fine di essere abilitati ad effettuare attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi e di altre entrate delle province e dei comuni;

- la nullità dell'affidamento di siffatti servizi ad operatori che non soddisfino tale requisito di capitale sociale minimo e

- il divieto di acquisizione di nuovi affidamenti o di partecipazione a gare indette per l'affidamento di tali servizi fino all'assolvimento del suddetto obbligo di adeguamento del capitale sociale.

NOTE

L'obbligo disposto dalla normativa nazionale e oggetto della valutazione della Corte costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento nonché alla libera prestazione dei servizi, in quanto, da un lato esso implica una condizione di capitale sociale minimo e, dall'altro, esso costringe gli operatori privati che vogliono effettuare le attività in questione nelle cause principali a costituire persone giuridiche. Pertanto, una disposizione del genere ostacola o scoraggia la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi.

Peraltro, la stessa disposizione comporta restrizioni sproporzionate e quindi non giustificate alle libertà sancite agli articoli 43 CE e 49 CE [49 e 56 TFUE] in quanto supera ampiamente l'obiettivo di tutelare la pubblica amministrazione dall'inadempimento dei concessionari (pt. 30-33, sentenza).

Per quanto concerne la delimitazione dei rispettivi ambiti di applicazione dei principi della libera prestazione dei servizi e della libertà di stabilimento, occorre accertare se l'operatore economico è stabilito o meno nello Stato membro in cui offre il servizio di cui trattasi. In tale contesto, la nozione di stabilimento implica che l'operatore offra i suoi servizi, in maniera stabile e continuativa, da un domicilio professionale nello Stato membro di destinazione. Costituiscono invece prestazioni di servizi ai sensi dell'articolo 49 CE [56TFUE] tutte le prestazioni che non sono offerte in maniera stabile e continuativa dal domicilio professionale nello Stato membro di destinazione.

Nessuna disposizione del Trattato consente di determinare, in termini astratti, la durata o la frequenza a partire dalla quale la fornitura di un servizio o di un certo tipo di servizi non può più essere considerata prestazione di servizi, di modo che la nozione di servizio ai sensi del Trattato può comprendere servizi di natura molto diversa, ivi compresi i servizi la cui prestazione si estende per un periodo di tempo prolungato, persino di più anni.

Pertanto, una normativa nazionale che impone taluni requisiti agli operatori economici che intendano effettuare attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi degli enti locali può in linea di principio rientrare nell'ambito di applicazione tanto dell'articolo 43 CE [49 TFUE] quanto dell'articolo 49 CE [56 TFUE]. Diverso sarebbe qualora la riscossione dei tributi locali non potesse essere realizzata, nella pratica, senza ricorrere ad uno stabilimento sul territorio nazionale dello Stato membro di destinazione. In ogni caso, spetterebbe al giudice nazionale accertare se questo sia il caso.

NOTE A SENTENZA

- La normativa italiana che obbliga un operatore economico a disporre di un capitale sociale pari a dieci milioni di euro per essere abilitato alla riscossione dei tributi locali contrasta con il diritto comunitario, in Diritto comunitario e degli scambi internazionali, 2012, p. 276 - 278 [ADOBATI]

- Quali sono i presupposti finanziari per l'esercizio delle attività di riscossione, accertamento e liquidazione dei tributi locali in Italia?, in Il Foro napoletano - Nuova Serie, 2012, 2-3, p. 934 - 935 [MERONE]

- *Libertà di stabilimento. La Corte di giustizia si pronuncia in materia di concessione di servizi di liquidazione, accertamento e riscossione di tributi o di altre entrate degli enti locali, in Le Società, 8-9, p. 992 e ss. [OLIVIERI]*

§ 3.05

AGLI ENTI PRIVATI CHE SVOLGONO ATTIVITÀ DI CERTIFICAZIONE SI APPLICA IL DIVIETO DI RESTRIZIONI QUANTITATIVE E MISURE DI EFFETTO EQUIVALENTE

Corte di giustizia, Quarta Sezione, 12 luglio 2012, C-171/11, Fra.bo SpA - ECLI:EU:C:2012:453

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Oberlandesgericht Düsseldorf (Germania)

Libera circolazione delle merci - Restrizioni quantitative - Misure di effetto equivalente - Attività di normalizzazione e di certificazione esercitate da un ente privato - Elaborazione norme tecniche - Associazione di diritto privato - Certificazione di prodotti - Prodotti certificati conformi ai requisiti ex lege di impiego - Forte restrizione della commerciabilità di prodotti non certificati

L'articolo 28 CE (34 TFUE) in tema di divieto di restrizioni quantitative fra gli Stati membri dev'essere interpretato nel senso che si applica alle attività di normalizzazione e di certificazione di un ente privato, qualora la legislazione nazionale consideri conformi al diritto nazionale i prodotti certificati da tale ente e ciò produca l'effetto di ostacolare la commercializzazione di prodotti sprovvisti di tale certificato. Ciò si verifica nel caso in cui l'ente rappresenti, per taluni prodotti, l'unica possibilità di ottenere una certificazione di conformità ed abbia la facoltà, essendo abilitato alla certificazione, di regolamentare l'immissione di tali prodotti sul mercato.



NOTE

La sentenza interviene sulla questione posta dal giudice nazionale tedesco per sapere se gli organismi di diritto privato costituiti al fine di elaborare norme tecniche in un determinato settore, nonché di certificare i prodotti sulla scorta di tali norme tecniche, siano assoggettati, nell'elaborazione delle norme tecniche e nel processo di certificazione, alle norme in tema di circolazione delle merci, qualora il legislatore nazionale consideri espressamente conformi alla legge i prodotti provvisti di certificati, cosicché, nella prassi, la distribuzione di prodotti sprovvisti di tale certificato sia perlomeno resa notevolmente più difficoltosa.



NOTE A SENTENZA

- *Towards Horizontal Direct Effect for the Free Movement of Goods? Comment on Fra.bo*, in *European Law Review*, 2013, p. 677-694 [VAN HARTEN; NAUTA]

- *Libertà fondamentali dell'UE e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 4, p. 878 - 910 [NAVARRETTA]

§ 3.06

LEGITTIMO IL REQUISITO MINIMO DI CAPACITÀ ECONOMICA E FINANZIARIA BASATO SU UN UNICO INDICATORE, PURCHÈ ADEGUATO ALL'IMPORTANZA DELL'APPALTO

Corte di giustizia, Settima sezione, 18 ottobre 2012, C-218/11, Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édkövízig) - ECLI:EU:C:2012:643

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Fővárosi Ítéltábla (Ungheria)

Appalti pubblici - Requisiti soggettivi - Capacità economica e finanziaria - Livello minimo di capacità - Riferimento ad un unico indicatore del bilancio - Dato contabile influenzabile - Divergenze tra normative nazionali in materia di conti annuali delle società

La direttiva 2004/18/CE va interpretata nel senso che un'amministrazione aggiudicatrice può richiedere un livello minimo di capacità economica e finanziaria facendo riferimento a uno o più elementi specifici del bilancio, purché questi siano oggettivamente idonei a fornire informazioni su tale capacità in capo ad un operatore economico e che tale livello sia adeguato all'importanza dell'appalto di cui trattasi nel senso di costituire oggettivamente un indice positivo dell'esistenza di una situazione patrimoniale e finanziaria sufficiente a portare a buon fine l'esecuzione di tale appalto, senza però andare oltre quanto è ragionevolmente necessario a tal fine.

In linea di principio, il requisito di un livello minimo di capacità economica e finanziaria non può essere escluso per la sola ragione che tale livello riguarda un elemento del bilancio sul quale possono sussistere differenze tra le legislazioni dei vari Stati membri.

La direttiva 2004/18 deve essere interpretata nel senso che, qualora per un operatore economico sia impossibile soddisfare un livello minimo di capacità economica e finanziaria consistente nel fatto che il risultato d'esercizio dei candidati o degli offerenti non sia negativo per più di un esercizio negli ultimi tre esercizi chiusi, a causa di una convenzione in forza della quale tale operatore economico trasferisce sistematicamente i suoi utili alla società madre, quest'ultimo non ha altra possibilità, per soddisfare tale livello minimo di capacità, che quella di fare affidamento sulle capacità di un altro soggetto.

Al riguardo è irrilevante il fatto che le legislazioni dello Stato membro di stabilimento del suddetto operatore economico e dello Stato membro di stabilimento dell'amministrazione aggiudicatrice divergano, in quanto una simile convenzione è autorizzata senza limiti dalla legislazione del primo Stato membro, mentre, ai sensi della legislazione del secondo, lo sarebbe solo a condizione che il trasferimento degli utili non abbia l'effetto di rendere negativo il risultato di bilancio.



NOTE A SENTENZA

- *The Court of Justice Rules That, Subject to Certain Conditions, a Contracting Authority May Require a Minimum Level of Economic Standing to be Demonstrated by Reference to Particular Aspects of the Bidding Company's Balance Sheet, in Public Procurement Law Review, 2013, p. 27- 31 [BROWN]*

§ 3.07

LA PREVENTIVA RICHIESTA DI DICHIARAZIONE IMPOSTA AI PRESTATORI STABILITI IN ALTRI STATI MEMBRI VIOLA LE REGOLE SULLA LIBERTÀ DI PRESTAZIONE DI SERVIZI

Corte di giustizia, Quarta sezione, 19 dicembre 2012, C-577/10, Commissione vs. Regno del Belgio - ECLI:EU:C:2012:814

Ricorso per inadempimento

Libera prestazione di servizi - Normativa nazionale - Obbligo di preventiva dichiarazione - Prestatori di servizi stabiliti in altri Stati membri - Restrizione - a carattere discriminatorio - Esigenze imperative di interesse generale - Prevenzione delle frodi - Lotta alla concorrenza sleale - Assenza di giustificazione e di proporzionalità

Il Regno del Belgio è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti a norma dell'articolo 56 TFUE avendo adottato alcune disposizioni della legge programmatica (I) del 27 dicembre 2006 a mente della quale viene imposto ai prestatori autonomi di servizi stabiliti in uno Stato membro diverso (dal Belgio) di effettuare una dichiarazione previa all'esercizio della loro attività in Belgio.



NOTE

Viene meno agli obblighi ad esso incombenti in forza dell'articolo 56 TFUE uno Stato membro il quale adotti una normativa nazionale che impone ai prestatori autonomi di servizi stabiliti in uno Stato membro di effettuare una dichiarazione previa all'esercizio della loro attività nello Stato membro interessato.

A tale riguardo, una normativa nazionale che ricada in un settore non oggetto di armonizzazione a livello dell'Unione e che si applichi indistintamente a qualsivoglia soggetto o impresa che eserciti un'attività sul territorio dello Stato membro interessato può risultare giustificata, malgrado i suoi effetti restrittivi sulla libera prestazione dei servizi, se risponde a ragioni imperative d'interesse generale, qualora tale interesse non sia già tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito, se è idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e se non va oltre quanto necessario per il suo raggiungimento.

Tuttavia, anche se l'obiettivo della lotta alle frodi, in particolare in materia sociale, e di prevenzione degli abusi, in particolare l'individuazione dei casi di falsi lavoratori autonomi e la repressione del lavoro occulto, può ricollegarsi agli obiettivi di tutela dell'equilibrio finanziario dei regimi di previdenza sociale, di prevenzione della concorrenza sleale e del dumping sociale nonché di tutela dei lavoratori, compresi i prestatori di servizi autonomi, cionondimeno una presunzione generale di frode non può essere sufficiente a giustificare una misura che pregiudichi gli obiettivi del Trattato FUE, e spetta allo Stato membro interessato giustificare in termini convincenti sotto qual profilo la normativa di cui trattasi non vada oltre i limiti di quanto necessario ai fini del conseguimento degli obiettivi medesimi (pt. 44-57, sentenza).



NOTE A SENTENZA

- Libera prestazione dei servizi ed esigenze di tutela dei diritti sociali nella normativa belga in materia di lavoratori autonomi distaccati: la Corte di giustizia può ancora ignorare Lisbona? in ADL - Argomenti di diritto del lavoro, 2013, 4-5, p. 955 - 974 [TOMBA]

§ RINVIO

➔ *rinvio a § 8.04*

Corte di Giustizia, Quinta sezione, sentenza 10 ottobre 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA - ECLI:EU:C:2013:646

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale amministrativo regionale per le Marche (Italia)

§ 3.08

CONFORMI AL DIRITTO EUROPEO DELLA CONCORRENZA LE TARIFFE MINIME RICHIESTE DALLE SOA

Corte di giustizia, Quarta sezione, 12 dicembre 2013, C-327/12, Ministero dello Sviluppo economico - ECLI:EU:C:2013:827

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Consiglio di Stato (Italia)

Imprese organismi di attestazione - Servizi di certificazione - Qualificazione imprese che eseguono lavori pubblici - Regime di tariffe minime - Libertà di stabilimento - Restrizione - Deroghe - Ammissibilità - Presupposti - Verifica da parte del giudice nazionale

Gli articoli 101 TFUE, 102 TFUE e 106 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che impone alle Società Organismi di Attestazione un regime di tariffe minime per i servizi di certificazione forniti alle imprese che intendano partecipare a procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

Una siffatta normativa nazionale configura una restrizione alla libertà di stabilimento ai sensi dell'articolo 49 TFUE, ma è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo di tutela dei destinatari di detti servizi. Spetta al giudice del rinvio valutare se, tenuto conto in particolare delle modalità di calcolo delle tariffe minime, segnatamente in funzione del numero delle categorie di lavori per le quali il certificato è redatto, la citata normativa nazionale vada oltre quanto necessario per conseguire tale obiettivo.



NOTE

Una normativa nazionale che impone un regime di tariffe minime per i servizi di certificazione forniti alle imprese che intendano partecipare a procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, da una parte non viola gli articoli 101 TFUE o 102 TFUE, in quanto non ha l'effetto di imporre o agevolare la conclusione di accordi o rafforzare gli effetti di tali accordi. Inoltre, lo Stato membro non delega ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni di intervento in materia economica e non impone né favorisce abusi di posizione dominante.

Per quanto riguarda l'articolo 106 TFUE, la circostanza che le funzioni connesse alla certificazione siano state affidate a tutti gli organismi di attestazione di uno Stato membro ed unicamente ad essi non può ritenersi tale da conferire loro diritti speciali o esclusivi, qualora tutti gli organismi di attestazione siano dotati degli

stessi diritti e competenze nell'ambito del mercato di riferimento dei servizi di certificazione, né sia stato posto in essere alcun vantaggio concorrenziale a favore di talune imprese attive su tale mercato ed in danno di altre imprese che forniscono gli stessi servizi, e l'autorizzazione a creare nuovi organismi di attestazione non sia riservata ad un numero limitato di enti, ma concessa a ogni ente che risponda ai criteri posti dalla normativa nazionale (pt. 38-44, sentenza).

La deroga contemplata dall'articolo 51 TFUE è limitata alle sole attività che, considerate in quanto tali, costituiscono una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri.

Le decisioni di certificare o meno un controllo tecnico, le quali, in sostanza, si limitano a prendere atto dei risultati dell'ispezione tecnica, dal momento che, da un lato, sono prive dell'autonomia decisionale propria dell'esercizio di prerogative dei pubblici poteri e, dall'altro, sono adottate nell'ambito di una vigilanza statale diretta, esulano dal campo di applicazione della suddetta deroga. Allo stesso modo, il ruolo ausiliario e preparatorio riconosciuto ad organismi privati nei confronti dell'autorità di vigilanza non può essere considerato una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri ai sensi dell'articolo 51 TFUE.

Conseguentemente, non rientra nell'ambito di applicazione di tale disposizione la verifica, definita in tutti i suoi aspetti dal quadro normativo nazionale, della capacità tecnica e finanziaria delle imprese soggette a certificazione, della veridicità e della sostanza delle dichiarazioni, delle certificazioni e delle documentazioni presentate dai soggetti cui rilasciare l'attestato, nonché del permanere del possesso dei requisiti relativi alla situazione personale del candidato o dell'offerente, giacché detta verifica inoltre è eseguita sotto una vigilanza statale diretta ed ha la funzione di agevolare il compito delle autorità aggiudicatrici nel settore degli appalti pubblici di lavori, la sua finalità essendo quella di consentire a questi ultimi di assolvere la propria missione conoscendo in maniera precisa e circostanziata la capacità sia tecnica che finanziaria degli offerenti (pt. 51-54, sentenza).



NOTE A SENTENZA

- *In tema di concorrenza nell'ordinamento europeo, in Il Foro italiano, 2014, 10, p. 505 - 508 [PROVVEDI]*
- *Caso SOA: la Corte di giustizia UE legittima i minimi tariffari, se presidiano valori pubblici, in Notariato, 2014, 2, p. 191 e ss. [LICINI]*
- *I requisiti di autonomia e indipendenza delle SOA e l'onere della prova, in Urbanistica e appalti, 2015, 11, p. 1153 e ss. [CONTESSA]*

§ 3.09

IL VINCOLO SULL'UBICAZIONE DELLA SEDE LEGALE PER LE SOA NON È CONFORME ALLE REGOLE EUROPEE

Corte di giustizia, Grande sezione, 16 giugno 2015, C-593/13, Presidenza del Consiglio dei Ministri - ECLI:EU:C:2015:399

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Consiglio di Stato (Italia)

Appalti di lavori - Imprese che eseguono lavori pubblici - Organismi incaricati di attestare il rispetto dei requisiti di legge - Sede legale nel territorio nazionale - Obbligo - Normativa nazionale - Ordine pubblico e pubblica sicurezza - Libertà di stabilimento - Libera prestazione di servizi - Deroghe - Partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri - Non sussiste - Non conformità alla normativa europea

L'articolo 51, primo comma, TFUE deve essere interpretato nel senso che l'eccezione al diritto di stabilimento prevista da tale disposizione non si applica alle attività di attestazione esercitate dalle società aventi la qualità di organismi di attestazione.

La direttiva 2006/123/CE deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro in forza della quale è imposto alle società aventi la qualità di organismi di attestazione di avere la loro sede legale nel territorio nazionale.

NOTE

La direttiva 2006/123 vieta di subordinare l'accesso ad un'attività o il suo esercizio al rispetto di determinati dei requisiti indicati nell'articolo 14. Vi rientrano, tra gli altri, i "requisiti discriminatori fondati direttamente o indirettamente sulla cittadinanza o, per quanto riguarda le società, sull'ubicazione della sede legale".

La direttiva rimette agli Stati membri l'onere di verificare la presenza nei propri ordinamenti di altri requisiti (restrizioni quantitative, status giuridico, numero minimo di dipendenti, tariffe obbligatorie minime e/o massime, etc.) che possono essere mantenuti o, all'occorrenza, introdotti, purché siano conformi a condizioni di non discriminazione, di necessità e di proporzionalità.

Inoltre, in merito alla libera circolazione dei servizi, la direttiva 2006/123 prevede che lo Stato membro in cui il prestatore si reca per fornire i suoi servizi possa imporre requisiti relativi alla prestazione, qualora detti requisiti siano giustificati da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell'ambiente.

Una tale possibilità non è prevista per i requisiti «vietati» elencati dall'articolo 14 della direttiva 2006/123 (tra i quali "requisiti discriminatori fondati direttamente o indirettamente sulla cittadinanza o, per quanto riguarda le società, sull'ubicazione della sede legale") (pt. 32-35, sentenza).

Un tale divieto senza possibilità di giustificazione mira a garantire la soppressione sistematica e rapida di talune restrizioni alla libertà di stabilimento che, secondo il legislatore dell'Unione e la giurisprudenza della Corte, causano un grave pregiudizio al buon funzionamento del mercato interno.

L'articolo 52, par. 1, TFUE consente agli Stati membri di giustificare misure nazionali che costituiscono una restrizione alla libertà di stabilimento, tuttavia ciò non significa che il legislatore dell'Unione quando adotta un atto di diritto secondario non possa limitare talune deroghe, a maggior ragione quando, come nel caso di specie, la norma di diritto secondario si limita a richiamare una giurisprudenza costante in base alla quale il requisito relativo all'ubicazione della sede legale della società sia incompatibile con le libertà fondamentali riconosciute agli operatori economici (pt. 39-40, sentenza).

NOTE A SENTENZA

- *Il divieto di restrizioni alla libertà di stabilimento posto dalla direttiva sui servizi nel mercato interno circoscrive le deroghe ammesse dal TFUE, in Informator, 4, 2015, p. 98 e ss. [COZZIO]*

3. QUALIFICAZIONE

4. REQUISITI GENERALI, SOCCORSO ISTRUTTORIO E DGUE

Paolo Patrito

§ 4.01

LA RICHIESTA DI COMPROVARE LA BUONA REPUTAZIONE E LA QUALIFICAZIONE PROFESSIONALE MEDIANTE AUTORIZZAZIONE GOVERNATIVA VIOLA IL PRINCIPIO DELLA LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI**Corte di giustizia, 10 febbraio 1982, C-76/81, SA Transporoute et travaux - ECLI:EU:C:1982:49**

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Conseil d'Etat (Lussemburgo)

Appalto di lavori - 1. Requisiti generali di partecipazione - Buona reputazione e qualificazione professionale dell'offerente - Modalità di comprova - Richiesta autorizzazione governativa di stabilimento - Inammissibilità - 2. Offerte anormalmente basse - Obblighi dell'amministrazione aggiudicatrice

La Direttiva 71/305 va interpretata nel senso che essa osta a che uno Stato membro possa pretendere da un offerente con sede in altro Stato membro la prova del fatto che egli soddisfa le condizioni relative alla sua buona reputazione ed alla sua qualificazione professionale di cui agli artt. 23-26 della Direttiva con mezzi, quali l'autorizzazione di stabilimento, diversi da quelli enunciati in tali disposizioni.

Quando, ad avviso dell'amministrazione aggiudicatrice, le offerte di un concorrente sono manifestamente anormalmente basse rispetto alle prestazioni da fornire, la direttiva 71/305 obbliga detta amministrazione, prima di decidere sull'aggiudicazione dell'appalto, ad invitare l'offerente a fornire una giustificazione delle offerte di prezzo oppure ad informarlo di quali offerte siano anormali, concedendogli un termine congruo per presentare precisazioni complementari.

**NOTE**

Il subordinare, in uno Stato membro, l'esecuzione di prestazioni di servizi da parte di un'impresa stabilita in un altro Stato membro al possesso dell'autorizzazione di stabilimento nel primo Stato avrebbe la conseguenza di togliere ogni efficacia all'art. 59 del Trattato (art. 56 TFUE), il cui oggetto consiste proprio nell'eliminare le restrizioni alla libera prestazione di servizi da parte di persone non stabilite nello Stato nel cui territorio deve essere fornita la prestazione.

La direttiva 71/305 stabilisce che, nel caso di offerta anormalmente bassa, l'amministrazione aggiudicatrice ne verifica la composizione e, all'occorrenza, chiede all'offerente le giustificazioni necessarie. Il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice si vede espressamente riconosciuto da detta disposizione il diritto di stabilire se tali giustificazioni siano inaccettabili non la legittima in nessun caso, contrariamente a quanto sostiene il Governo lussemburghese, ad anticipare la valutazione di inaccettabilità respingendo l'offerta, senza neppure chiedere all'offerente di fornire le giustificazioni. Lo scopo di tale disposizione, di proteggere cioè l'offerente dall'arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice, non può infatti essere raggiunto se si lascia all'amministrazione stessa il compito di valutare l'opportunità di richiedere le giustificazioni.

**NOTE A SENTENZA**

- *Directive 71/305: Criteria for Selecting Public Works Contractors*, in *European Law Review* 1982, p. 233-235 [OLIVER]

§ 4.02

I CRITERI PER LA VERIFICA DELL'IDONEITÀ DEGLI OFFERENTI SONO DIVERSI DAI CRITERI PER LA VALUTAZIONE DELLE OFFERTE

Corte di giustizia, Sesta Sezione, 19 giugno 2003, C-315/01, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) - ECLI:EU:C:2003:360

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Bundesvergabeamt (Austria)

Appalto di forniture - Procedure di aggiudicazione - 1. Criteri d'idoneità - Criteri di aggiudicazione - Presa in considerazione di un elenco delle principali forniture anteriori - Inammissibilità - 2. Criteri di aggiudicazione - Pretesa di esaminare il prodotto entro ambito territoriale - Numero massimo di chilometri - Inammissibilità

La direttiva 93/36/CEE osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di forniture, l'amministrazione aggiudicatrice tenga conto delle diverse referenze relative ai prodotti proposti dagli offerenti ad altri clienti non già come criterio di verifica dell'idoneità dei primi ad eseguire l'appalto di cui si tratta, bensì come criterio di aggiudicazione dell'appalto stesso.

La direttiva 93/36/CEE osta a che, nell'ambito di un appalto pubblico di forniture, la pretesa che i prodotti oggetto delle offerte possano essere esaminati de visu dall'amministrazione aggiudicatrice in un raggio di 300 km dalla sede di quest'ultima serva da criterio di aggiudicazione del detto appalto.



NOTE

La presentazione di un elenco delle principali forniture effettuate nel corso degli ultimi tre anni, con indicazione dell'importo, della data e del destinatario pubblico o privato, figura espressamente tra le referenze probanti o tra i mezzi di prova che, ai sensi della direttiva, possono essere richiesti a giustificazione della capacità tecnica dei fornitori. Un semplice elenco di referenze che comporta unicamente l'identità e il numero dei clienti precedenti degli offerenti, senza contenere altre precisazioni relative alle consegne effettuate a tali clienti, non fornisce alcuna indicazione che consenta di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa e non può quindi in nessun modo costituire un criterio di aggiudicazione ai sensi di tale disposizione. Nell'ambito di un appalto pubblico di forniture, le amministrazioni aggiudicatrici possono pretendere la presentazione di campioni, descrizioni e/o fotografie dei prodotti da fornire come referenze probanti o mezzi di prova della capacità tecnica dei fornitori ad eseguire l'appalto di cui si tratta. Siffatto criterio, per altro, non è tale da consentire di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa e non può in alcun modo costituire un criterio di aggiudicazione ai sensi della direttiva.



NOTE A SENTENZA

- *Motivi di illegittimità sollevati d'ufficio e diritto al risarcimento del ricorrente nelle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2003, p. 2013-2018 [DIMAN]*

§ 4.03

REGOLARIZZAZIONE IN MATERIA DI REGOLARITÀ CONTRIBUTIVA E FISCALE

Corte di giustizia, Prima sezione, 9 febbraio 2006, C-226/04 La Cascina Soc. coop. arl, C- 228/04 Consorzio G.M.F. - ECLI:EU:C:2006:94

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio - Roma (Italia)

Appalto di servizi - Requisiti generali di partecipazione - Obblighi dei prestatori di servizi - Pagamento contributi di sicurezza sociale, imposte e tasse - Principi di trasparenza e parità di trattamento - Termine per lo svolgimento degli adempimenti - Determinazione certa - Intenzione di pagamento - Non soddisfa la condizione - Norme nazionali che consentono successiva regolarizzazione - Compatibilità con la disciplina comunitaria - Condizioni

La direttiva 92/50/CEE, non si oppone ad una normativa o ad una prassi amministrativa nazionali in base alle quali un prestatore di servizi che, alla data di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, non ha adempiuto, effettuando integralmente il pagamento corrispondente, i suoi obblighi in materia di contributi previdenziali e di imposte e tasse, può regolarizzare la sua situazione successivamente in forza di misure di condono fiscale o di sanatoria adottate dallo Stato, o in forza di un concordato al fine di una rateizzazione o di una riduzione dei debiti, o mediante la presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale, a condizione che provi, entro il termine stabilito dalla normativa o dalla prassi amministrativa nazionali, di aver beneficiato di tali misure o di un tale concordato, o che abbia presentato un tale ricorso entro questo termine.

 NOTE

La direttiva 92/50 offre la facoltà agli Stati membri di escludere dalla partecipazione a una gara d'appalto qualunque candidato che non abbia adempiuto i suoi obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e delle imposte e tasse, conformemente alle disposizioni legislative nazionali.

Questa disposizione non si oppone ad una normativa o ad una prassi amministrativa nazionali in base alle quali un prestatore di servizi che, alla data di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, non ha adempiuto, effettuando integralmente il pagamento corrispondente, i suoi obblighi in materia di contributi previdenziali e di imposte e tasse può regolarizzare la sua situazione successivamente: (i) in forza di misure di condono fiscale o di sanatoria adottate dallo Stato, o (ii) in forza di un concordato al fine di una rateizzazione o di una riduzione dei debiti, o (iii) mediante la presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale ... in tutti i casi a condizione che provi, entro il termine stabilito dalla normativa o dalla prassi amministrativa nazionali, di aver beneficiato di tali misure o di un tale concordato, o che abbia presentato un tale ricorso entro questo termine.

Infatti, la direttiva non prevede in materia una uniformità di applicazione delle cause di esclusione ivi indicate a livello comunitario, in quanto gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare affatto queste cause di esclusione, o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi. In tale ambito, gli Stati membri hanno il potere di alleviare o di rendere più flessibili i criteri stabiliti dalla direttiva.

Spetta pertanto alle norme nazionali precisare il contenuto e la portata degli obblighi di cui trattasi nonché le condizioni del loro adempimento. Spetta inoltre alle norme nazionali determinare fino a che momento o en-

tro quale termine gli interessati devono aver effettuato i pagamenti corrispondenti ai loro obblighi oppure aver provato che le condizioni per una regolarizzazione a posteriori sono soddisfatte. Tuttavia, i principi di trasparenza e di parità di trattamento richiedono che questo termine sia determinato con una certezza assoluta e reso pubblico, affinché gli interessati possano conoscere esattamente gli obblighi procedurali ed essere sicuri del fatto che gli stessi obblighi valgano per tutti i concorrenti. Inoltre, un semplice inizio di pagamento al momento considerato, o la prova dell'intenzione di pagamento, o ancora la prova della capacità finanziaria di regolarizzazione al di là di questo momento non possono essere sufficienti.



NOTE A SENTENZA

- *È escluso da una gara d'appalto pubblico il prestatore di servizi che non è in regola con il pagamento dei contributi previdenziali e delle imposte*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, p.79-80 [ADOBATTI]
- *La possibilità di esclusione dalle procedure di gara per irregolarità contributive e fiscali*, in *Rivista amministrativa degli appalti*, 2006, 1, p. 45-53 [TOMASSI]
- *Corte CE e esclusione dalla gara per irregolarità fiscale e contributiva: è necessaria una regola chiara*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 5, p. 542-549 [LOTTI]
- *Esclusione da procedure ad evidenza pubblica per irregolarità fiscali*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 2, p. 179 e ss. [QUADRI]

§ 4.04

MISURE NAZIONALI CHE STABILISCA NO CAUSE DI ESCLUSIONE ULTERIORI A QUELLE DELLE DIRETTIVE DEVONO RISPETTARE I PRINCIPI DI PROPORZIONALITÀ E ADEGUATEZZA

Corte di giustizia, Grande Sezione, 16 dicembre 2008, C-213/07, Michainiki AE - ECLI:EU:C:2008:731

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Symvoulío tis Epikrateias (Grecia)

Appalti di lavori - Procedura di aggiudicazione - Cause di esclusione - Elenco tassativo - Misure nazionali - Altre cause di esclusione - Incompatibilità tra il settore dei lavori pubblici e quello dei mezzi di informazione - Tutela della concorrenza - Contrasto di frodi e corruzione - Necessaria proporzionalità - Misure eccedenti quanto necessario

La direttiva 93/37/CEE deve essere interpretato nel senso che elenca, in modo tassativo, le cause fondate su considerazioni oggettive di natura professionale, che possono giustificare l'esclusione di un imprenditore dalla partecipazione ad un appalto pubblico di lavori. Tuttavia, tale direttiva non osta a che uno Stato membro preveda altre misure di esclusione dirette a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza, purché siffatte misure non eccedano quanto necessario per raggiungere tale obiettivo.

Il diritto comunitario deve essere interpretato nel senso che osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, stabilisce una

presunzione assoluta d'incompatibilità tra lo status di proprietario, socio, azionista principale o dirigente di un'impresa che opera nel settore dei mezzi di informazione e quello di proprietario, socio, azionista principale o dirigente di un'impresa cui venga affidata dallo Stato o da una persona giuridica del settore pubblico in senso lato l'esecuzione di appalti di lavori, di forniture o di servizi.

NOTE

Il coordinamento comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è diretto, in particolare, a escludere il rischio che gli offerenti nazionali siano preferiti nell'aggiudicazione di un appalto e la possibilità che un'autorità aggiudicatrice pubblica si lasci guidare da considerazioni estranee all'appalto in oggetto. In tale contesto, occorre riconoscere a ciascuno Stato membro un certo margine di discrezionalità ai fini dell'adozione di provvedimenti destinati a garantire i principi della parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza, i quali costituiscono il fondamento delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Ne consegue che il diritto comunitario non osta all'adozione di misure nazionali destinate a escludere, nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, il rischio di sopravvenienza di pratiche atte a minacciare la trasparenza ed a falsare la concorrenza, che potrebbe prodursi in presenza, tra gli offerenti, di un imprenditore operante nel settore dei mezzi di informazione o legato ad una persona coinvolta in tale settore, e a prevenire o a reprimere così la frode e la corruzione.

Una disposizione nazionale che stabilisce un'incompatibilità generale tra il settore dei lavori pubblici e quello dei mezzi di informazione, ha l'effetto di escludere l'aggiudicazione di appalti pubblici ad imprenditori di lavori pubblici coinvolti anche nel settore dei mezzi d'informazione a motivo di una relazione che sia quella di proprietario, di azionista principale, di socio o di direttore, senza lasciare loro alcuna possibilità di dimostrare, di fronte agli eventuali indizi avanzati, ad esempio, da un concorrente, che, nel loro caso, non sussistono rischi reali del tipo di quello menzionato in precedenza.

Pertanto, escludendo una categoria intera di imprenditori di lavori pubblici sulla base della suddetta presunzione assoluta, una siffatta disposizione eccede quanto necessario per raggiungere gli asseriti obiettivi di trasparenza e di parità di trattamento.

NOTE A SENTENZA

- *Exclusion of Bidders on Grounds of Holding Media Interests: Michaniki AE v Ethniko Simvoulío Radioteleorasis and Ipourgos Epikratias (C-213/07)*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, p 79-82 [MCGOWAN]

§ 4.05

DUE IMPRESE, FRA LORO IN RAPPORTO DI CONTROLLO, POSSONO PARTECIPARE ALLA STESSA GARA SE DIMOSTRANO CHE NON C'È VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI PARITÀ DI TRATTAMENTO E DI TRASPARENZA

Corte di giustizia, Quarta sezione, 19 maggio 2009, C-538/07, Assitur Srl - ECLI:EU:C:2009:317

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia - Milano (Italia)

Appalti pubblici di servizi - Partecipazione a procedure di gara - Normativa nazionale - Società aventi fra loro rapporto di controllo o di influenza notevole - Nozione - Esclusione

La direttiva 92/50/CEE deve essere interpretata nel senso che esso non osta a che uno Stato membro, in aggiunta alle cause di esclusione contemplate da tale disposizione, preveda ulteriori cause di esclusione finalizzate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, a condizione che tali misure non eccedano quanto necessario per conseguire la suddetta finalità.

Il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara.



NOTE

Sarebbe contraria ad un'efficace applicazione del diritto comunitario l'esclusione sistematica delle imprese tra loro collegate dal diritto di partecipare ad una medesima procedura di aggiudicazione di appalto pubblico. Una soluzione siffatta, infatti, ridurrebbe notevolmente la concorrenza a livello comunitario. Ne consegue che una normativa nazionale, nella misura in cui estende il divieto di partecipazione ad una medesima procedura di aggiudicazione alle situazioni in cui il rapporto di controllo tra le imprese interessate rimane influente sul comportamento di queste ultime nell'ambito di siffatte procedure, eccede quanto necessario per conseguire l'obiettivo di garantire l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza. Una tale normativa, basata su una presunzione assoluta secondo cui le diverse offerte presentate per un medesimo appalto da imprese collegate si sarebbero necessariamente influenzate l'una con l'altra, viola il principio di proporzionalità, in quanto non lascia a tali imprese la possibilità di dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti.



NOTE A SENTENZA

- *Ridimensionamento dell'art. 34 del Codice de Lise, in Urbanistica e appalti, 2009, 7, p. 805 e ss. [PROTTO; CARANTA]*

- *L'impresa controllante e l'impresa controllata possono partecipare alla stessa gara, in Urbanistica e appalti, 2009, 9, p. 1063 e ss. [LEGGIADRO]*

- *Sentenza della Corte di giustizia sul caso Assitur, in Giurisprudenza commerciale, 2010, 4, p. 591 - 608 [GARILLI]*

- *Lesoneri automatici senza una verifica del caso è in contrasto con le norme CE sulla concorrenza, in Guida al Diritto, 2009, 23, p. 102 - 106 [PAPPALARDO]*

§ 4.06

I PRINCIPI DELLA PARITÀ DI TRATTAMENTO E DELLA PROPORZIONALITÀ OSTANO ALLE CAUSE DI ESCLUSIONE AUTOMATICA

Corte di giustizia, Quarta sezione, 23 dicembre 2009, C-376/08, Serrantoni Srl - ECLI:EU:C:2009:808

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia - Milano (Italia)

Appalti pubblici di lavori - Partecipazione a procedure di gara - Normativa nazionale - Consorzi d'impresa - Divieto di partecipazione allo stesso appalto, in modo concorrente - Consorzio stabile e sua associata - Esclusione - Automatismo - Violazione principi della parità di trattamento e della proporzionalità

Il diritto comunitario dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che dispone, in occasione della procedura di assegnazione di un appalto pubblico il cui importo non raggiunge la soglia di rilevanza comunitaria di cui alla direttiva 2004/18/CE, ma che riveste un interesse transfrontaliero certo, l'esclusione automatica dalla partecipazione a detta procedura e l'irrogazione di sanzioni penali contro tanto un consorzio stabile quanto le imprese che ne sono membri, quando queste ultime hanno presentato offerte concorrenti a quella di detto consorzio nell'ambito dello stesso procedimento, anche qualora l'offerta di detto consorzio non sia stata presentata per conto e nell'interesse di tali imprese.



NOTE

Una simile misura di esclusione automatica, che concerne unicamente la forma di consorzio stabile e le imprese che ne sono membri ed è applicabile in caso di offerte concorrenti, indipendentemente dalla questione se il consorzio considerato partecipi o meno all'appalto pubblico di cui trattasi per conto e nell'interesse delle imprese che hanno presentato un'offerta, costituisce un trattamento discriminatorio a danno di tale forma di consorzio e, pertanto, non è conforme al principio di uguaglianza.

Inoltre, una norma di esclusione sistematica, che comporta anche, per le amministrazioni aggiudicatrici, un obbligo assoluto di esclusione degli enti interessati, anche nei casi in cui i rapporti esistenti tra questi ultimi restino senza incidenza sul loro comportamento nell'ambito delle procedure cui essi hanno partecipato, è in contrasto con l'interesse comunitario a che sia garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto e va oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo consistente nel garantire l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza. Una simile norma non è pertanto compatibile con il principio di proporzionalità.

Peraltro, gli artt. 43 CE e 49 CE [artt. 49 e 56 TFUE] ostano a ogni misura nazionale che, ancorché applicabile senza discriminazione relativa alla nazionalità, sia in grado di vietare, di ostacolare o di rendere meno attraente l'esercizio, da parte di cittadini comunitari, della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi garantita da dette disposizioni del Trattato. A tale riguardo, una norma nazionale che prevede una misura di esclusione automatica a danno dei consorzi stabili e delle imprese che ne sono membri è tale da esercitare un'influenza dissuasiva sugli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, vale a dire, da un lato, gli operatori che intendano stabilirsi nello Stato membro considerato mediante la creazione di un consorzio stabile, costituito eventualmente da imprese nazionali e straniere e, dall'altro, quelli che intendano aderire a tali consorzi già costituiti, al fine di poter partecipare più agevolmente a procedure di appalti pubblici organizzate dalle amministrazioni aggiudicatrici di detto Stato membro e di poter così offrire più facilmente i loro

servizi. Una simile restrizione ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE [artt. 49 e 56 TFUE] non può essere giustificata, nonostante il suo legittimo obiettivo di lotta contro le collusioni potenziali tra il consorzio in questione e le imprese che lo compongono, in quanto essa va oltre quanto necessario per raggiungere tale obiettivo [pt. 40-42, 45-46, sentenza].



NOTE A SENTENZA

- Dalla Corte un monito sulla non compatibilità delle procedure di esclusione automatica con i principi della parità di trattamento e di proporzionalità, in *Informator*, 2, 2010, p. 103 e ss. [COZZIO]

§ 4.07

ESCLUSIONE AUTOMATICA PER ERRORE GRAVE NELL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ PROFESSIONALE

Corte di giustizia, Terza Sezione, 13 dicembre 2012, C-465/11, Forposta SA e ABC Direct Contact sp. z o.o. - ECLI:EU:C:2012:801

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dalla Krajowa Izba Odwoławcza (Polonia)

Appalti pubblici - Errore grave nell'esercizio dell'attività professionale - Nozione - Interpretazione - Cause di esclusione dalla partecipazione - Carattere tassativo - Facoltà degli Stati membri di prevedere altre misure di esclusione - Sfavor per norme che introducono automatismi - Necessaria valutazione, caso per caso, del comportamento contestato

La direttiva 2004/18/CE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale ai sensi della quale sussiste un errore grave in materia professionale, il quale conduce all'esclusione automatica dell'operatore economico in questione da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in corso, quando, per circostanze imputabili a tale medesimo operatore economico, l'amministrazione aggiudicatrice ha risolto o denunciato un precedente contratto di aggiudicazione di un appalto pubblico con il suddetto operatore, o si è ritirata dal medesimo, qualora tale risoluzione, denuncia o ritiro del contratto siano avvenuti nei tre anni precedenti l'avvio della procedura in corso ed il valore dell'appalto pubblico precedente non realizzato ammonti ad almeno il 5% del suo valore globale.

I principi e le norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici non giustificano che, per la tutela dell'interesse pubblico e dei legittimi interessi delle amministrazioni aggiudicatrici nonché per il mantenimento di una concorrenza leale tra operatori economici, una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, imponga a un'amministrazione aggiudicatrice di escludere automaticamente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico un operatore economico in un'ipotesi come quella considerata dalla risposta alla prima questione pregiudiziale.



NOTE

La nozione di «errore grave» deve essere intesa nel senso che si riferisce normalmente a un comportamento dell'operatore economico che denota un'intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità

da parte sua. Pertanto, qualsiasi esecuzione non corretta, imprecisa o carente di un contratto o di una parte dello stesso può eventualmente dimostrare una competenza professionale limitata dell'operatore economico in questione, ma non equivale automaticamente a un errore grave. Inoltre l'accertamento della sussistenza di un errore grave necessita, in linea di principio, lo svolgimento di una valutazione specifica e concreta dell'atteggiamento dell'operatore economico interessato. A tale riguardo, la nozione di «errore grave» non può essere sostituita dalla nozione di «circostanze imputabili» all'operatore economico interessato.

Di conseguenza, una normativa nazionale che non si limita a tracciare il contesto generale di applicazione della direttiva 2004/18, bensì impone a tal riguardo alle amministrazioni aggiudicatrici condizioni imperative e conclusioni da trarre automaticamente da alcune circostanze, senza lasciare alla stessa amministrazione aggiudicatrice la facoltà di valutare, caso per caso, la gravità del comportamento presuntivamente scorretto dell'operatore in parola nell'ambito dell'esecuzione dell'appalto precedente, eccede quindi il margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri, in forza della direttiva stessa, quanto alla precisazione delle condizioni di applicazione della causa di esclusione

I principi e le norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici non giustificano che, per la tutela dell'interesse pubblico e dei legittimi interessi delle amministrazioni aggiudicatrici nonché per il mantenimento di una concorrenza leale tra operatori economici, una normativa nazionale imponga a un'amministrazione aggiudicatrice di escludere automaticamente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico un operatore economico a causa di un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale senza effettuare una valutazione specifica e concreta dell'atteggiamento dell'operatore economico interessato.

Invero la direttiva 2004/18 elenca tassativamente le cause che possono giustificare l'esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad un appalto per ragioni fondate su elementi oggettivi, concernenti le sue qualità professionali, e, di conseguenza, osta a che gli Stati membri integrino l'elenco in esso contenuto con altre cause di esclusione fondate su criteri relativi alla qualità professionale.

È solo allorché la causa di esclusione interessata non è connessa alle qualità professionali dell'operatore economico e, pertanto, non è compresa in un siffatto elenco tassativo che si potrebbe prevedere l'eventuale ammissibilità di tale causa alla luce dei principi o di altre norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici.



NOTE A SENTENZA

- *Criteri di selezione qualitativa nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: la Corte di giustizia delimita la nozione di errore grave in materia professionale, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2013, p.713-721 [PASSARELLI]*

§ 4.08

OMESSA PRODUZIONE DOCUMENTALE E SUCCESSIVA REGOLARIZZAZIONE: LIMITI

Corte di giustizia, Decima Sezione, 10 ottobre 2013, C-336/12, Manova A/S - ECLI:EU:C:2013:647

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dall' Østre Landsret (Danimarca)

Appalto di servizi - Gestione centri orientamento professionale - Servizi Allegato II B - Principio della parità di trattamento - Procedura ristretta - Bando di gara - Fascicolo di candidatura - Richiesto inserimento ultimo bilancio pubblicato - Omissione da parte di alcuni candidati - Richiesta dell'amministrazione - Successiva termine fissato per il deposito delle candidature

Il principio della parità di trattamento dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che un'amministrazione aggiudicatrice chieda a un candidato, dopo la scadenza del termine stabilito per il deposito delle candidature a un appalto pubblico, di comunicare i documenti descrittivi della sua situazione, come il bilancio pubblicato, la cui esistenza prima della scadenza del termine fissato per presentare la candidatura sia oggettivamente verificabile, sempreché i documenti di detto appalto non ne abbiano esplicitamente imposto la comunicazione sotto pena di esclusione della candidatura. Tale richiesta non deve indebitamente favorire o sfavorire il candidato o i candidati cui detta richiesta è stata rivolta.

 NOTE

La richiesta di chiarimento di un'offerta, in linea di principio, deve essere indirizzata in maniera equivalente a tutti gli offerenti che si trovino nella stessa situazione, deve riguardare tutti i punti dell'offerta che richiedono un chiarimento e non può condurre, da parte dell'offerente interessato, alla presentazione di quella che in realtà sarebbe una nuova candidatura.

 NOTE A SENTENZA

- *La regolarizzazione documentale: dal diritto europeo ai diritti nazionali (Belgio, Francia e Italia), in Urbanistica e appalti, 2015, 2, p. 137 e ss. [PATRITO]*

§ 4.09

PRECISAZIONI IN ORDINE ALLA REGOLARITÀ CONTRIBUTIVA E ALLA NOZIONE DI INFRAZIONE GRAVE

Corte di giustizia, 10 luglio 2014, C-358/12, Consorzio Stabile Labor Lavori Pubblici - ECLI:EU:C:2014:2063

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia – Milano (Italia)

Appalto di lavori - Sotto soglia - Aggiudicazione - Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi - Principio di proporzionalità - Cause di esclusione - Discrezionalità degli Stati membri - Obblighi di pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali - Nozione di “infrazione grave” - Scostamento tra somme dovute e versate - Limiti quantitativi stabiliti da normativa nazionale - Conformità al diritto comunitario - Ammissibilità - Presupposti

Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE nonché il principio di proporzionalità vanno interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che, riguardo agli appalti pubblici di lavori il cui valore sia inferiore alla soglia definita dalla direttiva 2004/18/CE obblighi

l'amministrazione aggiudicatrice a escludere dalla procedura di aggiudicazione di un tale appalto un offerente responsabile di un'infrazione in materia di versamento di prestazioni previdenziali se lo scostamento tra le somme dovute e quelle versate è di un importo superiore, al contempo, a euro 100 e al 5% delle somme dovute.

**NOTE**

Sebbene siffatta normativa nazionale sia tale da ostacolare la partecipazione degli offerenti a un appalto pubblico che presenti un interesse transfrontaliero certo e, di conseguenza, costituisca una restrizione ai sensi degli articoli 49 TFUE e 56 TFUE, essa può essere giustificata qualora persegua un obiettivo legittimo di interesse pubblico e purché rispetti il principio di proporzionalità.

Contribuisce al conseguimento di un tale obiettivo legittimo l'indicazione di assenza di affidabilità, di diligenza e di serietà di un operatore economico quanto all'adempimento dei suoi obblighi legali e sociali. Inoltre, una simile indicazione rispetta il principio di proporzionalità giacché la definizione di una soglia precisa di esclusione alla partecipazione agli appalti pubblici, come quella definita dalla normativa nazionale in questione, si fonda su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo. Difatti, tali criteri garantiscono non solo la parità di trattamento degli offerenti ma anche la certezza del diritto, principio il cui rispetto costituisce una condizione della proporzionalità di una misura restrittiva.

Infine, per quanto riguarda il livello di tale soglia di esclusione, la direttiva 2004/18 non prevede una uniformità di applicazione delle cause di esclusione e concede agli Stati membri il potere di attenuare o di rendere più flessibili i criteri stabiliti da tale disposizione. Orbene la direttiva 2004/18 consente agli Stati membri di escludere dalla partecipazione a un appalto pubblico ogni operatore economico che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali, senza che sia previsto un qualsivoglia importo minimo di contributi arretrati.

**NOTE A SENTENZA**

- *La disciplina italiana sulla regolarità contributiva è compatibile con il diritto UE, in Urbanistica e appalti, 2014, 11, p. 1170 e ss. [PATRITO]*

- *Previdenza sociale. Il DURC e il concetto di regolarità contributiva nella giurisprudenza amministrativa, in Giurisprudenza italiana, 2015, 1, p. 142 e ss. [D'ALOISIO]*

- *La Corte di Giustizia Europea interviene sul requisito della regolarità contributiva nelle gare pubbliche, in Nuovo notiziario giuridico, 2014, 2, p. 634-656 [CARDELLA]*

- *Appalti pubblici (irregolarità contributive), in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2014, 5, pp. 1102-1105 [RONCAROLO]*

§ 4.10**OMESSA DICHIARAZIONE DI REQUISITO DI ORDINE GENERALE ED ESCLUSIONE.**

Corte di giustizia, Decima Sezione, 6 novembre 2014, C-42/13, Cartiera dell'Adda Spa - ECLI:EU:C:2014:2345

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia - Milano (Italia)

Appalto di forniture - Cessione carta e cartone - Motivi di esclusione dalla partecipazione - Situazione personale del candidato o dell'offerente - Dichiarazione obbligatoria - Persona indicata come "direttore tecnico" - Omissione della dichiarazione nell'offerta - Esclusione dall'appalto - Facoltà di chiedere documenti che attestano requisito - Normativa nazionale che prevede esclusione - Impossibilità di rettificare omissione

La direttiva 2004/18/CE, in combinato con il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che essi non ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione, in base alla motivazione che tale operatore non ha rispettato l'obbligo, previsto dai documenti dell'appalto, di allegare alla propria offerta, sotto pena di esclusione, una dichiarazione ai sensi della quale la persona indicata in tale offerta come suo direttore tecnico non è oggetto di procedimenti o di condanne penali, anche qualora, a una data successiva alla scadenza del termine stabilito per il deposito delle offerte, una siffatta dichiarazione sia stata comunicata all'amministrazione aggiudicatrice o sia dimostrato che la qualità di direttore tecnico è stata erroneamente attribuita a tale persona.



NOTE A SENTENZA

- La regolarizzazione documentale: dal diritto europeo ai diritti nazionali (Belgio, Francia e Italia), in *Urbanistica e appalti*, 2015, 2, p 140-151 [PATRITO]

- Il soccorso istruttorio fra "mere" irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 12, p 1288 e ss. [CERBO]

§ 4.11

ANNULLAMENTO D'UFFICIO DELL'AGGIUDICAZIONE PER MANCANZA DI REQUISITO DI ORDINE GENERALE

Corte di giustizia, Quinta Sezione, 11 dicembre 2014, C-440/13, Croce Amica One Italia Srl - ECLI:EU:C:2014:2435

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia - Milano (Italia)

Appalto di servizi - Situazione personale del candidato/offerente - Aggiudicazione in via provvisoria - Indagini penali avviate nei confronti del legale rappresentante - Decisione di non procedere all'aggiudicazione definitiva - Revoca della procedura di gara - Sindacato giurisdizionale

La direttiva 2004/18/CE deve essere interpretata nel senso che, qualora i presupposti per l'applicazione delle cause di esclusione previste dall'articolo 45 non siano soddisfatti, detto articolo non osta a che l'amministrazione aggiudicatrice decida di rinunciare ad aggiudicare un appalto pubblico per il quale si sia tenuta una gara e di non procedere all'aggiudicazione definitiva di tale appalto al solo concorrente che sia rimasto in gara e sia stato dichiarato aggiudicatario in via provvisoria.

Il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e, in particolare, la direttiva 89/665/CEE devono essere interpretati nel senso che il controllo previsto da tale direttiva costituisce un controllo di legittimità delle decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici, volto a garantire il rispetto delle norme pertinenti del diritto dell'Unione oppure delle disposizioni nazionali che recepiscono dette norme, senza che tale controllo possa essere limitato al solo carattere arbitrario delle decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice. Tuttavia, ciò non esclude la facoltà, per il legislatore nazionale, di attribuire ai giudici nazionali competenti il potere di esercitare un controllo in materia di opportunità.

 **NOTE**

Gli articoli 41, 43 e 45 della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che, qualora i presupposti per l'applicazione delle cause di esclusione non siano soddisfatti, l'amministrazione aggiudicatrice può comunque decidere di rinunciare all'aggiudicazione di un appalto pubblico per il quale si sia tenuta una gara e di non procedere all'aggiudicazione definitiva al solo concorrente che sia rimasto in gara e sia stato dichiarato aggiudicatario in via provvisoria.

Il diritto dell'Unione non osta a che gli Stati membri prevedano, nella loro legislazione, la possibilità di adottare una decisione di revoca di un bando di gara. I motivi di una siffatta decisione di revoca possono essere fondati su ragioni correlate in particolare alla valutazione dell'opportunità, dal punto di vista dell'interesse pubblico, di condurre a termine una procedura di aggiudicazione, tenuto conto, fra l'altro, dell'eventuale modifica del contesto economico o delle circostanze di fatto o, ancora, delle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice interessata. Una simile decisione può altresì essere motivata dal livello insufficiente di concorrenza, a motivo del fatto che, all'esito della procedura di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, un solo offerente restava idoneo a dare esecuzione a tale appalto. Ne consegue che, fermo restando il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, un'amministrazione aggiudicatrice non può essere obbligata a condurre a termine una procedura di aggiudicazione in corso e ad aggiudicare l'appalto di cui trattasi, anche con il solo offerente rimasto in gara (pt. 35 - 37, sentenza).

 **NOTE A SENTENZA**

Potere di autotutela nelle gare d'appalto e principi europei, in Urbanistica e appalti, 2015, 4, p. 389-399 [MAMELI]

§ 4.12

MANCANZA DI REQUISITO DI ORDINE GENERALE ED ESCLUSIONE

Corte di giustizia, Grande sezione, 18 dicembre 2014, C-470/13, Generali-Providencia Biztosító Zrt - ECLI:EU:C:2014:2469

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Ungheria)

Appalto di servizi - Servizi assicurativi - Appalti sotto soglia comunitaria - Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi - Interesse transfrontaliero certo - Cause di esclusione dalla procedura di

gara - Operatore economico - Infrazione alle regole nazionali in tema di concorrenza - Accertata con sentenza risalente meno di cinque anni - Ammissibilità esclusione - Proporzionalità

Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE non ostano all'applicazione di una normativa nazionale che esclude la partecipazione a una procedura di gara d'appalto di un operatore economico che abbia commesso un'infrazione al diritto della concorrenza, constatata con decisione giurisdizionale passata in giudicato, per la quale gli è stata inflitta un'ammenda.

 NOTE

La nozione di «errore nell'esercizio dell'attività professionale», ai sensi dell'articolo 45 della direttiva 2004/18 comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore di cui trattasi e non soltanto le violazioni delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartiene tale operatore. Ciò considerato, occorre rilevare che la commissione di un'infrazione alle regole della concorrenza, in particolare qualora tale infrazione sia stata sanzionata con un'ammenda, costituisce una causa di esclusione rientrante nel citato articolo 45.

Pertanto, se una tale causa di esclusione è possibile in applicazione della direttiva 2004/18, essa deve a maggior ragione ritenersi giustificata in relazione agli appalti pubblici che non raggiungono la soglia rilevante definita dalla medesima direttiva e che, di conseguenza, non sono soggetti alle procedure particolari e rigorose ivi previste (pt. 34-36, sentenza)

 NOTE A SENTENZA

Potere di autotutela nelle gare d'appalto e principi europei, in Urbanistica e appalti, 2015, 4, p. 389-399 [MAMELI]

§ RINVIO

➔ **rinvio a § 8.05**

Conclusioni dell'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona della Corte di giustizia, 21 gennaio 2016, C-27/15, Pippo Pizzo - ECLI:EU:C:2016:48

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Italia)

5. SERVIZI DI ARCHITETTURA E INGEGNERIA
ATTIVITÀ DI PROGETTAZIONE

Maria Cristina Colombo

§ 5.01

SE LA CONVENZIONE TRA AMMINISTRAZIONI HA AD OGGETTO UN APPALTO DI LAVORI È NECESSARIO L’AFFIDAMENTO CON GARA

Corte di giustizia, Prima Sezione, 18 gennaio 2007, C-220/05, Jean Auroux - ECLI:EU:C:2007:31

Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale amministrativo di Lione (Francia)

Appalto pubblico di lavori - Convenzione pubblica tra amministrazioni - Affidamento diretto - Oggetto - Lottizzazione urbanistica - Realizzazione opere sistemazione - Appalto di lavori - Opere - Nozioni - Modalità di calcolo del valore

Una convenzione con cui una prima amministrazione aggiudicatrice affida ad una seconda amministrazione aggiudicatrice la realizzazione di un’opera costituisce un appalto pubblico di lavori ai sensi della direttiva 93/37/CEE, indipendentemente dal fatto che sia previsto o no che la prima amministrazione aggiudicatrice sia o divenga proprietaria, in tutto o in parte, di tale opera.

Per determinare il valore di un appalto ai fini della direttiva 93/37, occorre prendere in considerazione il valore totale dell’appalto di lavori dal punto di vista di un potenziale offerente, il che include non soltanto l’insieme degli importi che l’amministrazione aggiudicatrice dovrà pagare, ma anche tutti gli introiti che proverranno da terzi.

Un’amministrazione aggiudicatrice non è dispensata dal fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva 93/37, per il fatto che, in conformità al diritto nazionale, tale convenzione può essere conclusa soltanto con determinate persone giuridiche, che abbiano esse stesse lo status di amministrazione aggiudicatrice e che saranno tenute, a loro volta, ad applicare le dette procedure per aggiudicare eventuali appalti susseguenti.

**NOTE**

Per valutare la configurabilità di un appalto pubblico di lavori nel caso in cui venga stipulata una convenzione tra due Amministrazioni per la realizzazione di un centro ricreativo la Corte prende in esame l’oggetto dell’accordo. In base alla convenzione veniva affidato alla prima Amministrazione aggiudicatrice l’incarico di procedere ad acquisizioni fondiarie, di organizzare un concorso di architettura e/o ingegneria e di realizzare lavori di costruzione, oltre che assicurare in via generale la gestione e il coordinamento dell’operazione. L’oggetto principale è, quindi, l’esecuzione del complesso di lavori intesi alla realizzazione di un’opera, oltre che l’onerosità della stessa. Risulta manifesta, dunque, la natura di appalto pubblico di lavori sottesa alla convenzione stessa, indipendentemente dal fatto che l’Amministrazione aggiudicatrice sia o divenga proprietaria dell’opera realizzata.

**NOTE A SENTENZA**

- *Convenzione pubblica di sistemazione urbanistica. Nozione di appalto pubblico di lavori*, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, p. 288 - 290 [FERORELLI]
- *La sentenza Auroux-Commune De Roanne: una nuova pronuncia del giudice comunitario in materia di affidamento di un appalto senza procedura ad evidenza pubblica*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, 1, p. 350 - 371 [FERRARO]
- *Forme e limiti dell’affidamento di appalti di lavori tra amministrazioni aggiudicatrici*, in *Il Foro ammini-*

strativo CdS, 2007, 3, p. 740 - 747 [GENINATTI SATÈ]

- *Gli affidamenti in house: rassegna della giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza Tragsa II del 2007, in Diritto comunitario e degli scambi internazionali, 2007, p. 281 - 317 [SONCINI]*

- *La Corte di giustizia interpreta nuovamente la direttiva sugli appalti pubblici di lavori con riferimento ad un'aggiudicazione senza gara in un caso di affidamento in house, in Diritto comunitario e degli scambi internazionali, 2007, p. 325 - 326 [ADOBATI]*

- *L'obbligo di gara nell'assegnazione delle convenzioni urbanistiche, in Rivista amministrativa degli appalti, 2007, 1-4, p. 85 - 98 [RONDONI]*

- *Convenzioni tra amministrazioni aggiudicatrici come appalto pubblico di lavori, in Urbanistica e appalti, 2007, 5, p. 552 e ss. [RONDONI]*

§ 5.02

L'INTERESSE TRANSFRONTALIERO DEL CONTRATTO OSTA ALL'AFFIDAMENTO DIRETTO DELLE ATTIVITÀ DI PROGETTAZIONE E DIREZIONE LAVORI

Corte di giustizia, Seconda sezione, 21 febbraio 2008, C-412/04, Commissione vs. Repubblica italiana - ECLI:EU:C:2008:102

Ricorso per inadempimento

Appalto pubblico di lavori - Norma nazionale - Affidamento diretto progettisti - Violazione direttive - Violazione principi di trasparenza e parità di trattamento

la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi derivanti dalle direttive sugli appalti pubblici con riferimento alla disciplina interna che dispone:

- *il metodo di calcolo del valore dei contratti misti. Il valore dei lavori non può costituire, infatti, il criterio esclusivo idoneo a comportare l'applicazione della legge nazionale in tema di appalti pubblici ad un contratto misto, allorché questi lavori sono solo accessori. Siffatta regola può condurre a sottrarre alle procedure previste da queste direttive taluni appalti misti, ossia quelli nei quali il valore dei lavori, benché accessori, rappresenti più del 50% del prezzo totale e quest'ultimo rimanga inferiore al limite fissato dalla direttiva;*

- *l'attribuzione diretta di lavori o di opere al titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato se questi lavori o opere hanno un valore inferiore alla soglia di applicazione della direttiva. Ciò non mette tuttavia in discussione l'applicabilità ai detti appalti degli artt. 43 CE e 49 CE [artt. 49 e 56 TFUE];*

- *l'attribuzione diretta delle attività di progettazione, di direzione e di vigilanza dei lavori nell'ambito di appalti pubblici di servizi con un valore inferiore alle soglie di applicazione delle direttive.*



NOTE

Viene meno agli obblighi che incombono in forza delle direttive 92/50 e 93/38, lo Stato membro che consenta di attribuire, da un lato, le attività di direzione dei lavori che spettano in via di principio agli uffici tecnici delle autorità aggiudicatrici al progettista incaricato, e, dall'altro, le operazioni di collaudo ed i compiti di

vigilanza di lavori pubblici a soggetti esterni iscritti in elenchi appositamente istituiti presso il Ministero dei Lavori pubblici, senza esperire nessuna procedura di messa in concorrenza.

Le uniche deroghe consentite all'applicazione delle direttive 92/50 e 93/38 sono quelle in esse tassativamente ed espressamente menzionate. Al riguardo l'affidamento dell'attività di direzione dei lavori deve essere effettuato conformemente alle regole enunciate dalle direttive 92/50 e 93/38, l'attribuzione diretta al progettista viola queste direttive per quanto riguarda gli appalti che rientrano, in considerazione del loro valore, nel campo di applicazione delle stesse. Analogamente, in quanto l'affidamento delle attività di verifica dei lavori deve essere effettuato conformemente alle regole enunciate dalle direttive 92/50 e 93/38, l'affidamento a soggetti esterni viola le dette direttive per quanto riguarda gli appalti che rientrano nel loro campo di applicazione.



NOTE A SENTENZA

- *L'incompatibilità della normativa sull'appalto misto della legge Merloni con il diritto comunitario e la recente disciplina prevista nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2008, 2, p. 471 - 476 [TINTO]

- *La Corte di giustizia fra indicazioni (tardive) sulla legge Merloni e spunti (tempestivi) sul codice dei contratti*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 7, p. 815 - 823 [CONTESSA]

- *L'art. 1, comma 10-ter, del d.l. n. 162 del 2008: il legislatore si 'dimentica' della primauté del diritto comunitario*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 11, p. 3215 e ss. [LIROSI, MARTINELLI]

§ RINVIO

➔ *rinvio a § 10.06*

Corte di giustizia, Terza sezione, 13 novembre 2008, C-437/07, Commissione vs. Repubblica italiana - ECLI:EU:C:2008:624

Ricorso per inadempimento

§ 5.03

ILLEGITTIMA LA CLAUSOLA DISCRIMINATORIA ED ESCLUDENTE UFFICI STUDI E PROGETTISTI STRANIERI PREVISTA DAL BANDO DI GARA

Corte di giustizia, Quarta sezione, 12 novembre 2009, C-199/07, Commissione vs. Repubblica ellenica - ECLI:EU:C:2009:693

Ricorso per inadempimento

Appalti pubblici - Settori speciali - Realizzazione studio - Bando di gara - Clausole discriminatorie - Principio di non discriminazione tra gli offerenti - Causa di esclusione automatica - Aggiuntiva a quelle elencate dal diritto comunitario - Confusione tra criteri di selezione qualitativa e di aggiudicazione - Inammissibilità

La Repubblica ellenica è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza della direttiva 93/38/CEE a causa, da una parte, dell'esclusione degli uffici studi e dei progettisti stranieri che avevano manifestato il loro interesse alle gare bandite dall'ERGA OSE AE nei sei mesi precedenti la data della manifestazione di interesse per la gara, e che avevano dichiarato qualifiche corrispondenti a categorie di diplomi diverse da quelle richieste, e a causa, dall'altra, dell'omessa distinzione nel bando citato tra criteri di selezione qualitativa e criteri di aggiudicazione dell'appalto.

NOTE

La clausola che induce gli uffici studi e i progettisti stranieri a ritenere che un'eventuale differenza tra le qualifiche dichiarate in occasione di una procedura anteriore promossa dallo stesso ente aggiudicatore e le qualifiche richieste per la procedura oggetto del bando di gara controverso determini la loro automatica esclusione dalla partecipazione al detto appalto, può avere un effetto dissuasivo sui medesimi.

Anche qualora tale clausola sia applicata nel senso che ogni operatore interessato può chiedere chiarimenti all'ente interessato ed è autorizzato a provare con ogni mezzo idoneo che soddisfa i requisiti per partecipare alla procedura, gli interessati potenziali devono trovarsi su un piano di uguaglianza per quanto attiene alla portata delle informazioni contenute in un bando di gara. Non sarebbe conforme ai principi di parità di trattamento e di trasparenza che una categoria dei suddetti interessati debba rivolgersi a detto ente aggiudicatore per ottenere chiarimenti e informazioni supplementari sul senso effettivo del contenuto di un bando di gara allorché la formulazione di quest'ultimo non lascia alcun dubbio nei confronti di un interessato ragionevolmente avveduto e diligente.

A tale riguardo la direttiva 93/38, vietando qualsiasi discriminazione tra gli offerenti, tutela anche coloro che sono stati dissuasi dal presentare offerte, poiché sono stati svantaggiati dalle modalità della procedura seguita da un ente aggiudicatore (pt. 36-41, sentenza).

Allorché un bando di gara, avente ad oggetto la realizzazione di uno studio riguardante la costruzione di una stazione ferroviaria, adotta come «criteri di aggiudicazione» criteri di selezione qualitativa, lo Stato membro interessato viene meno agli obblighi derivanti dalla direttiva 93/38. Infatti, se è vero che, in sede di aggiudicazione dell'appalto, i criteri che possono essere adottati dalle amministrazioni aggiudicatrici non sono tassativamente elencati dalla direttiva 93/38 che lascia quindi alle amministrazioni aggiudicatrici la scelta dei criteri ch'esse intendono adottare per l'aggiudicazione dell'appalto, resta nondimeno il fatto che tale scelta può riguardare soltanto criteri volti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Sono quindi esclusi come «criteri di aggiudicazione» i criteri di selezione qualitativa, che sono essenzialmente connessi alla valutazione dell'idoneità degli offerenti ad eseguire l'appalto (pt. 54-55, sentenza).

NOTE A SENTENZA

- *Requisiti di ammissione e criteri di aggiudicazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 1, p. 55 e ss. [PROTTO]

§ 5.04

VETATO SCOMPORRE IN LOTTI SE RILEVA LA FUNZIONE UNITARIA ECONOMICA E TECNICA DELLE SINGOLE PARTI DELL'APPALTO

Corte di giustizia, Terza sezione, 15 marzo 2012, C-574/10, Commissione vs. Repubblica federale di

Germania - ECLI:EU:C:2012:145

Ricorso per inadempimento

Appalti pubblici di servizi - Servizi di architettura e di ingegneria - Procedura di aggiudicazione - Frazionamento del progetto in fasi - Ragioni di bilancio - Determinazione del valore dell'appalto

La Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi ad essi incombenti dalla direttiva 2004/18/CE a seguito dell'attribuzione, da parte del comune di Niedernhausen, di un appalto di servizi di architettura relativi al rinnovo di un edificio pubblico denominato "Aulthalle", sito nel territorio del comune medesimo, il cui valore è superiore alla soglia comunitaria senza aver indetto un bando di gara a livello dell'Unione europea.

**NOTE**

Nelle diverse fasi di realizzazione del progetto si fa riferimento a oggetti differenti, quali la struttura portante dell'edificio, il tetto o l'illuminazione, ma ciò non significa che il contenuto e la natura dei servizi di architettura debba variare. Al contrario, contenuto e natura dei servizi di architettura sono ricorrenti, vale a dire, la progettazione e la pianificazione del lavoro e la supervisione nella fase di realizzazione. Anche le modalità di remunerazione delle prestazioni sono identiche. Le prestazioni oggetto degli affidamenti, in altri termini sono tra loro collegate dal punto di vista economico, tecnico e funzionale e tale continuità non viene meno per il fatto che le stesse siano state suddivise.

Pertanto, l'importo dell'appalto non sarebbe frazionabile, anzi, l'ammontare complessivo di quest'ultimo sarebbe determinato dal computo dei singoli servizi di architettura acquisiti nel contesto della ristrutturazione. La Corte di giustizia considera, infatti, la funzione unitaria economica e tecnica delle singole componenti dell'appalto come indizio della sussistenza di una singola procedura di acquisizione. Un frazionamento arbitrario degli appalti sarebbe contrario all'effetto utile della direttiva perché comporterebbe una riduzione artificiosa della soglia e, in tal modo, una limitazione del suo campo di applicazione.

**NOTE A SENTENZA**

- The Court of Justice rules that a series of contracts for architectural services constituted a single procurement for the purpose of the financial thresholds of Directive 2004/18: Commission v Germany (C-574/10), in Public Procurement Law Review, 2012, p. 160 - 164 [BROWN]

§ 5.05***NON È CONFORME AL DIRITTO EUROPEO LA STIPULAZIONE DI UN CONTRATTO TRA ENTI PUBBLICI SENZA GARA, AVENTE AD OGGETTO UNA VALUTAZIONE TECNICA DI NATURA SISMICA*****Corte di giustizia, Grande sezione, 19 dicembre 2012, C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce - ECLI:EU:C:2012:817**

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Consiglio di Stato (Italia)

Appalti pubblici di servizi - Studio e valutazione della vulnerabilità sismica di strutture ospedaliere -

Contratto concluso tra due enti pubblici - Aggiudicazione senza gara - Università - Ente pubblico, qualificabile come operatore economico - Contratto a titolo oneroso - Corrispettivo non superiore ai costi sostenuti

Il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici osta ad una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale taluni enti pubblici istituiscono tra loro una cooperazione, nel caso in cui - ciò che spetta al giudice del rinvio verificare - tale contratto non abbia il fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, oppure sia tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.



NOTE

Un contratto costituente un appalto pubblico ricade sotto la direttiva 2004/18 a condizione che il valore stimato di tale appalto pubblico raggiunga la soglia stabilita dalla citata direttiva, tenendo conto del valore normale sul mercato dei lavori, delle forniture o dei servizi oggetto di tale appalto pubblico. In caso contrario, si applicano le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE, segnatamente i principi della parità di trattamento e di non discriminazione a motivo della nazionalità, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, purché l'appalto in questione presenti un interesse transfrontaliero certo, tenuto conto, in particolare, della sua importanza e del luogo della sua esecuzione. Tuttavia, i criteri enunciati nella giurisprudenza della Corte per valutare se il previo svolgimento di una gara sia o no obbligatorio rilevano sia per l'interpretazione di tale direttiva, sia per l'interpretazione di dette norme e principi del Trattato FUE (pt. 23-24, sentenza).

Un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra un operatore economico e un'amministrazione aggiudicatrice, ed avente per oggetto la prestazione di servizi di cui all'allegato II A della direttiva 2004/18 costituisce un appalto pubblico, anche qualora detto operatore sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice. Inoltre, è indifferente che l'ente in questione non persegua un preminente scopo di lucro, che non abbia una struttura imprenditoriale, od anche che non assicuri una presenza continua sul mercato. Per di più, un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto. Inoltre, attività di consulenza riguardanti lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica di strutture ospedaliere, pur potendo rientrare nel campo della ricerca scientifica, ricadono, secondo la loro natura effettiva, nell'ambito dei servizi di ricerca e sviluppo di cui all'allegato II A, della direttiva 2004/18, oppure nell'ambito dei servizi d'ingegneria e dei servizi affini di consulenza scientifica e tecnica indicati in tale allegato (pt. 25-29, sentenza).

Soltanto due tipi di appalti conclusi da enti pubblici non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici.

Si tratta, in primo luogo, dei contratti di appalto stipulati da un ente pubblico con un soggetto giuridicamente distinto da esso, quando detto ente eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e, al contempo, il soggetto in questione realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che lo controllano.

In secondo luogo, si tratta dei contratti che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi, a condizione, inoltre, che tali contratti siano stipulati esclusivamente tra enti pubblici, senza la partecipazione di una parte privata, che nessun prestatore privato sia posto in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti, e che la cooperazione da essi istituita sia retta unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico (pt. 31-36, sentenza).



NOTE A SENTENZA

- *Le regole europee in materia di appalti pubblici: nulla di nuovo dalla Corte con sentenza 19 dicembre 2012, C-159/11 (...?)*, in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, 2012, 4, p. 23 - 25 [FIENGO]
- *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 381 - 397 [DE LUCA]
- *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato "Pubblico-Pubblico"*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, 6, p. 1415 - 1420 [MAZZAMUTO]
- *Attività di protezione civile tra contratti di appalto, affidamenti in house, accordi fra pubbliche amministrazioni*, in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, 2013, 2, p. 50 - 65 [TRIVELLONI]
- *Sul partenariato "pubblico-pubblico"*, in *Ragiusan*, 2014, 1, p. 48 - 52 [MAZZAMUTO]
- *Accordi tra Amministrazioni e inderogabilità del diritto dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici. La tutela della concorrenza diventa un "superprincipio"*, in *Giustamm*, 2014, 2, p. 13 e ss. [DI CAPUA]
- *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 4, p. 391 - 397 [CARANTA]
- *Appalti pubblici (affidamento diretto - contratto di cooperazione tra enti pubblici)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, 2, p. 523 - 525 [BARONI]
- *Sviluppi giurisprudenziali in tema di pubblici appalti: la Corte di giustizia UE si pronuncia su un contratto di cooperazione tra una ASL e un'università pubblica*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, 1, p. 293 - 294 [GALLO]
- *Cooperazione verticale ed orizzontale tra enti pubblici: verso una "teoria unificata" delle deroghe all'applicazione della normativa europea sugli appalti?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, 1, p. 298 - 303 [COMBA]
- *Nuove forme di cooperazione tra amministrazioni pubbliche*, in *Sanità pubblica e privata*, 2013, 1, p. 78 - 85 [DE ANGELIS]
- *Nuovi canoni interpretativi per il partenariato pubblico-pubblico. Il Giudice Europeo si mostra rigoroso sulle ipotesi di collaborazione tra le PP.AA. in favore del principio della concorrenza*, in *GiustAmm.it*, 2013, 2, p. 13 e ss. [NICODEMO; NICODEMO]

§ 5.06

ANCORA SUGLI ACCORDI TRA ENTI AVENTI AD OGGETTO CONSULENZA TECNICO - SCIENTIFICA

Ordinanza della Corte di giustizia, Decima sezione, 16 maggio 2013, C-564/11, Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia - ECLI:EU:C:2013:307

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Consiglio di Stato (Italia)

Appalto pubblico di servizi - Attività di consulenza tecnico scientifica - Contratto concluso tra due enti pubblici - Aggiudicazione senza gara - Università - Ente pubblico, qualificabile come operatore economico

Il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici osta ad una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale taluni enti pubblici istituiscano tra loro una cooperazione, nel caso in cui – ciò che spetta al giudice del rinvio

vio verificare – un tale contratto non abbia il fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico oppure sia tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.



NOTE

Vedi osservazioni supra § 5.05



NOTE A SENTENZA

- Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti, in Urbanistica e appalti, 2013, 12, p. 1260 - 1265 [BARTOLINI]

§ RINVIO

➔ ***rinvio a § 2.20***

Ordinanza della Corte di giustizia, Decima sezione, 20 giugno 2013, C-352/12, Consiglio Nazionale degli Ingegneri -ECLI:EU:C:2013:416

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (Italia)

**6. VARIAZIONI PROGETTUALI E ALTRE
MODIFICHE CONTRATTUALI**

Maria Cristina Colombo

6. VARIAZIONI PROGETTUALI E ALTRE MODIFICHE CONTRATTUALI

§ 6.01

PARITÀ DI TRATTAMENTO E TRASPARENZA DEVONO PRESIDERE TUTTE LE FASI DELLA PROCEDURA DI RAFFRONTO DELLE OFFERTE

Corte di giustizia, Quinta sezione, 25 aprile 1996, C-87/94, Commissione vs. Regno del Belgio - ECLI:EU:C:1996:161

Ricorso per inadempimento

Appalto pubblico di fornitura - Mezzi di trasporto - Procedura aperta - Nota dell'impresa - Variazione contenuti offerta - Successiva all'apertura delle buste - Criteri di aggiudicazione - Variazione non stabilita nei documenti di gara - Violazione principi parità di trattamento e trasparenza

Il Regno del Belgio è venuto meno agli obblighi impostigli dalla direttiva 90/531/CEE posto che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione indetta dalla Société regionale Wallonne du transport, l'appalto veniva assegnato alla società EMI in base a cifre e dati che non corrispondevano alle prescrizioni del capitolato speciale d'oneri e/o che sono stati forniti dalla società stessa dopo l'apertura delle offerte.



NOTE

Risulta dalla direttiva 90/531, relativa agli appalti nei settori speciali che la procedura di raffronto delle offerte seguita dall'ente aggiudicatore deve rispettare, in tutte le fasi, sia il principio di parità di trattamento degli offerenti sia il principio di trasparenza.

Viene meno a tale obbligo lo Stato membro che, nell'ambito di una gara d'appalto indetta da un'azienda pubblica che gestisce una rete di trasporti su autobus:

- tiene conto dei dati sul consumo di carburante forniti da un offerente dopo l'apertura delle offerte, se tali dati superano il margine di modifica che l'offerente si è imposto nell'offerta iniziale;
- attribuisce l'appalto allo stesso offerente in base a cifre che non corrispondono a quanto prescritto dal capitolato d'appalto per il calcolo della penalità fittizia da assegnare all'offerente medesimo in merito alle spese di manutenzione per la sostituzione del motore e del cambio;
- tiene conto, all'atto del raffronto delle offerte per taluni lotti, degli elementi di risparmio proposti dallo stesso offerente senza averli menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara, li utilizza per compensare le differenze finanziarie tra le offerte classificate al primo posto e quelle del detto offerente e accoglie talune offerte di questo per il fatto di aver preso in considerazione detti elementi.



NOTE A SENTENZA

- *The Assessment of Variants under the EC Public Procurement Rules: the Trautjellner Case*, in *Public Procurement Law Review*, 2004, 1, p. 67 - 73 [DISCHENDORFER]

- *A la recherche, avec la Commission européenne, d'un contrôle juridictionnel plus efficace de la régularité des commandes publiques. Les enseignements de deux histoires belges*, en *Revue française de droit administratif*, 1995, p. 600 - 613 [FLAMME; FLAMME]

§ 6.02

IL RINVIO ALLA NORMATIVA NAZIONALE NON É SUFFICIENTE A DEFINIRE LE CONDIZIONI MINIME IN BASE ALLE QUALI VALUTARE L'EQUIVALENZA DELLE VARIANTI

Corte di giustizia, Sesta sezione, 16 ottobre 2003, C-421/01, Traunfellner GmbH - ECLI:EU:C:2003:549

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Bundesvergabeamt (Austria)

Appalto di lavori - Presentazione di una variante - Nozione - Equivalenza della variante - Presupposti formale e di merito - Ammissibilità della variante ai fini dell'aggiudicazione Autostrada con manto in calcestruzzo o in asfalto - Condizioni - Trasparenza e parità di trattamento

La direttiva 93/37/CEE dev'essere interpretata nel senso che il requisito relativo alla menzione delle condizioni minime prescritte da un'amministrazione aggiudicatrice per prendere in considerazione le varianti non è soddisfatto quando il capitolato d'oneri si limita a far rinvio a una norma nazionale, secondo cui l'offerta alternativa deve garantire l'esecuzione di una prestazione equivalente, dal punto di vista qualitativo, a quella oggetto del bando di gara.

La direttiva 93/37 si può applicare solo alle varianti che siano state validamente prese in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice, conformemente alle disposizioni della direttiva stessa.



NOTE

Solo la menzione nel capitolato d'oneri consente agli offerenti di essere informati nello stesso modo in merito alle condizioni minime che le loro varianti devono rispettare per poter essere prese in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice. Si tratta, in realtà, di un obbligo di trasparenza volto a garantire il rispetto del principio della parità di trattamento degli offerenti, al quale deve ispirarsi l'intera procedura di aggiudicazione dell'appalto disciplinata dalla direttiva (pt. 29 - 30, sentenza).

I criteri di aggiudicazione indicati nella direttiva 93/37 sono applicabili solo alle varianti che sono state validamente prese in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice. Le varianti non possono essere validamente prese in considerazione, anche se non sono state dichiarate inammissibili nel bando di gara, qualora l'amministrazione aggiudicatrice non abbia previamente fornito l'indicazione delle condizioni minime che tali varianti devono rispettare (pt. 31-34, sentenza).

Il requisito relativo alla menzione delle condizioni minime prescritte dall'amministrazione per prendere in considerazione le varianti non è soddisfatto quando il capitolato d'oneri si limita a rinviare a una norma nazionale, secondo cui l'offerta alternativa deve garantire l'esecuzione di una prestazione equivalente, dal punto di vista qualitativo, a quella oggetto del bando di gara.



NOTE A SENTENZA

- *The Assessment of Variants under the EC Public Procurement Rules: the Traunfellner Case*, in *Public Procurement Law Review*, 2004, 1, p. 67 - 73 [DISCHENDORFER]

§ 6.03

LE MODIFICHE DELLE CONDIZIONI CONTRATTUALI SUCCESSIVE ALL'AGGIUDICAZIONE DEVONO ESSERE PREDEFINITE NEI DOCUMENTI DI GARA**Corte di giustizia, Sesta sezione, 29 aprile 2004, C-496/99 P, Commissione - ECLI:EU:C:2004:236**

Ricorso contro la pronuncia del Tribunale di primo grado (T-191/96 del 14 ottobre 1999)

Politica agricola comune - Aiuti alimentari - Fornitura di prodotti agricoli - Procedura di aggiudicazione - Parità di trattamento e trasparenza - Modifica condizioni contrattuali successivamente aggiudicazione - Violazione

Il principio di parità di trattamento tra gli offerenti, che ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed efficace tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico, impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i competitori.

Il principio di trasparenza, che ne rappresenta il corollario, ha fondamentalmente lo scopo di eliminare i rischi di favoritismo e arbitrarietà da parte dell'autorità aggiudicatrice. Esso implica che tutte le condizioni e modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'onere, in modo che, da un lato, si permetta a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione.

 **NOTE**

Tenendo conto sia dell'importanza, sia dello scopo e dell'effetto utile dei principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza, il rispetto di questi ultimi dev'essere garantito anche nel caso di un'aggiudicazione relativa alla fornitura di succhi di frutta e confetture destinate alle popolazioni dell'Armenia e dell'Azerbaijan, pur tenendo conto, ove necessario, delle specificità che caratterizzano questa procedura. In un simile contesto spetta alla Commissione, nella sua veste di autorità aggiudicatrice, rispettare rigorosamente i criteri da essa stessa fissati, e ciò fino al termine della fase di esecuzione dell'appalto di cui si tratta. Pertanto, essa non è autorizzata ad alterare l'economia generale dell'appalto modificando successivamente e unilateralmente una delle condizioni essenziali dello stesso e, in particolare, una disposizione che, se presente nel bando di gara, avrebbe consentito agli offerenti di presentare un'offerta sostanzialmente differente.

Infatti, in mancanza di abilitazione espressa a questo fine prevista nelle disposizioni pertinenti applicabili, l'autorità aggiudicatrice non può, in seguito all'aggiudicazione dell'appalto e, per di più, per mezzo di una decisione il cui contenuto deroga alle disposizioni dei regolamenti adottati precedentemente, procedere ad una modifica di una condizione importante dell'aggiudicazione come quella relativa alle modalità di pagamento dei prodotti da fornire, senza snaturare i termini che disciplinano l'aggiudicazione dell'appalto, quali stabiliti inizialmente. Per di più, una simile pratica comporterebbe inevitabilmente una violazione dei principi di trasparenza e di parità di trattamento degli offerenti, poiché l'applicazione uniforme delle condizioni di aggiudicazione e l'obiettività della procedura non sarebbero più garantite.



NOTE A SENTENZA

- *La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público, en Revista española de Derecho Administrativo, 2009, 2, p. 529 - 562 [VÁZQUEZ MATILLA]*

§ RINVIO

➔ *rinvio a § 2.07*

Corte di giustizia, Prima sezione, 14 ottobre 2004, c-340/02, Commissione vs. Repubblica francese - ECLI:EU:C:2004:623

Ricorso per inadempimento

§ RINVIO

➔ *rinvio a § 2.11*

Corte di giustizia, Seconda sezione, 27 ottobre 2005, cause riunite C-187/04 e C-188/04, Commissione vs. Repubblica italiana - ECLI:EU:C:2005:652

Ricorso per inadempimento

§ RINVIO

➔ *rinvio a § 2.13*

Corte di giustizia, Terza sezione, 19 giugno 2008, C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH - ECLI:EU:C:2008:351

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Fővárosi Ítéltábla (Ungheria)

§ RINVIO

➔ *rinvio a § 10.08*

Corte di giustizia, Grande sezione, 13 aprile 2010, C-91/08, Wall AG - ECLI:EU:C:2010:182

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Landgericht Frankfurt am Main (Germania)

§ RINVIO

➡ *rinvio a § 10.09*

Corte di giustizia, Quarta sezione, 22 aprile 2010, C-423/07, Commissione vs. Regno di Spagna -
ECLI:EU:C:2010:211

Ricorso per inadempimento

§ RINVIO

➡ *rinvio a § 10.12*

Corte di giustizia, Quarta sezione, 14 novembre 2013, C-388/12, Comune di Ancona -
ECLI:EU:C:2013:734

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale amministrativo regionale per le Marche (Italia)

6. VARIAZIONI PROGETTUALI E ALTRE MODIFICHE CONTRATTUALI

7. MASSIMO RIBASSO, OFFERTA ANOMALA

Alessandro Vetrano

§ RINVIO

➔ *rinvio a § 4.01*

Corte di giustizia, Grande Sezione, 10 febbraio 1982, c-76/81, SA Transporoute et travaux - ECLI:EU:C:1982:49

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Conseil d'État (Granducato del Lussemburgo)

§ 7.01

DIVIETO DI ESCLUSIONE AUTOMATICA DELLE OFFERTE ANORMALMENTE BASSE ED OBBLIGO DI DISAPPLICAZIONE DELLA NORMATIVA NAZIONALE CONTRASTANTE CON QUELLA COMUNITARIA

Corte di giustizia, 22 giugno 1989, C-103/88, Fratelli Costanzo - ECLI:EU:C:1989:256

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia - Milano (Italia)

Appalto di lavori - Offerte anormalmente basse - Esclusione automatica - Obbligo di procedere ad un controllo preventivo - Obblighi delle autorità giudiziarie e amministrative nazionali - Efficacia diretta delle direttive nei confronti dell'amministrazione

La direttiva 71/305 vieta agli Stati membri di emanare disposizioni che prescrivano l'esclusione d'ufficio dagli appalti di lavori pubblici di talune offerte determinate secondo un criterio matematico, invece di obbligare l'amministrazione aggiudicatrice ad applicare la procedura di verifica in contraddittorio prevista dalla direttiva .

La direttiva 71/305 consente agli Stati membri di prescrivere la verifica delle offerte quando queste appaiano anormalmente basse e non solo quando siano manifestamente anormalmente basse.

Al pari del giudice nazionale, l'amministrazione, anche comunale, è tenuta ad applicare la direttiva 71/305 e a disapplicare le norme del diritto nazionale non conformi a questa disposizione.



NOTE

La direttiva 71/305, dalla quale gli Stati membri, quando ne traspongono le disposizioni, non possono discostarsi in modo sostanziale, vieta agli stessi di adottare norme che contemplino l'esclusione d'ufficio dagli appalti di lavori pubblici di determinate offerte, individuate secondo un criterio matematico, anziché obbligare le autorità aggiudicatrici ad applicare la procedura di verifica in contraddittorio contemplata dalla direttiva. In tutti i casi in cui talune disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, tanto se questo non abbia trasposto tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale, quanto se l'abbia trasposta in modo inadeguato. Qualora sussistano i presupposti occorrenti perché la direttiva possa essere fatta valere dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi della pubblica amministrazione, ivi compresi gli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare la direttiva stessa.



NOTE A SENTENZA

- *L'efficacia diretta delle direttive CEE nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte Costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 1991, IV Col., p. 130-147 [BARONE]
- *Sull'obbligo dell'amministrazione di disapplicare gli atti di diritto interno in contrasto con disposizioni comunitarie*, in *Il Foro amministrativo*, 1990, p. 1372-1386 [CARANTA]
- *Direttive comunitarie sugli appalti: efficacia diretta per la pubblica amministrazione*, in *Giustizia civile*, 1990, I, p. 8-10 [COLABIANCHI]
- *Pubblica amministrazione e integrazione diritto interno-diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1991, 2, p. 435-439 [MARZONA]
- *In tema di adeguamento della legislazione italiana alla normativa comunitaria*, in *Corriere Giuridico*, 1989, p. 1058 e ss. [CAPELLI]

§ 7.02

DIVIETO DI ESCLUSIONE AUTOMATICA E FACOLTÀ DI VERIFICA ANCHE QUANDO L'OFFERTA NON SIA MANIFESTAMENTE ANORMALMENTE BASSA

Corte di giustizia, Prima Sezione, 18 giugno 1991, C-295/89, Donà Alfonso - ECLI:EU:C:1991:255

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale amministrativo regionale del Friuli-Venezia Giulia (Italia)

Appalto di lavori - Offerte anormalmente basse - Divieto di esclusione automatica - Obbligo di istituire un procedimento di verifica - Offerte "manifestatamente anormalmente basse" e "anormalmente basse" - Facoltà di stabilire la verifica per le offerte che appaiono anormalmente basse

La direttiva 71/305, da cui gli Stati membri non possono scostarsi in misura sostanziale nel recepirne le norme, vieta a questi ultimi di emanare disposizioni che prescrivano l'esclusione d'ufficio dagli appalti di lavori pubblici di talune offerte determinate secondo un criterio matematico, invece di obbligare l'amministrazione aggiudicatrice ad applicare la procedura di verifica in contraddittorio prevista dalla direttiva.

Gli Stati membri nel recepire la direttiva 71/305/CEE non possono scostarsi in misura sostanziale da quanto prescrive l'art. 29, n. 5, che impone la verifica delle offerte quando queste appaiono anormalmente basse.

Gli Stati membri possono prescrivere la verifica delle offerte quando queste appaiono anormalmente basse e non solo quando siano manifestatamente anormalmente basse.



NOTE A SENTENZA

- *L'efficacia diretta delle direttive CEE nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte Costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 1991, IV Col., p. 130-147 [BARONE]

§ 7.03

LIMITI ALL'ESCLUSIONE AUTOMATICA A FRONTE DI UN'OFFERTA ANORMALMENTE BASSA

Corte di giustizia, Quarta Sezione, 16 ottobre 1997, C-304/96, Hera Spa - ECLI:EU:C:1997:496

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale amministrativo regionale della Liguria (Italia)

Appalto di lavori - Procedura di aggiudicazione - Aggiudicazione - Offerte anormalmente basse - Rifiuto ai sensi della direttiva 93/37 - Necessità di osservare le procedure di verifica - Termine derogatorio

La direttiva 93/37/CEE dev'essere interpretata nel senso che non consente all'amministrazione aggiudicatrice, dopo il 31 dicembre 1992, di rifiutare le offerte che presentano un carattere anormalmente basso senza osservare la procedura di verifica prevista al primo comma della stessa disposizione.



NOTE

Nell'ambito del procedimento pregiudiziale previsto all'art. 177 del Trattato (art. 267 TFUE) spetta unicamente ai giudici nazionali investiti della controversia, che debbono assumere la responsabilità della decisione giudiziaria, valutare, tenuto conto delle peculiarità di ogni causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere posti in grado di statuire nel merito, sia la pertinenza delle questioni sottoposte alla Corte. Il rigetto di una domanda presentata da un giudice nazionale è possibile laddove appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto comunitario chiesta da detto giudice non ha alcuna relazione con l'effettività o l'oggetto della controversia nella causa principale.

La direttiva 93/37 introduce un regime transitorio derogatorio ed eccezionale rispetto alla procedura normale prevista dalla disciplina comunitaria e dev'essere interpretato nel senso che esso non consente all'amministrazione aggiudicatrice, dopo il 31 dicembre 1992, di rifiutare le offerte che presentano un carattere anormalmente basso senza osservare la procedura di verifica prevista al primo comma della stessa disposizione.



NOTE A SENTENZA

- *L'esclusione delle offerte anomale negli appalti di lavori pubblici ed i termini di adeguamento alle direttive di coordinamento*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, p. 200-205 [ZOPPOLATO]

- *La Corte Ce sulla disciplina transitoria delle offerte anomale, introdotta dal legislatore italiano*, in *Urbanistica e appalti*, 1997, p. 1394 e ss. [DE NICTOLIS]

§ 7.04

CONFORME AL DIRITTO COMUNITARIO LA FORMULA PER L'INDIVIDUAZIONE DELLA SOGLIA DI ANOMALIA

Corte di giustizia, Sesta Sezione, 27 novembre 2001, C-285/99 Impr. Lombardini spa, C-286/99 Impre-

sa Ing. Mantovani SpA - ECLI:EU:C:2001:640

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Consiglio di Stato (Italia)

Appalti di lavori - Aggiudicazione - Offerte anormalmente basse - Esclusione automatica - Inammissibilità - Modalità di giustificazione e di esclusione applicate in uno Stato membro - Obblighi in base al diritto comunitario - Attivazione procedimento di verifica in contraddittorio - Criterio matematico per determinazione offerte anormalmente basse - Impossibilità di prevedere soglia di esclusione - Ammissibilità - Presupposti

La direttiva 93/37/CEE deve essere interpretata nel modo seguente:

- *si oppone alla normativa e alla prassi amministrativa di uno Stato membro che consentono all'amministrazione aggiudicatrice di respingere come anormalmente basse le offerte che presentano un ribasso superiore alla soglia di anomalia, tenendo conto unicamente delle giustificazioni dei prezzi proposti, pari ad almeno il 75% dell'importo posto a base d'asta menzionato nel bando di gara, che gli offerenti erano tenuti ad allegare alla loro offerta, senza concedere a questi ultimi la possibilità di far valere il loro punto di vista, dopo l'apertura delle buste, sugli elementi di prezzo offerti che hanno dato luogo a sospetti;*

- *si oppone anche alla normativa ed alla prassi amministrativa di uno Stato membro che impongono all'amministrazione aggiudicatrice di prendere in considerazione, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, solamente le giustificazioni fondate sull'economicità del procedimento di costruzione o delle soluzioni tecniche adottate o sulle condizioni particolarmente favorevoli di cui gode l'offerente, ad esclusione di giustificazioni relative a tutti quegli elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative ovvero i cui valori sono rilevabili da dati ufficiali;*

- *non si oppone, in via di principio, nella misura in cui tutti i requisiti che impone siano per il resto soddisfatti e gli obiettivi perseguiti dalla direttiva 93/37 non siano pregiudicati, alla normativa ed alla prassi amministrativa di uno Stato membro che, in materia di determinazione delle offerte anormalmente basse e di verifica di queste offerte, da un lato, obbligano tutti gli offerenti, a pena di esclusione della loro partecipazione all'appalto, ad allegare alla loro offerta giustificazioni dei prezzi proposti relativi ad almeno il 75% dell'importo posto a base d'asta, e, dall'altro, applicano un metodo di calcolo della soglia di anomalia basato sulla media dell'insieme delle offerte ricevute per l'aggiudicazione di cui trattasi, di modo che gli offerenti non sono in grado di conoscere tale soglia al momento del deposito del loro fascicolo, dovendo tuttavia il risultato al quale porta l'applicazione di tale metodo di calcolo essere riesaminato dall'amministrazione aggiudicatrice.*



NOTE A SENTENZA

- *Offerte anomale e giusto procedimento: la parola al giudice europeo, in Urbanistica e appalti, 1999, 9, p. 969 e ss. [DE NICTOLIS]*

- *La Corte CE si pronuncia sul giusto procedimento in tema di offerte anomale, in Urbanistica e appalti, 2002, 1, p. 30-43 [DE NICTOLIS]*

- *Le ultime novità sulle offerte anomale, in Il Consiglio di Stato, 2001, II, p. 1775-1788 [DE ROSE]*

- *La Corte di giustizia delle Comunità europee interpreta la conformità con l'ordinamento comunitario della normativa italiana in materia di offerte anomale, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2001, p. 1224-1238 [VALLANIA]*

- *Anomalia delle offerte negli appalti pubblici, metodo di calcolo della soglia, contraddittorio e giustifica-*

zioni: una nuova sconfitta per il legislatore nazionale (e per la giurisprudenza prevalente), in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, p. 1238-1258 [ZOPPOLATO]

- Sulla compatibilità comunitaria della disciplina italiana in materia di appalti pubblici di lavori, in *Giustizia civile*, 2002, I, p. 857-862 [VALENTE]

- Il procedimento di verifica dell'anomalia secondo la Corte di giustizia europea, in *Il Foro amministrativo*, 2002, p. 26-35 [MACCARRONE]

- Aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori: l'Italia continua a ignorare la normativa comunitaria relativa alle offerte anormalmente basse, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, p. 299-303 [CAMPAILLA]

- Appalti: la Corte di giustizia si pronuncia sulla esclusione delle "offerte anomale" in materia di appalti di lavori pubblici, in *Il Nuovo Diritto*, 2002, 11, pt. 2, p. 924-926 [CIVETTA]

- Brevi riflessioni a margine della "anticomunitarietà" della vigente disciplina in materia di offerte anomale, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2002, I, p. 92 - 99 [PIROCCHI]

§ 7.05

DIVIETO DI VINCOLARE LE AMMINISTRAZIONI AGGIUDICATRICI ALL'UTILIZZO DEL SOLO CRITERIO DEL PREZZO PIÙ BASSO

Corte di giustizia, Seconda Sezione, 7 ottobre 2004, C-247/02, Sintesi Spa - ECLI:EU:C:2004:593

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia – Milano (Italia)

Appalti di lavori - Criteri di aggiudicazione - Criterio del prezzo più basso - Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - Diritto di opzione - Normativa nazionale - Obbligo di utilizzazione del prezzo più basso - Non conformità al diritto comunitario

La direttiva 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, dev'essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale la quale, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso.



NOTE

Una normativa siffatta priva, infatti, le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari degli appalti di cui trattasi, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta.



NOTE A SENTENZA

- I criteri di aggiudicazione negli appalti di lavori pubblici e l'anello di Moebius, in *Il Consiglio di Stato*, 2004, II, p. 2020-2027 [ANTONUCCI]

- Criteri di aggiudicazione dei lavori pubblici: riflessioni dalla sentenza della Corte di giustizia 7 ottobre

2004, in *Il Foro amministrativo*, 2004, p. 2430-2434 [DI LIETO]

- *Le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e il principio comunitario di concorrenza effettiva*, in *Il Foro amministrativo*, 2004, p. 3239-3246 [BERCELLI]

- *Criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici e concorrenza, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia*, in *Il Foro amministrativo*, 2004, p. 2801-2810 [TACCOGNA]

- *La libertà di scelta dei criteri di aggiudicazione per le amministrazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, p. 135-140 [LACAVALA]

- *Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici: la tutela della concorrenza e la "nuova" discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici*, in *Il Foro amministrativo*, 2005, p. 20-32 [SCIAUDONE]

- *Sul regime del contratto "atipico" per la realizzazione di lavori pubblici*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2005, p. 731-750 [MAGRI]

- *I criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici tra direttive comunitarie e legislazione nazionale*, in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, 2005, p. 15-54 [SANTI]

- *Norme comunitarie e legislazione nazionale in materia di lavori pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2005, 3, p. 737-763 [MANGANI]

- *La Corte frena il massimo ribasso: alla Pa la scelta delle regole di gara*, in *Edilizia e Territorio*, 2004, 40, p. 46 [MANGANI]

- *Criteri di aggiudicazione degli appalti e lesione della libera concorrenza*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2005, 2, p. 263-272 [VOLPATO]

- *La zona grigia tra appalto concorso e licitazione privata*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2005, 3, pt. 1, p. 674-680 [CANCILLA]

- *Libera concorrenza e aggiudicazione: "nuove frontiere" e principi, giuridici ed economici, non in toto esplicitati?*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, 1, pt. 3, p. 188-201 [D'ALESSANDRO]

- *Nota a margine di Corte di Giustizia europea, causa C-247/02*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2005, 2, pt. 1, p. 368-376 [TANZARELLA]

- *Limiti e poteri della normativa nazionale nelle materie disciplinate da direttive comunitarie*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2004, 12, p. 3342-3360 [LUBRANO]

- *La Corte di giustizia definisce i criteri per l'affidamento della realizzazione delle infrastrutture pubbliche*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2004, 12, p. 3360-3374 [SANINO]

- *I criteri di aggiudicazione negli appalti di lavori pubblici e l'anello di Moebius*, in *Il Consiglio di Stato*, 2004, 10, pt. 2, p. 2020-2027 [ANTONUCCI]

§ 7.06

INTERESSE TRANSFRONTALIERO DELL'APPALTO E POSSIBILI DEROGHE AL DIVIETO DI ESCLUSIONE AUTOMATICA DELLE OFFERTE ANORMALMENTE BASSE

Corte di giustizia, Quarta Sezione, 15 maggio 2008, C-147/06 SECAP, C-148/06 Santorso Soc. coop. arl - ECLI:EU:C:2006:304

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Consiglio di Stato (Italia)

Appalti di lavori - Aggiudicazione - Offerte anormalmente basse - Modalità di esclusione - Appalti sotto soglia - Obblighi dell'amministrazione aggiudicatrice derivanti da principi fondamentali del diritto comunitario

Le norme fondamentali del Trattato CE relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, nonché il principio generale di non discriminazione, ostano a una normativa nazionale che, per quanto concerne gli appalti di valore inferiore alla soglia stabilita dalla direttiva 93/37/CEE e che presentano un interesse transfrontaliero certo, imponga tassativamente alle amministrazioni aggiudicatrici, qualora il numero delle offerte valide sia superiore a cinque, di procedere all'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse rispetto alla prestazione da fornire, in base all'applicazione di un criterio matematico previsto da tale normativa, precludendo alle suddette amministrazioni aggiudicatrici qualsiasi possibilità di verificare la composizione di tali offerte richiedendo agli offerenti interessati precisazioni in merito a queste ultime.

Ciò non si verificherebbe nel caso in cui una normativa nazionale o locale, o ancora l'amministrazione aggiudicatrice interessata, a motivo del numero eccessivamente elevato di offerte che potrebbe obbligare l'amministrazione aggiudicatrice a procedere alla verifica in contraddittorio di un numero di offerte talmente alto da eccedere la sua capacità amministrativa o da poter compromettere la realizzazione del progetto a causa del ritardo che tale verifica potrebbe comportare, fissasse una soglia ragionevole al di sopra della quale si applicherebbe l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse.



NOTE A SENTENZA

- *La discrezionalità in tema di offerte anomale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, 11, p. 1106-1110 [PASQUINI]
- *La Corte CE censura il criterio di valutazione dell'anomalia nelle offerte sotto soglia*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 10, p. 1127-1131 [BALOCCO]
- *Nelle gare con valore sotto la soglia non è applicabile il criterio matematico*, in *Guida al Diritto*, 2008, 27, p. 113-116 [MEZZACAPO]

8. AVVALIMENTO

Pierdanilo Melandro

§ 8.01

LA HOLDING CHE SI AVVALE DEI REQUISITI DELLE CONSOCIATE PUÒ PARTECIPARE ALLE GARE

Corte di Giustizia, Quinta sezione, sentenza 14 aprile 1994, C-389/92, Ballast Nedam Groep NV - ECLI:EU:C:1994:133

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Raad van State (Belgio)

Appalti di lavori - Requisiti e abilitazioni degli imprenditori - Offerta presentata da una holding - Avvalimento dei requisiti - Avvallante: società controllata - Ammissibilità - Presupposti - Effettiva disponibilità dei mezzi - Valutazione del giudice nazionale - Libera prestazione dei servizi

La direttiva 71/304/CEE e la direttiva 71/305/CEE vanno interpretate nel senso che consentono, per la valutazione dei criteri cui deve soddisfare un imprenditore all'atto dell'esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo, di tener conto delle società che appartengono a tale gruppo, purché la persona giuridica di cui è causa provi di aver effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l'esecuzione degli appalti. Spetta al giudice nazionale valutare se ciò sia stato provato nella causa principale.

 NOTE

L'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici può essere chiesta non solo da una persona fisica o giuridica che provvede direttamente all'esecuzione dell'opera, ma altresì da una persona che le faccia eseguire tramite agenzie o succursali o si avvalga di tecnici od organi esterni ovvero da un raggruppamento di imprenditori, a prescindere dalla sua forma giuridica.

Pertanto una holding che non esegue direttamente le opere, perché le sue consociate che se ne occupano sono persone giuridiche distinte, non può per tal motivo essere esclusa dalle procedure di partecipazione agli appalti di lavori pubblici, sempre che disponga affettivamente dei mezzi di tali consociate necessari all'esecuzione dei lavori.

Parimenti, ai fini della iscrizione ad un albo dei soggetti abilitati all'esecuzione degli appalti di lavori pubblici la valutazione di una persona giuridica dominante di un gruppo deve tener conto delle società che appartengono al gruppo, purché la prima dimostri di avere effettivamente a disposizione i mezzi delle consociate necessari per l'esecuzione degli appalti.

 NOTE A SENTENZA

- *La partecipazione di una holding al mercato dei lavori pubblici e i riflessi sulle S.p.a. a capitale pubblico*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, p. 1252-1257 [GRECO]

- *Appalto di opere pubbliche e holding*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 1996, 1-2, p. 117 - 122 [DI MARZIO]

- *Osservazione a CGCE 14 aprile 1994 (causa C-389/92)*, in *Il Foro amministrativo*, 1994, 9, p. 2061 - 2062 [IANNOTTA]

- *Prime e varie considerazioni sui gruppi nel settore degli appalti pubblici dopo una sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *I contratti della pubblica amministrazione*, 1995, p. 5 e ss. [SELLA]

- *Brevi riflessioni sulla nozione di holding e di gruppo nel settore degli appalti pubblici (Nota a Corte di giustizia delle Comunità europee C 389/92)*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 1995, p. 310 e ss. [SPINELLI]

- *Nota in materia di partecipazione di società holding a gare di appalto pubblico*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, 4, p. 545-548 [ROSSI]
- *Partecipazione di una holding al mercato degli appalti di lavori pubblici: il superamento del problema formale delle distinte persone giuridiche delle consociate in relazione alle Direttive CEE n. 71/304 e 71/305*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 1996, 1, p. 83 e ss. [ROMITO]
- *La holding appaltatrice di lavori pubblici*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1995, 1, p. 88-103 [FRONTONI]

§ 8.02

LA STAZIONE APPALTANTE HA L'OBLIGO DI AMMETTERE L'IMPRESA CHE SI AVVALE DEI REQUISITI DI UNA CONSOCIATA

Corte di Giustizia, Terza sezione, sentenza 18 dicembre 1997, C-5/97, Ballast Nedam Groep NV - ECLI:EU:C:1997:636

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Raad van State (Belgio)

Appalti di lavori - Requisiti e abilitazioni degli imprenditori - Offerta presentata da una holding - Avvalimento dei requisiti - Ausiliaria: società controllata - Obbligo di valutazione dei requisiti di idoneità della società ausiliaria

La direttiva 71/304/CEE e la direttiva del 71/305/CEE in materia di appalti di lavori pubblici vanno interpretate nel senso che l'autorità competente a statuire su una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo è obbligata, quando è provato che questa persona morale ha effettivamente a disposizione i mezzi delle società appartenenti al gruppo necessari all'esecuzione degli appalti, a tener conto delle dette società per valutare l'idoneità della persona giuridica interessata.



NOTE

La Corte precisa che gli Stati membri non dispongono di alcun potere discrezionale volto ad impedire ad una holding (in ragione della sua natura giuridica) di partecipare ad una gara per l'aggiudicazione di un pubblico appalto. Di conseguenza è legittima la partecipazione ad una gara (come la conseguente aggiudicazione) da parte di una holding che esegua le prestazioni previste dal contratto di appalto non in proprio, ma attraverso l'attività di società che appartengono al gruppo, purché la persona giuridica dominante provi di aver effettivamente a disposizione i mezzi di dette società, indispensabili nella fase esecutiva dell'appalto.



NOTE A SENTENZA

- *La partecipazione di una "holding" al mercato degli appalti di lavori pubblici. Atto secondo*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2000, 1, p. 200 e ss. [ROMITO]
- *Sull'ammissibilità delle referenze esterne ai fini della partecipazione a gare di appalto*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 1, p. 84 [BEZZI]
- *Il principio comunitario di avvalimento dei requisiti di gara*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 6, p. 677 [NAPOLI]
- *Raggruppamenti temporanei di imprese, alcuni aspetti problematici dell'istituto, in I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 1997, 1, p. 44 e ss. [ROBALDO]

§ 8.03

È POSSIBILE FAR RIFERIMENTO ALLE CAPACITÀ DI ALTRI SOGGETTI, QUALUNQUE SIA LA NATURA GIURIDICA DEI VINCOLI CON ESSI

Corte di Giustizia, Quinta sezione, sentenza 2 dicembre 1998, C-176/98, Holst Italia SpA - ECLI:EU:C:1999:593

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Italia)

Appalto di servizi - Partecipazione - Possibilità di far riferimento alle capacità di un'altra società - Capacità tecniche e finanziarie richieste - Ausiliaria: società terza azionista unico di una delle società che controllano la società concorrente - Ammissibilità - Prova della capacità del prestatore

La direttiva 92/50/CEE sugli appalti pubblici di servizi, va interpretata nel senso che consente ad un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto. Spetta al giudice nazionale valutare se tale prova sia fornita nella fattispecie di cui alla causa a qua.

NOTE

Una persona non può essere esclusa da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi solo perché intende operare, per eseguire l'appalto, con mezzi che essa non detiene in proprio, ma che appartengono ad uno o più soggetti diversi da essa. Ciò implica che è consentito ad un prestatore che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto di servizi di far valere presso l'autorità aggiudicatrice le capacità di terzi cui intende fare riferimento qualora gli venga aggiudicato l'appalto.

Spetta al prestatore che intende fare riferimento alle capacità di soggetti o di imprese ai quali è direttamente o indirettamente legato, al fine di essere ammesso a partecipare ad una procedura di gara d'appalto, dimostrare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti o imprese che non gli appartengono in proprio e che sono necessari all'esecuzione dell'appalto.

NOTE A SENTENZA

- *La Corte di Giustizia apre la strada al "possesso diretto" di requisiti per concorrere agli appalti di servizi, in Urbanistica e appalti, 2000, 4, p. 433 [MONTINI]*

- *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2000, p. 1461-1469 [GRECO]*

- *Del possesso anche indiretto dei requisiti per la partecipazione ad un appalto di servizi, in Diritto pubblico comparato ed europeo 2000 p.247-249 [PEROTTI]*

- *La capacità tecnico-finanziaria del prestatore di servizi nella direttiva n. 92/50/CEE, in I Contratti, 2000, 5, p. 505 e ss. [SIMONE]*

- *Appalto di servizi. Procedimento, in Enti pubblici, 2000, 12, p. 682 - 683 [CHIARONE]*

- *La prova della capacità del prestatore negli appalti pubblici di servizi: una significativa apertura del G.A. in Urbanistica e appalti, 2001, 12, p. 1359 e ss. [MEALE]*

- *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2011, 6, p. 1421 e ss. [CINTIOLI]
- *L'avvalimento negli appalti pubblici comunitari. Le imprese cinesi ne restano escluse*, in *Giur. merito*, 2008,3, p. 823 e ss. [ACRI]
- *Riforma comunitaria degli appalti pubblici: il principio dell'avvalimento dei requisiti di gara di altra impresa*, in *Giur. merito*, 2005, 12, p. 2809 e ss. [PERROTTA]

§ 8.04

LA LEGGE NAZIONALE NON PUÒ VIETARE AGLI OPERATORI ECONOMICI DI AVVALERSI DELLE CAPACITÀ DI PIÙ SOGGETTI PER UNA STESSA CATEGORIA DI QUALIFICAZIONE

Corte di Giustizia, Quinta sezione, sentenza 10 ottobre 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA - ECLI:EU:C:2013:646

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale amministrativo regionale per le Marche (Italia)

Appalto di lavori - Capacità economica e finanziaria - Attestazione di qualificazione corrispondente alla categoria e all'importo dei lavori - Attestazioni da più soggetti per lavori della stessa categoria - Divieto - Normativa nazionale

La direttiva 2004/18/CE in materia di appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, osta ad una disposizione nazionale come quella in discussione nel procedimento principale, la quale vieta, in via generale, agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese.



NOTE

Le disposizioni della direttiva non istituiscono divieti di principio relativi alla possibilità per un candidato o un offerente di avvalersi delle capacità di uno o più soggetti terzi in aggiunta alle proprie capacità, al fine di soddisfare i criteri fissati da un'amministrazione aggiudicatrice. Siffatta constatazione è suffragata da svariate disposizioni della direttiva 2004/18, inoltre essa è conforme all'obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile e idonea a facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, cui tende altresì la direttiva in parola.

La direttiva 2004/18 consente il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di capacità imposti dall'amministrazione aggiudicatrice, purché alla stessa si dimostri che il candidato o l'offerente che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto (pt. 33, sentenza).

Tale interpretazione è conforme all'obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, obiettivo perseguito dalle direttive a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici (pt. 34, sentenza).

Non si può escludere l'esistenza di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori. In tali ipotesi l'amministrazione potreb-

be legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici, ladove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto interessato.

Tuttavia, poiché tale ipotesi costituisce una situazione eccezionale, la direttiva osta a che la summenzionata esigenza assurga a regola generale nella disciplina nazionale (pt. 35-36, sentenza).



NOTE A SENTENZA

- *Appalti: si a cumulo delle capacità di più imprese per soddisfare i requisiti imposti dall'aggiudicatrice. La "somma" è conforme all'obiettivo di aprire le gare alla maggiore concorrenza*, in *Guida al Diritto*, 2013, 43, p. 94-97 [MASARACCHIA]

- *La Corte di Giustizia "bacchetta" l'Italia sull'avvalimento*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 2, p. 149 - 154 [CARANTA]

- *Il Consiglio di stato consolida l'orientamento contrario all'avvalimento "a cascata" nell'appalto integrato*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 7, p. 819 e ss. [MANZI]

- *Illegittimo limitare l'avvalimento per le gare d'appalto vietando di far riferimento alle capacità di più di un'impresa*, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 10, p. 1559 e ss. [NOCERA]

§ 8.05

➔ *giudizio in corso*

Conclusioni dell'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona della Corte di giustizia, 21 gennaio 2016, C-27/15, Pippo Pizzo - ECLI:EU:C:2016:48

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Italia)

Appalto di servizi - 1. Requisiti speciali - Affidamento sulla capacità di altri soggetti - Normativa nazionale - Avvalimento frazionato - 2. Mancato pagamento di un contributo non espressamente previsto - Esclusione dell'offerente

Gli articoli 47 e 48 della direttiva 2004/18/CE devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che consente l'avvalimento frazionato, nei termini indicati, nell'ambito dei servizi.

*I principi del diritto dell'Unione europea, e segnatamente quelli della parità di trattamento e di trasparenza, non ostano a una normativa nazionale che consenta di escludere da una procedura di appalto pubblico un offerente che non abbia adempiuto ad un obbligo di natura tributaria nel caso in cui detto obbligo, pur non essendo espressamente previsto dal bando di gara né dal capitolato d'oneri, sia imposto dalla costante interpretazione amministrativa, sancita giudizialmente, della legge interna applicabile, sempre che tale circostanza non possa essere ignorata da un offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente, elemento che spetta al giudice nazionale verificare. Qualora si ammetta che l'ignoranza di tale obbligo non è inescusabile, l'amministrazione aggiudicatrice deve concedere all'offerente escluso un termine sufficiente per porre rimedio alla sua violazione.**

* Conclusioni dell'Avvocato generale presentate il 21 gennaio 2016

 NOTE

Le disposizioni della direttiva non istituiscono divieti di principio relativi alla possibilità per un candidato o un offerente di avvalersi delle capacità di uno o più soggetti terzi in aggiunta alle proprie capacità, al fine di soddisfare i criteri fissati da un'amministrazione aggiudicatrice. Siffatta constatazione è suffragata da svariate disposizioni della direttiva 2004/18, inoltre essa è conforme all'obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile e idonea a facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, cui tende altresì la direttiva in parola.

Non vi sono motivi per respingere il dubbio del giudice del rinvio relativo alla compatibilità con gli articoli 47 e 48 della direttiva 2004/18 della normativa nazionale che, nel contesto di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, consente a un operatore economico di ricorrere all'avvalimento in forma frazionata delle capacità di terzi per soddisfare i criteri di partecipazione a detta procedura. Nella causa *Swm Costruzioni* (*supra* § 8.04), la Corte ha dichiarato che gli articoli 47 e 48 della direttiva 2004/18 “non vietano, in via di principio, ai candidati o agli offerenti di fare riferimento alle capacità di più soggetti terzi per comprovare che soddisfano un livello minimo di capacità. A fortiori, tali disposizioni non istituiscono divieti di principio relativi alla possibilità per un candidato o un offerente di avvalersi delle capacità di uno o più soggetti terzi in aggiunta alle proprie capacità, al fine di soddisfare i criteri fissati da un'amministrazione aggiudicatrice”. Secondo la Corte, siffatta possibilità non è incondizionata, bensì subordinata alla circostanza che “si dimostri [all'amministrazione aggiudicatrice] che il candidato o l'offerente che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto”. Peraltro, è d'uopo rilevare che nella fattispecie non ricorre l'ipotesi eccezionale che, secondo detta sentenza, consentirebbe di “esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico”, dato che la capacità in discussione è di ordine puramente economico (pt. 36 - 40).

Solo il giudice del rinvio è in grado di valutare se, nelle specifiche circostanze del caso di specie, l'offerente escluso non potesse ignorare l'interpretazione della legge nazionale (l. 266/2005) né la prassi seguita in questo tipo di gare e consolidatasi attraverso un'applicazione amministrativa costante, secondo la quale il contributo all'AVCP deve essere versato anche nell'ambito degli appalti di servizi. A tal fine può essere utile verificare se l'offerente escluso abbia partecipato a gare con le medesime caratteristiche e nelle quali la clausola controversa sia stata considerata applicabile in base all'interpretazione adottata dall'AVCP. In definitiva, spetta al giudice del rinvio stabilire se la dottrina dell'AVCP e la giurisprudenza del Consiglio di Stato siano sufficientemente note tra le imprese che partecipano a gare d'appalto per ritenere che un offerente diligente e informato non potesse ignorarle. Quest'ultima affermazione conduce ad un'altra che mi sembra rilevante sotto il profilo del principio della parità di trattamento. Qualora si accertasse che, di fatto, la maggior parte degli offerenti è a conoscenza dell'orientamento dell'AVCP e pertanto versa debitamente il contributo controverso, si porrebbe in essere un comportamento discriminatorio qualora si dispensasse da tale obbligo un offerente in particolare (pt. 62 - 64).

§ 8.06

UN OPERATORE ECONOMICO PUÒ RICORRERE ALLE CAPACITÀ DI ALTRI SOGGETTI PER UN APPALTO SPECIFICO, A PRESCINDERE DALLA NATURA GIURIDICA DEI LEGAMI CHE LI UNISCONO

Corte di Giustizia, conclusioni dell'Avvocato generale, 4 giugno 2015, C-234/14, Ostas celtnieks SIA - ECLI:EU:C:2015:365

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Augstākā tiesa (Repubblica di Lettonia)

Appalto di lavori - Requisiti speciali - Capacità tecnica ed economico-finanziaria - Operatore economico - Affidamento capacità di altri soggetti - Obbligo di contratto di partenariato o costituzione società in nome collettivo - Clausola di responsabilità individuale e solidale tra gli stipulanti

*La direttiva 2004/18/CE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, va interpretata nel senso che osta ad una condizione contenuta in un capitolato d'oneri la quale imponga ad un offerente che fa affidamento sulle capacità di altri soggetti di concludere con i suddetti soggetti un accordo di partenariato o di costituire con questi una società in nome collettivo prima dell'aggiudicazione dell'appalto.**

** Conclusioni dell'Avvocato generale presentate il 4 giugno 2015*



NOTE

La normativa dell'Unione europea non richiede che il soggetto che stipula un contratto con un'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di realizzare direttamente con mezzi propri la prestazione pattuita. È sufficiente che tale soggetto sia in condizioni di fare eseguire la prestazione di cui trattasi, fornendo le garanzie necessarie a tal fine. Sia dalla normativa dell'Unione sia dalla giurisprudenza della Corte risulta che è ammesso a presentare un'offerta o a candidarsi ad un appalto pubblico qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati nel bando di gara di tale appalto, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di detto appalto, in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto. L'effettiva capacità di detto ente di soddisfare i requisiti posti dal bando di gara è valutata durante una fase ulteriore della procedura, in applicazione dei criteri previsti agli articoli da 44 a 52 della direttiva 2004/18 (pt. 38, conclusioni).

Per quanto ogni operatore economico abbia il diritto di fare affidamento, per un appalto determinato, sulle capacità di altri soggetti, egli è tenuto a dimostrare di disporre effettivamente dei mezzi e delle risorse di tali soggetti o imprese che non possiede in proprio e che sono necessari per l'esecuzione dell'appalto.

L'amministrazione aggiudicatrice, come precisato dall'articolo 44, paragrafo 1, della direttiva 2004/18, deve procedere alla verifica dell'idoneità dell'offerente, segnatamente, a darle la garanzia che questi avrà effettivamente a disposizione tutti i mezzi di cui intende avvalersi durante il periodo dell'appalto.

Nell'ambito di tale verifica, la direttiva 2004/18 non permette né di escludere a priori determinate modalità di prova né di presumere che l'offerente disponga dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto (pt. 40-42, conclusioni).

L'obbligo dei raggruppamenti di operatori economici di rivestire una forma giuridica specifica successivamente all'aggiudicazione dell'appalto «nella misura in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto» costituisce, a mio avviso, un requisito eccezionale che viene imposto solo qualora esso si riveli oggettivamente necessario e nel rispetto del principio di proporzionalità (pt. 52, conclusioni).

Sebbene le amministrazioni aggiudicatrici possano, in taluni casi, esigere una forma giuridica specifica successivamente all'attribuzione dell'appalto ad un raggruppamento di operatori economici, esse non possono imporre la formazione di un siffatto raggruppamento da parte di un offerente e dei subappaltatori dei quali questi si avvale, in quanto la direttiva 2004/18 lascia l'offerente libero di scegliere se subappaltare una parte dell'appalto a terzi (articolo 25), oppure se riunirsi con altri soggetti in un raggruppamento di operatori economici e di presentare congiuntamente un'offerta in relazione ad un determinato appalto (articolo 4, paragrafo 2) (pt. 53, conclusioni).

§ 8.07

➔ *giudizio in corso*

Corte di giustizia, 12 giugno 2015, C-287/15, Società LIS

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Consiglio di Stato (Italia)

Appalto misto - Requisiti soggettivi del progettista - Affidamento sulla capacità di altri soggetti - Divieto - Normativa nazionale - Non partecipa a livello equiordinato con l'impresa concorrente

Se sia compatibile con la Direttiva 2004/18/CE considerare “procedimento in corso” la mera istanza, presentata all’Organo giudiziario competente, di concordato preventivo da parte del debitore.

Se sia compatibile con la predetta normativa, considerare la confessione del debitore di trovarsi in stato di insolvenza e di volere presentare istanza di concordato preventivo “in bianco” quale causa di esclusione dalla procedura d’appalto pubblico, interpretando così estensivamente il concetto di “procedimento in corso” sancito dalla normativa comunitaria e nazionale.

*Se sia compatibile con la direttiva 2004/18/CE una norma che ammette alla partecipazione un’impresa con un progettista “indicato”, il quale, secondo la giurisprudenza nazionale, non essendo concorrente, non potrebbe ricorrere all’istituto dell’avvalimento.**

* *Quesiti presentati dal giudice del rinvio il 12 giugno 2015*

§ 8.08

L’AMMINISTRAZIONE AGGIUDICATRICE DEVE SPECIFICARE LE RAGIONI CHE IMPEDISCONO LA POSSIBILITÀ DI FARE AFFIDAMENTO ALLA CAPACITÀ DI ALTRI SOGGETTI

Corte di Giustizia, conclusioni dell’Avvocato generale, 8 settembre 2015, C-324/14, PARTNER Apelski Dariusz - ECLI:EU:C:2015:558

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dalla Krajowa Izba Odwoławcza (Polonia)

Appalto di lavori - Requisiti speciali - Capacità tecniche e professionali - Affidamento capacità di altri soggetti - Precisazione “se del caso” - Natura del legame tra l’offerente e tali altri soggetti - Forma e misura del ricorso alle capacità di altri soggetti - Informazioni richieste nel bando di gara - Direttiva 2014/24/UE - Rilevanza ai fini dell’interpretazione della direttiva 2004/18

La disposizione della direttiva 2004/18/CE secondo la quale “un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi” va interpretata nel senso che non impone alcuna limitazione rilevante alle circostanze in cui un operatore economico può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti al fine di dimostrare all’amministrazione

aggiudicatrice che avrà le capacità tecnologiche e professionali necessarie per l'esecuzione di un determinato appalto pubblico.

La natura giuridica dei legami tra l'operatore economico e il soggetto terzo è irrilevante, ma l'operatore economico deve essere in grado di dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice di avere effettivamente a disposizione tutti i mezzi per eseguire l'appalto alle condizioni previste. Un offerente può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti per dimostrare le sue capacità tecnologiche e professionali, con le limitazioni derivanti dalla natura e dallo scopo dell'appalto di cui è richiesta l'esecuzione.

Nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a specificare qualsiasi condizione che comporti la preclusione del ricorso alla possibilità di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti per dimostrare il soddisfacimento dei requisiti relativi alle capacità minime. All'amministrazione aggiudicatrice è altrimenti precluso di stabilire, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, condizioni o norme espresse relative alla possibilità per un offerente di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti e alle modalità di tale affidamento.

Il principio di parità di trattamento e di non discriminazione degli operatori economici espresso dalla direttiva 2004/18 non consente che l'operatore economico, qualora sia ammissibile presentare l'offerta per un lotto dell'appalto, dopo la presentazione delle offerte dichiarate a quale dei lotti dell'appalto debbano essere imputati i mezzi da esso indicati volti a dimostrare il soddisfacimento delle condizioni di partecipazione alla procedura.

La direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici può essere usata come base interpretativa per la direttiva 2004/18, anche se deve ancora scadere il termine per l'attuazione della direttiva 2014/24, ma solo nella misura in cui essa codifica la giurisprudenza in cui è stata applicata la direttiva 2004/18, o vi aggiunge dettagli, e nella misura in cui le disposizioni rilevanti della direttiva 2014/24 non sono in contrasto con le disposizioni della direttiva 2004/18 né fissano norme incondizionate o condizioni a svantaggio di operatori economici.

** Conclusioni dell'Avvocato generale presentate il 4 giugno 2015*

NOTE

Alla luce della giurisprudenza della Corte, non vi può essere alcuna obiezione di principio ad un offerente che fa affidamento anche sulle capacità di altri soggetti per migliorare la propria posizione nella procedura di appalto. Ciò, tuttavia, è sottoposto a limitazioni. Ciò che rileva è che l'offerente abbia effettivamente a sua disposizione le capacità di altri soggetti ai fini di una corretta esecuzione dell'appalto. Non è necessario che tale «disponibilità» rivesta una particolare forma giuridica (pt. 26, conclusioni).

La trasferibilità delle capacità tecnologiche riguarda la questione se la tecnologia o la conoscenza possano essere efficacemente trasferite da un operatore economico ad un altro, per esempio tramite consultazioni e la fornitura di consulenza.

Molto dipende dai fatti e dalla natura e dall'oggetto dell'appalto. Esistono capacità che sono trasferibili. Immaginiamo un'aggiudicazione di un appalto da parte di un fornitore di servizi sanitari relativi all'accertamento di una forma di cancro utilizzando una tecnologia standard che debbano essere prestati ad uno specifico gruppo di persone. Immaginiamo poi che i termini dell'aggiudicazione dell'appalto stabiliscano che in casi incerti le conclusioni devono essere confermate da uno specialista che possieda talune qualifiche professionali superiori. In tali circostanze non vi dovrebbero essere ragioni per le quali un offerente non possa fare affidamento su un terzo che deve fornire le consultazioni necessarie. Tuttavia, se l'appalto riguardasse l'accertamento tramite una nuova metodologia non standard, l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe ragionevolmente richiedere che l'offerente stesso possieda le relative capacità. Qui ci troviamo di fronte

8. AVVALIMENTO

ad una questione relativa alle circostanze fattuali dell'aggiudicazione dell'appalto. Occorre dunque tener conto della natura di ciascun appalto e delle esigenze da soddisfare. Si tratta di una questione che spetta al giudice nazionale valutare (pt. 31-33, conclusioni).

9. SUBAPPALTO

Pierdanilo Melandro

§ 9.01

IL DIVIETO DI SUBAPPALTO NELLA FASE DI ESECUZIONE È COMPATIBILE COL DIRITTO COMUNITARIO SOLO SE RIGUARDA ELEMENTI ESSENZIALI DEL CONTRATTO

Corte di Giustizia, Sesta sezione, sentenza 18 marzo 2004, C-314/01, Siemens AG Österreich - ECLI:EU:C:2004:159

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Bundesvergabeamt (Austria)

Appalto di servizi - Lex specialis - Clausola - Subappalto in fase di esecuzione - Consentito nel limite del 30% - Solo per attività non inerenti elementi essenziali del contratto - Ultra attività della normativa comunitaria nella fase di esecuzione

La direttiva 89/665/CEE sui ricorsi in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici va interpretata nel senso che, ove una clausola del bando di gara sia incompatibile con il diritto comunitario in materia di appalti pubblici, l'ordinamento giuridico nazionale degli Stati membri deve prevedere la possibilità di far valere tale incompatibilità nell'ambito delle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665.

NOTE

Nella fattispecie la clausola utilizzata dalla stazione appaltante stabiliva che «Il subappalto di parti del contratto è consentito nella misura del 30% dell'opera e solo in quanto le parti di prestazioni tipicamente inerenti al contratto (ovvero la direzione del progetto, la concezione del sistema, lo sviluppo, la realizzazione, la fornitura e il funzionamento delle componenti centrali del sistema complessivo specifiche del progetto, lo sviluppo, la fornitura, la gestione del ciclo di validità delle carte nonché lo sviluppo dei terminali) restino nelle mani dell'offerente o dell'associazione offerente». Tale clausola, che accentua la responsabilità personale del fornitore delle carte, persegue il fine di assicurare la buona esecuzione dell'appalto sul piano tecnico.

Una persona non può essere esclusa da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi solo perché intende operare, per eseguire l'appalto, con mezzi che essa non detiene in proprio, ma che appartengono ad uno o più soggetti diversi da essa. Ciò implica che è consentito ad un prestatore che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto di servizi di far valere presso l'autorità aggiudicatrice le capacità di terzi cui intende fare riferimento qualora gli venga aggiudicato l'appalto (pt. 43, sentenza).

Spetta al prestatore che intende fare riferimento alle capacità di soggetti o di imprese ai quali è direttamente o indirettamente legato, al fine di essere ammesso a partecipare ad una procedura di gara d'appalto, dimostrare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti o imprese che non gli appartengono in proprio e che sono necessari all'esecuzione dell'appalto (sentenza Holst Italia, cit., punto 29) (pt. 44, sentenza).

Un divieto di subappalto per l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto non è contrario alla direttiva 92/50, proprio quando l'amministrazione aggiudicatrice non è stata in grado controllare le capacità tecniche e finanziarie dei subappaltatori in occasione della valutazione delle offerte e della selezione del miglior offerente (pt. 45, sentenza).

Se dovesse risultare che una clausola del bando di gara è effettivamente contraria alla direttiva 92/50, in particolare in quanto essa vieta illegittimamente il subappalto, allora basterebbe rammentare che, in forza

della direttiva 89/665, gli Stati membri sono tenuti a prendere i provvedimenti necessari per garantire che le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e quanto più rapidi possibile, qualora violassero il diritto comunitario in materia di appalti pubblici (pt. 48, sentenza).



NOTE A SENTENZA

- *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 58 - 62 [COMBA]
- *Avvalimento e subappalto*, in *Giustamm.*, 26 marzo 2007 [MAGNANI]
- *La sorte del contratto stipulato sulla base di aggiudicazione illegittima: patologia invalidante o mera perdita di efficacia?*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 6, pag. 1914 e ss. [SOLLINI]

§ 9.02

ANCHE IN CASO DI SUBAPPALTO OPERA IL DIVIETO DI RETRIBUZIONE INFERIORE A QUELLA MINIMA STABILITA DAL CONTRATTO COLLETTIVO DEL LUOGO DI ESECUZIONE

Corte di Giustizia, Seconda sezione, sentenza 3 aprile 2008, C-346/06, Dirk Ruffert - ECLI:EU:C:2008:189

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Oberlandesgericht Celle (Germania)

Appalto di lavori - Subappalto - Vincolo al rispetto di minimi salariali - Tutela previdenziale dei lavoratori - Direttiva 96/71/CE - Distacco dei lavoratori - Impresa stabilita in altro Stato membro - Libera prestazione dei servizi - Restrizioni - Limiti

La direttiva 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, interpretata alla luce dell'art. 49 CE [56 TFUR], osta, in circostanze come quelle della causa principale, ad un provvedimento legislativo, emanato da un'autorità di uno Stato membro, che imponga agli enti pubblici aggiudicatori di attribuire gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione.



NOTE

Una normativa che imponga di attribuire gli appalti pubblici di lavori esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, la retribuzione minima prevista dal contratto collettivo applicabile nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione, senza che detto contratto collettivo possa essere qualificato come di applicazione generale, non fissa una tariffa minima salariale che gli Stati membri hanno il diritto di imporre alle imprese stabilite in altri Stati membri, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale (pt. 30-31, sentenza).

Le imprese aventi sede in altri Stati membri possono sottoscrivere volontariamente nello Stato membro ospitante, in particolare nell'ambito di un impegno preso con il proprio personale distaccato, un contratto collettivo di lavoro eventualmente più favorevole; al di fuori di detta ipotesi il livello di tutela che deve essere garantito ai lavoratori distaccati sul territorio dello Stato ospitante può risultare limitato (pt. 33-34, sentenza).

Obbligando gli aggiudicatari e, indirettamente, i loro subappaltatori ad applicare la retribuzione minima prevista dal contratto collettivo, una siffatta legge può imporre ai prestatori di servizi stabiliti in un altro Stato membro, in cui si applicano salari minimi inferiori, un onere economico supplementare, atto ad impedire, ostacolare o rendere meno attraenti le loro prestazioni nello Stato ospitante. Di conseguenza un siffatto provvedimento è tale da costituire una restrizione ai sensi dell'art. 49 CE [56 TFUE].

Tale restrizione non può essere giustificata dall'obiettivo di tutela dei lavoratori nella misura in cui la tariffa salariale fissata dal contratto collettivo, in base agli effetti della normativa nazionale, si estende solamente ad una parte del settore edilizio e quindi non ha applicazione generale (pt. 36-43, sentenza).



NOTE A SENTENZA

- *I due volti dell'Europa: il principio di non discriminazione tra libertà e uguaglianza. A proposito delle sentenze Maruko e Rüffert della Corte di giustizia*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, 3, p. 561 e ss. [RONCHETTI]
- *La direttiva sul distacco e le ingiustificate restrizioni alla libera prestazione di servizi*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2008, p. 542-543 [INGLESE]
- *Gli equilibri della Corte di Giustizia: il caso Rüffert*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2008, II, p. 479-486 [BRINO]
- *Diritto comunitario e lavoratori distaccati: dopo Rüffert, l'accento è sui servizi*, in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, 2008, II, p. 178-194 [BRANCOLI BUSDRAGHI]
- *Procedure di affidamento dei contratti pubblici, obbligo di applicazione dei contratti collettivi di lavoro e diritto comunitario: il caso Ruffert e la sindrome (italiana) dello struzzo*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2012, 3-4, p. 570 e ss. [MELI]
- *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2008, p. 59 e ss. [ORLANDINI]
- *Servizi transnazionali, giurisprudenza comunitaria e mercati del lavoro nazionali*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, 3, p. 821 e ss. [VIESPOLI].
- *Non c'è due senza tre: la Corte di Giustizia nel caso Ruffert (nota a Corte Giust. CE 3 aprile 2008, causa C-346/06)*, in *ADL. Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2008, 6, p. 1407-1430 [De SALVIA]
- *La Corte di giustizia, l'edile polacco, e l'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori*, in *Rivista critica del lavoro*, 2008, 3, p. 878 - 883 [BORRELLI]
- *Il diritto comunitario tra principi economici e tutela del lavoro subordinato*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2008, 1-2, p. 194 - 253 [TUSSINO]
- *L'applicazione della direttiva 96/71: una via di fuga per la CGCE dinanzi al complicato dilemma del bilanciamento delle libertà di circolazione con il diritto alla contrattazione collettiva*, in *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 2008, 2, p. 13 e ss. [PICCIARIELLO]
- *Protezione sociale limitata dalla libera prestazione di servizi*, in *Guida al Diritto*, 2008, 16, p. 120 - 121 [MORINI]

§ RINVIO

➔ *rinvio a § 10.09*

Corte di giustizia, Grande Sezione, 13 aprile 2010, C-91/08, Wall AG - ECLI:EU:C:2010:182

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Landgericht Frankfurt am Main (Germania)

§ 9.03

SE IL SUBAPPALTO È SVOLTO PRINCIPALMENTE NEL ‘PAESE DI ORIGINE’ NON VA APPLICATO IL CONTRATTO COLLETTIVO DEL ‘PAESE DI ESECUZIONE’

Corte di Giustizia, Nona sezione, sentenza 18 settembre 2014, C-549/13, Bundesdruckerei GmbH - ECLI:EU:C:2014:2253

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg (Germania)

Appalti pubblici - Libera prestazione di servizi - Disposizione o prassi nazionale - Clausola sociale - Obbligo di applicazione contratto collettivo o salario minimo del Paese di esecuzione - Subappaltatore stabilito in un altro Stato membro - Estensione dell’obbligo al subappaltatore - Esclusione - Prestazioni subappalto svolte principalmente nel Paese di origine

In una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, nella quale un offerente intende eseguire un appalto pubblico avvalendosi esclusivamente di lavoratori impiegati da un subappaltatore stabilito in uno Stato membro diverso da quello a cui appartiene l’amministrazione aggiudicatrice, l’articolo 56 TFUE osta all’applicazione di una normativa dello Stato membro a cui appartiene tale amministrazione aggiudicatrice che obblighi detto subappaltatore a versare ai lavoratori un salario minimo fissato da tale normativa.

NOTE

L'imposizione, in virtù di una normativa nazionale, di una retribuzione minima ai subappaltatori di un offerente stabiliti in uno Stato membro diverso da quello a cui appartiene l'amministrazione aggiudicatrice e in cui le tariffe minime salariali sono inferiori costituisce un onere economico supplementare, atto ad impedire, ostacolare o rendere meno attraenti le loro prestazioni nello Stato ospitante. Pertanto, un siffatto provvedimento è idoneo a costituire una restrizione ai sensi dell'articolo 56 TFUE (pt. 36, sentenza).

Nel caso esaminato l'imposizione della normativa nazionale appare sproporzionata. Infatti, tale normativa impone un salario minimo fisso che corrisponde a quello richiesto per assicurare una congrua retribuzione ai lavoratori dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice con riferimento al costo della vita esistente in tale Stato membro. Tale salario, tuttavia, non ha alcun rapporto con il costo della vita nello Stato membro in cui le prestazioni relative all'appalto pubblico di cui trattasi saranno effettuate e non consentirebbe, di conseguenza, ai subappaltatori stabiliti in quest'ultimo Stato membro di trarre un vantaggio concorrenziale dalle differenze esistenti tra le rispettive tariffe salariali. Il limite posto dalla normativa dunque va oltre quanto è necessario per assicurare il raggiungimento dell'obiettivo della protezione dei lavoratori.

 NOTE A SENTENZA

- *Appalti pubblici e distacco transnazionale di lavoratori*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 5, p. 520 - 530 [BARBERIS]
- *Libera prestazione di servizi e tutela dei lavoratori: la difficile ricerca di un nuovo equilibrio negli appalti pubblici*, in *Quotidiano Enti Locali e PA*, 19 dicembre 2014, www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com [COZZIO]
- *La clausola sociale di garanzia del salario minimo negli appalti pubblici al vaglio della Corte di giustizia europea: il caso Bundesdruckerei*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2015, 2, p.550-580 [ICHINO]
- *(Sub)appalto transnazionale e ambito di applicazione delle norme sul salario minimo*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2015, 1, p. 33 - 46 [GUADAGNO]
- *La clausola sociale di garanzia del salario minimo negli appalti pubblici al vaglio della Corte di giustizia europea: il caso bundesdruckerei*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2015, 2, p. 558 e ss. [FORLIVESI]

10. CONCESSIONI

Claudio Guccione

10. CONCESSIONI

§ RINVIO

➔ *rinvio a § 1.04*

Corte di giustizia, Sesta Sezione, 7 dicembre 2000, c-324/98, Telaustria Verlags GmbH - ECLI:EU:C:2000:669

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Bundesvergabeamt (Austria)

§ 10.01

IL CONTRATTO DI CONCESSIONE DI PUBBLICI SERVIZI È ESCLUSO DALL'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVE SUGLI APPALTI DI SERVIZI

Corte di Giustizia, Seconda Sezione, ordinanza 30 maggio 2002, C-358/00, Buchhändler-Vereinigung GmbH - ECLI:EU:C:2002:317

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Oberlandesgericht Düsseldorf (Germania)

Concessione di servizi - Nozione - Trattati caratterizzanti contratto - Modalità di remunerazione - Procedura di aggiudicazione - Normativa applicabile - Direttiva in tema di appalti pubblici di servizi - Esclusione

Un contratto di concessione di pubblici servizi di edizione è escluso, allo stadio attuale del diritto comunitario, dalla sfera di applicazione della direttiva 92/50/CEE, quand'anche esso sia menzionato, a motivo del suo oggetto specifico, nell'allegato I A di tale direttiva, al quale fa rinvio l'art. 8 della stessa.



NOTE

L'Oberlandesgericht Düsseldorf ha sottoposto alla Corte una questione pregiudiziale vertente sull'interpretazione della direttiva 92/50/CEE, in merito al progetto di conclusione da parte di una biblioteca pubblica di un contratto di concessione di servizi relativo alla riproduzione ed alla distribuzione della bibliografia nazionale tedesca su supporto cartaceo e su CD-ROM.



NOTE SULL'ORDINANZA

- *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni ed i cd. "affidamenti in house", in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2004, 3-4, p. 945 e ss. [MARCHEGIANI]*

- *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali, in Diritto amministrativo, 2006, 2, p. 387 e ss. [PERFETTI]*

§ RINVIO

➔ *rinvio a § 1.07*

Corte di giustizia, Grande Sezione, 21 luglio 2005, C-231/03, Consorzio Aziende Metano (CONAME) - ECLI:EU:C:2005:487

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia)

§ RINVIO

➔ *rinvio a § 1.08*

Corte di giustizia, Prima Sezione, 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen GmbH - ECLI:EU:C:2005:605

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, sezione autonoma di Bolzano - Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen (Italia)

§ RINVIO

➔ *rinvio a § 1.10*

Corte di giustizia, Prima Sezione, 6 aprile 2006, C-410/04, Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) - ECLI:EU:C:2006:237

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Italia)

§ 10.02

NON COSTITUISCE CONCESSIONE DI SERVIZI LA CONVENZIONE RELATIVA AL TRATTAMENTO DEI RIFIUTI SE NON COMPORTA IL TRASFERIMENTO DEL RISCHIO DI GESTIONE IN CAPO ALL'OPERATORE

Corte di giustizia, Seconda Sezione, 18 luglio 2007, C-382/05, Commissione vs. Italia - ECLI:EU:C:2007:445

Ricorso per inadempimento

Appalto di servizi - Trattamento rifiuti urbani - Qualificazione - Distinzione tra appalto e concessione - Rischio della gestione - Ripartizione - Adeguamento tariffa a garanzia dell'equilibrio finanziario ed economico - Natura della convenzione - Regole applicabili - Misure di pubblicità - Pubblicità inadeguata

La Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la protezione civile - Ufficio del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia ha indetto la procedura per la stipula delle convenzioni per l'utilizzo della frazione residua dei rifiuti urbani, al netto della raccolta differenziata, prodotta nei comuni della Regione Siciliana e ha concluso le dette convenzioni senza applicare le procedure previste dalla direttiva 92/50/CEE e, in particolare, senza la pubblicazione dell'apposito bando di gara d'appalto nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza della predetta direttiva.

NOTE

Devono essere qualificate come appalti di servizi, come tali soggetti alla direttiva 92/50, le convenzioni pubbliche relative al trattamento di rifiuti urbani e stipulate tra le imprese aggiudicatrici e il Commissario governativo Straordinario per l'emergenza rifiuti in Sicilia. Ciò in quanto le modalità di remunerazione previste dalle convenzioni in esame non rientrano nel diritto di gestire i servizi, né implicano l'assunzione, da parte dell'operatore, del rischio legato a tale gestione. Sulla base della disciplina negoziale, l'operatore risulta infatti remunerato mediante una tariffa fissa conferitagli per tonnellata di rifiuti.

Le citate convenzioni, che prevedono in particolare il versamento all'operatore, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di una tariffa il cui importo è fissato in euro per tonnellata di rifiuti conferita a quest'ultimo dai comuni interessati, non istituiscono una modalità di remunerazione che rientra nel diritto di gestire i servizi di cui trattasi né implicano l'assunzione, da parte dell'operatore, del rischio legato a tale gestione.

Il Commissario delegato, inoltre, s'impegna a far sì che tutti i comuni interessati conferiscano all'operatore l'integralità della loro frazione residua di rifiuti in modo che un quantitativo annuo minimo di rifiuti sia ad esso conferito. Le convenzioni prevedono inoltre l'adeguamento dell'importo della tariffa nell'ipotesi in cui la quantità annua effettiva di rifiuti conferiti sia minore del 95% o maggiore del 115% rispetto alla quantità minima garantita.

Tali convenzioni devono pertanto essere considerate come appalti pubblici di servizi soggetti alla direttiva 92/50 e non come concessioni di servizi da essa esclusi, dato che la loro aggiudicazione può intervenire soltanto in osservanza delle disposizioni della predetta direttiva

NOTE A SENTENZA

- *La Corte censura la qualificazione di una procedura di affidamento di servizi secondo l'ordinamento nazionale, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2007, p. 1907-1911 [DI MARTINO]*

- *Appalto pubblico o concessione di servizi? La Corte enfatizza il criterio del rischio, in Rassegna dell'avvocatura dello Stato, 2007, 2, p. 64-81 [CODUTI]*

- *Appalto pubblico di servizi e concessione di servizi nella giurisprudenza comunitaria, in Urbanistica e appalti, 2008, 5, p. 581-585 [MASERA]*

§ 10.03

L’AFFIDAMENTO DI SERVIZI POSTALI “NON RISERVATI” A SOCIETÀ INTERAMENTE PUBBLICA NON È SOTTRATTO ALLE REGOLE IN TEMA DI APPALTI PUBBLICI

Corte di giustizia, Prima Sezione, 18 dicembre 2007, C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia - ECLI:EU:C:2007:815

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Audiencia Nacional (Spagna)

Servizi postali - Prestatore universale - Società di capitali interamente detenuta dai pubblici poteri - Servizi postali “riservati” e “non riservati” - Affidamento senza applicazione regole degli appalti pubblici - Necessaria applicazione - Condizioni

Il diritto comunitario non osta ad una normativa di uno Stato membro che consenta alle pubbliche amministrazioni di affidare, al di fuori delle norme relative all’aggiudicazione degli appalti pubblici, la prestazione di servizi postali riservati, in conformità alla direttiva 97/67/CE (concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio) ad una società per azioni pubblica a capitale interamente detenuto dai pubblici poteri e che è, in tale Stato membro, il prestatore del servizio postale universale.

La direttiva 92/50/CEE deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro che consenta alle pubbliche amministrazioni di affidare, al di fuori delle norme relative all’aggiudicazione degli appalti pubblici, la prestazione di servizi postali di tipo “non riservati” ad una società per azioni pubblica a capitale interamente detenuto dai pubblici poteri e che è, in tale Stato, il prestatore del servizio postale universale, se ed in quanto gli accordi ai quali detta normativa si applica: i. raggiungano la soglia di valore comunitario prevista dalla direttiva 92/50, e ii. costituiscano contratti, stipulati in forma scritta e a titolo oneroso. Spetta al giudice del rinvio accertare la ricorrenza di detti presupposti.

Gli artt. 43 CE (49 TFUE), 49 CE (56 TFUE) e 86 CE (106 TFUE), nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione in base alla nazionalità e di trasparenza, ostano ad una normativa nazionale che consenta alle pubbliche amministrazioni di affidare, al di fuori delle norme relative all’aggiudicazione degli appalti pubblici, la prestazione di servizi postali di tipo “non riservati” ad una società per azioni pubblica a capitale interamente detenuto dai pubblici poteri e che è, in tale Stato, il prestatore del servizio postale universale, se ed in quanto gli accordi ai quali detta normativa si applica: i. non raggiungano la soglia di valore comunitario prevista dalla direttiva 92/50, e ii. non configurino, in realtà, un atto amministrativo unilaterale che stabilisca obblighi unicamente a carico del prestatore del servizio postale universale e che si discosti sensibilmente dalle condizioni normali dell’offerta commerciale di quest’ultimo. Spetta al giudice del rinvio accertare la ricorrenza di detti presupposti.

**NOTE**

La direttiva 97/76 consente agli Stati membri di riservare taluni servizi postali al fornitore (o ai fornitori) del servizio postale universale nella misura necessaria al mantenimento di tale servizio. Conseguentemente, qualora taluni servizi postali, in conformità a tale direttiva, siano riservati ad un unico prestatore del servizio universale, siffatti servizi sono necessariamente sottratti alla concorrenza, poiché nessun altro operatore eco-

nomico è autorizzato ad offrire i servizi stessi. Pertanto, non possono trovare applicazione le norme comunitarie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, il cui obiettivo principale è la libera circolazione delle merci e dei servizi nonché l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri.

Per quanto la direttiva 97/67 permette di riservare taluni servizi postali al prestatore del servizio postale universale gli Stati membri non hanno la facoltà di ampliare a loro piacimento i servizi riservati a tali prestatori, in quanto un'estensione del genere sarebbe in contrasto con lo scopo di tale direttiva che mira a stabilire la liberalizzazione progressiva e controllata nel settore postale.



NOTE A SENTENZA

- *In tema di concorrenza e riserve statali nei servizi postali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, 2, p. 881-883 [FERRARI]

- *La Corte di giustizia respinge un mittente un accordo sulla prestazione di servizi postali*, in *Giustizia amministrativa*, 2008, 1, p. 189-195 [DAMIANI]

§ 10.04

POSSIBILE IL PROLUNGAMENTO DELLE CONCESSIONI IN CORSO PRIMA DELLA MESSA IN GARA APPLICANDO LE REGOLE GENERALI DEI TRATTATI

Corte di giustizia, Seconda Sezione, 17 luglio 2008, C-347/06, ASM Brescia S.p.A. - ECLI:EU:C:2008:416

Domanda di pronuncia pregiudiziale promossa dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia)

Concessione di servizio pubblico - Distribuzione gas naturale - Affidamento senza gara - Norme comuni per il mercato interno del gas - Cessazione anticipata concessione - Bilanciamento tra opposti interessi - Tutela legittimo affidamento e certezza del diritto - Libertà economiche fondamentali - Congruo periodo di transizione - Ammissibilità

La direttiva 2003/55/CE (per il mercato interno del gas naturale) non osta a che una normativa nazionale preveda il prolungamento della durata del periodo transitorio al termine del quale deve cessare anticipatamente una concessione di distribuzione del gas naturale.

Gli artt. 43 CE (49 TFUE), 49 CE (56 TFUE) e 86 CE (106 TFUE) non ostano a che una normativa nazionale preveda il prolungamento della durata del periodo transitorio al termine del quale deve cessare anticipatamente una concessione di distribuzione del gas naturale, purché tale prolungamento possa essere considerato necessario al fine di permettere alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili sia dal punto di vista delle esigenze del servizio pubblico, sia dal punto di vista economico.



NOTE

Per quanto una concessione di servizio pubblico non rientri nell'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici, le autorità pubbliche sono comunque tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato e

il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità quanto intendono assegnare un tale tipo di concessione,.

Inoltre, nei casi in cui la concessione presenti un interesse transfrontaliero certo, la sua assegnazione in totale assenza di trasparenza ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice da luogo a disparità di trattamento a danno delle imprese con sede in altri Stati membri che potrebbero essere interessate all'affidamento. Salvo non sia giustificata da circostanze obiettive, una tale disparità di trattamento costituisce discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 CE (49 TFUE), 49 CE (56 TFUE) e 86 CE (106 TFUE). Peraltro, l'art. 86 CE, n. 1 (106 TFUE) osta a che gli Stati membri mantengano in vigore nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi una normativa nazionale contraria alle regole in tema di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi.

Una disparità di trattamento di questo tipo può essere giustificata dalla necessità di rispettare il principio della certezza del diritto, principio che fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario e si impone ad ogni autorità nazionale che debba applicare il diritto comunitario. Atteso che la direttiva 2003/55 (norme comuni per il mercato interno del gas naturale) non prevede che si rimettano in discussione le concessioni di distribuzione del gas in essere, che nel caso di specie si tratta di una vecchia concessione che doveva produrre effetti per vari decenni e che è stata attribuita in un momento in cui la Corte non aveva ancora dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza derivanti dal diritto primario, il principio della certezza del diritto, non soltanto consente, ma altresì esige che la risoluzione di siffatta concessione sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili sia dal punto di vista delle esigenze del servizio pubblico, sia dal punto di vista economico.

Compete al giudice del rinvio valutare se, in particolare, il prolungamento della durata del periodo transitorio, posto in atto da una normativa di diritto interno, possa essere considerato necessario ai fini del rispetto del principio della certezza del diritto.



NOTE A SENTENZA

- *Il principio di certezza del diritto "tutela" il legittimo affidamento dei gestori delle concessioni di distribuzione del gas naturale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, 4, p. 2009-2015 [VEDASCHI]
- *Servizi pubblici locali: durata degli affidamenti, periodo transitorio e divieto di partecipazione alle gare*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 2, p. 146 e ss. [GILBERTI]
- *La scadenza delle concessioni per il servizio di distribuzione di gas naturale tra legislazione interna e giustizia comunitaria*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, 2, pag. 523 e ss. [LICATA]

§ RINVIO

➔ *rinvio a § 1.16*

Corte di giustizia, Terza Sezione, 13 novembre 2008, C-324/07, Coditel Brabant SA - ECLI:EU:C:2008:621

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Conseil d'État (Belgio)

§ 10.05

IL TRASFERIMENTO DEL RISCHIO LEGATO ALLA PRESTAZIONE DEL SERVIZIO CONTRADDISTINGUE IL CONTRATTO DI APPALTO DAL CONTRATTO DI CONCESSIONE

Corte di giustizia, Terza Sezione, 13 novembre 2008, C-437/07, Commissione vs. Italia - ECLI:EU:C:2008:624

Ricorso per inadempimento

Appalto di lavori - Progettazione e realizzazione tramvia municipale - Matura del contratto - Concessione di lavori - Procedura di aggiudicazione - Rinvio alla procedura della finanza di progetto - Pubblicazione del bando - Successiva modifica progetto preliminare - Violazione principi di trasparenza e non discriminazione - Violazione direttiva 93/37/CEE - Inadempimento dello Stato

Avendo il Comune di L'Aquila attribuito un appalto pubblico di lavori avente ad oggetto la progettazione e la realizzazione di una tramvia su gomma per il trasporto pubblico di massa in tale città attraverso una procedura diversa da quelle previste per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori dalla direttiva 93/37/CEE, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tale direttiva.

NOTE

Si ha contratto di appalto allorquando l'esercizio del servizio pubblico conseguente alla realizzazione di una tranvia municipale, non venga affidato al concessionario ma ad un'impresa terza che paga un canone calcolato in modo tale da garantire al concessionario la parte di costo dell'opera non sostenuta dall'autorità pubblica concedente.

Si ha, al contrario, "concessione di servizi" allorquando le modalità di remunerazione per la realizzazione dell'opera pubblica consistano nel diritto di sfruttare la prestazione realizzata ed implicino l'assunzione del rischio legato alla gestione del servizio. Il mancato trasferimento al prestatore dei rischi legati alla prestazione dei servizi indica che l'operazione in oggetto costituisce un appalto e non una concessione. Tali conclusioni valgono anche nella materia dei lavori pubblici.

NOTE A SENTENZA

- Procedure di aggiudicazione di lavori pubblici: se la gestione non spetta al costruttore la gara è di lavori e non una concessione, in Rassegna dell'avvocatura dello Stato, 2010, 1, p. 9-12 [RICCHIO]

§ 10.06

SUSSISTE UNA CONCESSIONE DI SERVIZI SOLO SE L'AMMINISTRAZIONE TRASFERISCE IL RISCHIO DI GESTIONE IN MISURA SIGNIFICATIVA

Corte di giustizia, Terza Sezione, 10 settembre 2009, C-206/08, WAZV Gotha - ECLI:EU:C:2009:540

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Thüringer Oberlandesgericht (Germania)

Appalto di servizi - Settori speciali - Distribuzione acqua potabile e trattamento acque reflue - Natura del contratto - Concessione - Nozione - Ripartizione rischio della gestione - Trasferimento alla controparte - Qualificazione del rischio

Nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, è sufficiente per qualificare quel contratto come «concessione di servizi» ai sensi della direttiva 2004/17/CE, dal momento che il rischio di gestione corso dall'amministrazione, per quanto considerevolmente ridotto in conseguenza della configurazione giuridica dell'organizzazione del servizio, è assunto dalla controparte contrattuale a carico completo o pressoché completo.



NOTE

Il fatto che il prestatore di servizi sia remunerato attraverso pagamenti da parte di terzi è una delle forme che può assumere l'esercizio del diritto, riconosciuto al prestatore, di gestire il servizio. È irrilevante, a tale proposito, che la remunerazione sia disciplinata dal diritto privato o dal diritto pubblico (v. punti 53, 55).

Quando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione, esse implicano che il prestatore si assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione, poiché in tal caso il rischio è insito nella gestione economica del servizio. Se l'amministrazione aggiudicatrice continua a sopportare detto rischio a carico completo, non esponendo il prestatore all'alea del mercato, l'assegnazione della gestione del servizio richiede il rispetto delle formalità previste dalla direttiva 2004/17, al fine della tutela della trasparenza e della concorrenza.

In caso di totale assenza di trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione di servizi, l'operazione in parola rappresenta un appalto di servizi. In quest'ultimo caso il corrispettivo non consisterebbe nel diritto di gestire il servizio. In ogni caso, anche se il rischio nel quale incorre l'amministrazione aggiudicatrice è molto ridotto, sulla base dell'applicazione della normativa propria del settore di attività in esame, per poter ritenere sussistente una concessione di servizi è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca integralmente o, almeno, in misura significativa, al concessionario il rischio di gestione nel quale essa incorre.

Spetta al giudice nazionale valutare se si sia verificato un trasferimento integrale o in misura significativa del rischio nel quale incorre l'amministrazione aggiudicatrice. A tal fine, non devono essere presi in considerazione i rischi generali risultanti dalle modifiche normative intervenute nel corso dell'esecuzione del contratto (v. punti 57, 59, 67-69, 77-80).



NOTE A SENTENZA

- *La Corte di giustizia torna sulla distinzione tra concessione di servizi e appalto di servizi, in Diritto comunitario e degli scambi internazionali, 2010, p. 279-288 [BIANCHI; PONZONE]*

- *I caratteri distintivi della concessione di servizi in sede comunitaria, in rivista telematica La Gazzetta degli enti Locali, 2009 [ALESIO]*

§ 10.07

PRECISAZIONI PER LA QUALIFICAZIONE DELLA «CONCESSIONE DI LAVORI PUBBLICI» E DELL'«APPALTO PUBBLICO DI LAVORI» AI SENSI DELLA DIRETTIVA 2004/18/CE**Corte di giustizia, Terza Sezione, 25 marzo 2010, C-451/08, Helmut Müller - ECLI:EU:C:2010:168**

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Oberlandesgericht Düsseldorf (Germania)

Appalto di lavori - Nozione - Concessione di lavori - Distinzione - Fattispecie - Ente pubblico cede terreno - Obblighi assunti dall'acquirente - Realizzazione lavori rispondenti a obiettivi di sviluppo urbanistico - Definizione degli obiettivi da parte di altro ente - Irrilevanza

La nozione di «appalti pubblici di lavori», ai sensi della direttiva 2004/18/CE non esige che i lavori oggetto dell'appalto siano eseguiti materialmente o fisicamente per l'amministrazione aggiudicatrice, ove tali lavori siano eseguiti nell'interesse economico diretto di tale amministrazione. L'esercizio, da parte di quest'ultima, di competenze di regolamentazione in materia urbanistica non è sufficiente a soddisfare quest'ultima condizione.

La nozione di «appalti pubblici di lavori» ai sensi della direttiva 2004/18/CE richiede che l'aggiudicatario assuma direttamente o indirettamente l'obbligo di realizzare i lavori che sono oggetto dell'appalto e che l'esecuzione di tale obbligo sia esigibile in sede giurisdizionale secondo le modalità stabilite dal diritto nazionale.

Le «esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice», ai sensi della direttiva 2004/18/CE, non possono consistere nel semplice fatto che un'autorità pubblica esamini taluni progetti di costruzione che le sono sottoposti ovvero assuma una decisione nell'esercizio delle sue competenze in materia di regolamentazione urbanistica.

In circostanze quali quelle della causa principale, è escluso che ricorra una concessione di lavori pubblici ai sensi della direttiva 2004/18/CE.

Non si applica la direttiva in una situazione in cui un'autorità pubblica venda un terreno a un'impresa, laddove un'altra autorità pubblica abbia intenzione di indire un appalto di lavori su detto terreno, pur non avendo ancora formalmente deciso di procedere all'aggiudicazione di tale appalto.

 **NOTE**

Ai sensi della direttiva 2004/18/CE gli appalti pubblici sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto. Il carattere oneroso del contratto implica che l'amministrazione aggiudicatrice che abbia stipulato un appalto pubblico di lavori riceva, in base allo stesso, una prestazione a fronte di un corrispettivo. Tale prestazione consiste nella realizzazione dei lavori che l'amministrazione aggiudicatrice intende ottenere. A tale proposito, la nozione di «appalti pubblici di lavori» impone che i lavori oggetto dell'appalto siano eseguiti nell'interesse economico diretto dell'amministrazione aggiudicatrice, senza che sia necessario, tuttavia, che la prestazione assuma la forma dell'acquisizione di un oggetto materiale o fisico. Il semplice esercizio delle competenze di regolamentazione in materia urbanistica, volte alla realizzazione dell'interesse generale, non ha ad oggetto l'ottenimento di una prestazione contrattuale né la soddisfazione dell'interesse economico diretto dell'amministrazione aggiudicatrice, come richiesto dalla direttiva 2004/18.

Nel caso in cui un'autorità pubblica venda un terreno sul quale l'acquirente intenda eseguire successivamente taluni lavori tesi a perseguire obiettivi di sviluppo urbanistico definiti da un ente pubblico territoriale, è

escluso che ricorra una concessione di lavori pubblici ai sensi della direttiva 2004/18/CE. Affinché un'amministrazione aggiudicatrice possa trasferire alla sua controparte il diritto di gestire un'opera, è necessario che tale amministrazione possa disporre della gestione dell'opera stessa. Ciò non avviene, di norma, qualora il diritto di gestione abbia come unica origine il diritto di proprietà dell'operatore interessato. Infatti, il proprietario di un terreno ha il diritto di gestirlo nel rispetto delle norme giuridiche vigenti. Fintantoché un operatore disponga del diritto di gestire il terreno di cui è il proprietario, risulta essere esclusa, in linea di principio, la possibilità che un'autorità pubblica attribuisca una concessione avente ad oggetto la gestione stessa. Inoltre, l'elemento essenziale della concessione risiede nel fatto che il concessionario sopporta il rischio economico principale o, in ogni caso, sostanziale, collegato alla gestione. L'incertezza dell'imprenditore quanto alla questione se l'ente territoriale approverà o meno i suoi progetti è collegata alle competenze in tema di regolamentazione urbanistica dell'amministrazione aggiudicatrice e non al rapporto contrattuale derivante da una concessione. Di conseguenza, il rischio non è collegato alla gestione.

Per quanto riguarda la durata delle concessioni, seri motivi tra i quali vi è, in particolare, il mantenimento della concorrenza inducono a ritenere che l'attribuzione di concessioni senza limiti temporali sarebbe contraria all'ordinamento giuridico dell'Unione.

Mere intenzioni di aggiudicare un appalto non rappresentano obblighi vincolanti e non possono in alcun modo soddisfare il requisito del contratto scritto richiesto dalla nozione di appalto pubblico, ai sensi della direttiva 2004/18/CE.



NOTE A SENTENZA

- *I poteri urbanistici e la nozione di appalto pubblico di lavori*, in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, 2010, 3, p. 69-72 [TEDESCHI]

- *Rapporti tra potestà pubbliche ed opere di urbanizzazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, 3-4, p. 1011-1022 [CARULLO]

§ 10.08

L'OBBLIGO DI TRASPARENZA DERIVA DIRETTAMENTE DALLE NORME DEL TRATTATO E SI APPLICA NELLE FASI DI AGGIUDICAZIONE E RINEGOZIAZIONE DEI CONTRATTI DI CONCESSIONE DI SERVIZI

Corte di giustizia, Grande Sezione, 13 aprile 2010, C-91/08, Wall AG - ECLI:EU:C:2010:182

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Landgericht Frankfurt am Main (Germania)

Concessioni di servizi - Gestione e manutenzione bagni pubblici cittadini - Procedura di aggiudicazione - Principio di parità di trattamento tra gli offerenti - Obbligo di trasparenza - Violazione - Modificazione sostanziale successiva di un termine del contratto - Cambiamento di subappaltatore - Tutela giurisdizionale effettiva - Applicazione modalità processuali nazionali

Qualora le modifiche apportate alle disposizioni di un contratto di concessione di servizi presentino caratteristiche sostanzialmente diverse da quelle che hanno giustificato l'aggiudicazione del contratto di concessione iniziale e siano, di conseguenza, idonee a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale contratto, devono essere

concessi, conformemente all'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato, tutti i provvedimenti necessari per reintrodurre la trasparenza nel procedimento, ivi compresa anche la possibilità un nuovo procedimento di aggiudicazione. All'occorrenza, il nuovo procedimento di aggiudicazione dovrà essere organizzato secondo modalità adeguate alle specificità della concessione di servizi di cui trattasi e permettere che un'impresa avente sede sul territorio di uno Stato membro possa avere accesso ad adeguate informazioni relative a detta concessione prima che essa sia aggiudicata.

Qualora un'impresa concessionaria concluda un contratto relativo a servizi rientranti nell'ambito della concessione affidatale da un ente locale, l'obbligo di trasparenza derivante dagli artt. 43 CE (art. 49 TFUE) e 49 CE (art. 56 TFUE) nonché dai principi della parità di trattamento e dal divieto di discriminazione in base alla nazionalità non si applica qualora tale impresa:

- sia stata costituita da detto ente locale allo scopo dello smaltimento dei rifiuti e della pulizia della rete viaria, ma sia al tempo stesso attiva sul mercato;

- sia detenuta dall'ente locale medesimo nella misura del 51%, ma le decisioni di gestione possano essere adottate soltanto a maggioranza dei tre quarti dei voti dell'assemblea generale di tale impresa;

- abbia soltanto un quarto dei membri del consiglio di vigilanza, incluso il presidente, nominato dallo stesso ente locale, e

- tragga più della metà del proprio fatturato da contratti sinallagmatici relativi all'eliminazione dei rifiuti ed alla pulizia della rete viaria sul territorio di tale ente locale, contratti che quest'ultimo finanzia mediante imposte locali versate dai suoi amministrati.

Il principio della parità di trattamento e il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, sanciti agli artt. artt. 43 CE (art. 49 TFUE) e 49 CE (art. 56 TFUE), nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva non impongono alle autorità nazionali di risolvere un contratto né ai giudici nazionali di emettere un'ingiunzione in ogni caso di asserita violazione di detto obbligo all'atto dell'aggiudicazione delle concessioni di servizi. Spetta all'ordinamento giuridico interno disciplinare le vie di ricorso idonee a garantire la salvaguardia dei diritti che i singoli possono vantare in base a tale obbligo in modo che tali vie di ricorso non siano meno favorevoli delle analoghe vie di ricorso di natura interna, né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di tali diritti. L'obbligo di trasparenza deriva direttamente dagli artt. artt. 43 CE (art. 49 TFUE) e 49 CE (art. 56 TFUE), che hanno un effetto diretto negli ordinamenti giuridici interni degli Stati membri e prevalgono su qualsiasi disposizione contraria dei diritti nazionali.



NOTE

Allo stato attuale del diritto dell'Unione, i contratti di concessione di servizi non rientrano nell'ambito di applicazione di nessuna delle direttive con cui il legislatore dell'Unione ha disciplinato il settore degli appalti pubblici. Tuttavia, le autorità pubbliche che concludono tali contratti sono tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato, in particolare gli artt. 43 CE e 49 CE (artt. 49 e 56 TFUE), nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva. Detto obbligo di trasparenza si applica al caso in cui la concessione di servizi di cui trattasi possa interessare un'impresa avente sede in uno Stato membro diverso da quello in cui tale concessione è attribuita.

La modifica di un contratto di concessione di servizi in corso di validità può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito

di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata. La sostituzione del subappaltante, anche qualora la relativa possibilità sia prevista nel contratto, può in casi eccezionali costituire una modifica di tal genere di uno degli elementi essenziali del contratto di concessione, allorché il ricorso ad un subappaltante piuttosto che ad un altro, tenuto conto delle caratteristiche proprie della prestazione di cui trattasi, ha costituito un elemento determinante della conclusione del contratto, cosa che spetta comunque al giudice del rinvio verificare.

Per stabilire se una società a capitale misto, pubblico e privato, possa essere assimilata ad una pubblica autorità vincolata all'obbligo di trasparenza, occorre ispirarsi a taluni aspetti della definizione della nozione di «amministrazione aggiudicatrice», di cui alla direttiva 92/50, nei limiti in cui tali elementi rispondano ai requisiti imposti dall'applicazione alle concessioni di servizi dell'obbligo di trasparenza derivante dagli artt. 43 CE e 49 CE (artt. 49 e 56 TFUE). Questi ultimi articoli e i principi della parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, perseguono obiettivi identici a quelli contemplati da detta direttiva, in particolare con riferimento alla libera circolazione dei servizi e all'apertura alla concorrenza non falsata negli Stati membri. Occorre, conseguentemente, verificare se ricorrano due condizioni, vale a dire, da una parte, che l'impresa interessata sia sotto il controllo effettivo dello Stato o di un'altra autorità pubblica e, dall'altra, che essa non operi sul mercato in una situazione concorrenziale.



NOTE A SENTENZA

- *Il divieto di rinegoziazione dell'offerta nella concessione di servizi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, p. 1222-1227 [BOTTONE]
- *La comunicazione della Commissione sugli appalti sotto soglia non produce effetti giuridici e non è quindi impugnabile*, in *Rivista amministrativa degli appalti*, 2010, 1, p. 32-41 [TOMASSI]
- *Rinegoziazione delle concessioni e rimedi per la rimozione dell'illegittimità comunitaria*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 7, p. 785 e ss. [PROTTO]
- *Concessione di servizi: la Corte si pronuncia sul rispetto del principio della parità di trattamento, del divieto di discriminazione in base alla nazionalità e dell'obbligo di trasparenza in relazione all'aggiudicazione delle concessioni di servizi*, in *Società*, 2010, 6, p. 777 e ss. [OLIVIERI]

§ 10.09

L'AFFIDAMENTO DI LAVORI NON COMPRESI NELLA ORIGINARIA CONCESSIONE VIOLA LE REGOLE EUROPEE IN TEMA DI TRASPARENZA E PARITÀ DI TRATTAMENTO

Corte di giustizia, Quarta Sezione, 22 aprile 2010, C-423/07, Commissione vs. Regno di Spagna - ECLI:EU:C:2010:211

Ricorso per inadempimento

Concessione lavori pubblici - Oggetto concessione e localizzazione dei lavori - Lavori supplementari - Non previsti nel bando di gara e nel capitolato d'oneri - Affidamento diretto - Obblighi in materia di pubblicità - Portata degli obblighi - Violazione - Parità di trattamento

Per effetto dell'aggiudicazione alla Ibérica de Autopistas SA, il 5 novembre 1999, della:

- costruzione di una terza corsia in ciascun senso di marcia sulla parte del tratto a pedaggio dell'autostrada A-6 situata tra la città di Villalba e il raccordo Valle de los Caidos,

- costruzione di una terza corsia reversibile sulla parte del tratto a pedaggio dell'autostrada A-6 situata tra il raccordo Valle de los Caidos e la città di San Rafael, compresa la costruzione di un nuovo tunnel, e

- costruzione di una quarta corsia in ciascun senso di marcia sul tratto a pedaggio libero dell'autostrada A-6 tra le città di Madrid e di Villalba,

senza che tali opere siano state menzionate nell'oggetto del contratto di concessione di lavori pubblici, quale descritto nel bando pubblicato nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee e nel capitolato d'oneri, il Regno di Spagna è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza direttiva 93/37CEE.

NOTE

Viene meno agli obblighi incombenti in forza della direttiva 93/37 lo Stato membro che, dopo aver indetto una procedura di gara per l'attribuzione di una concessione di lavori pubblici, relativa alla costruzione, alla gestione e allo sfruttamento di taluni tratti autostradali, aggiudichi opere aggiuntive, segnatamente la costruzione di corsie aggiuntive e di un nuovo tunnel su taluni tratti autostradali, senza che tali opere siano state menzionate nell'oggetto del contratto di concessione di lavori pubblici, quale descritto nel bando pubblicato nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee e nel capitolato d'oneri.

L'oggetto di una concessione dev'essere definito nel bando e nel capitolato d'oneri che devono contenere l'oggetto principale e gli oggetti supplementari del contratto, la descrizione e la localizzazione dei lavori cui si riferisce la concessione, nonché il quantitativo e l'entità globale di questi ultimi. Anche se l'autorità concedente, considerate le eventuali specificità dei lavori che costituiscono l'oggetto di una concessione, ha la facoltà di lasciare un certo margine all'iniziativa degli offerenti riguardo alla formulazione delle loro offerte, un rinvio, contenuto nel capitolato d'oneri, alla normativa nazionale riguardante la possibilità per gli offerenti di presentare varianti nelle loro offerte non è legittimo se non sono precisate nel capitolato le condizioni minime che tali varianti devono rispettare.

Non sarebbe conforme alla direttiva 93/37 attribuire al di fuori di qualunque trasparenza un appalto di concessione di lavori pubblici comprendenti lavori cosiddetti «supplementari» che costituiscano di per sé «appalti pubblici di lavori» ai sensi di tale direttiva ed il cui valore superi la soglia ivi stabilita. Ciò comporterebbe, diversamente ragionando, che tali lavori cosiddetti «supplementari» fossero esentati dall'obbligo di pubblicità e, di conseguenza, da qualunque forma di concorrenza. Del resto, il fatto che un concessionario non esegua esso stesso i lavori supplementari, ma li attribuisca ad imprese terze non esime l'autorità concedente dai propri obblighi, atteso che la direttiva impone chiaramente sia all'autorità concedente sia al concessionario obblighi di pubblicità cumulativi e non alternativi.

NOTE A SENTENZA

- Principi in tema di evidenza pubblica e di rinegoziazione successiva del contratto: conseguenze della loro violazione sulla serie pubblicistica e privatistica, autotutela e riparto di giurisdizione, in Diritto processuale amministrativo, 2011, 2, p. 815 e ss. [GOISIS]

§ 10.10

SE IL RISCHIO DI GESTIONE, PER QUANTO RIDOTTO, È RIMESSO ALL'OPERATORE RICORRE UN CONTRATTO DI CONCESSIONE DI SERVIZI

Corte di giustizia, Terza Sezione, 10 marzo 2011, C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler - ECLI:EU:C:2011:130

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Oberlandesgericht München (Germania)

Appalti pubblici - Concessione di servizio pubblico - Servizi di soccorso - Distinzione tra «appalto pubblico di servizi» e «concessione di servizi» - Rischio di gestione

La direttiva 2004/18/CE deve essere interpretata nel senso che, quando la remunerazione dell'operatore economico selezionato è integralmente garantita da soggetti diversi dall'amministrazione aggiudicatrice che ha attribuito il contratto di prestazione di servizi di soccorso e tale operatore economico incorre in un rischio di gestione, per quanto molto ridotto, poiché, in particolare, l'importo dei corrispettivi d'uso dei servizi in questione dipende dall'esito di trattative annuali con soggetti terzi e non gli è garantita una copertura integrale dei costi sostenuti nell'ambito di una gestione delle sue attività conforme ai principi sanciti dal diritto nazionale, tale contratto deve essere qualificato come contratto di «concessione di servizi».

**NOTE**

Dal raffronto tra le definizioni di appalto pubblico di servizi e di concessione di servizi, fornite dalla direttiva 2004/18, risulta che la differenza tra un appalto pubblico di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della prestazione di servizi. L'appalto di servizi comporta un corrispettivo che, senza peraltro essere l'unico, è versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi mentre, nel caso di una concessione di servizi, il corrispettivo della prestazione di servizi consiste nel diritto di gestire il servizio, o da solo o accompagnato da un prezzo.

Nel caso di un contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi, la circostanza che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere la remunerazione presso terzi, è sufficiente a soddisfare il requisito di un corrispettivo. Se è vero che la modalità di remunerazione è, quindi, uno degli elementi determinanti per la qualificazione come concessione di servizi, la concessione di servizi implica che il concessionario si assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione, e che il mancato trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione dei servizi indica che l'operazione in parola rappresenta un appalto pubblico di servizi e non una concessione di servizi. Per poter ritenere sussistente una concessione di servizi, si deve verificare se la modalità di remunerazione pattuita consista nel diritto del prestatore di gestire un servizio e implichi che costui si assuma il rischio legato alla gestione del servizio in questione. Se è pur vero che tale rischio può essere, ab origine, considerevolmente ridotto, ai fini della qualificazione come concessione di servizi è necessario, tuttavia, che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca integralmente o, almeno, in misura significativa al concessionario il rischio nel quale essa incorre.

Il fatto che il livello dei corrispettivi d'uso non sia determinato unilateralmente dal prestatore di servizi di soccorso, bensì mediante accordi con gli enti previdenziali che a loro volta rivestono la qualità di amministrazione aggiudicatrice, e che tali corrispettivi non siano pagati direttamente dagli utenti di tali servizi al prestatore selezionato, bensì da un ufficio liquidatore centrale incaricato di riscuotere e di trasferire tali corri-

spettivi, sotto forma di acconti regolari, non incide su tale constatazione. Infatti, resta ciò nondimeno il fatto che tutte le remunerazioni del prestatore di servizi provengono da soggetti diversi dall'amministrazione che ha aggiudicato loro il contratto.

A questo proposito, se è pur vero che, allo stato attuale del diritto dell'Unione, i contratti di concessione di servizi non sono disciplinati da alcuna delle direttive mediante le quali il legislatore dell'Unione ha regolamentato il settore degli appalti pubblici, le autorità pubbliche che concludono tali contratti sono cionondimeno tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato FUE, in particolare gli artt. 49 TFUE e 56 TFUE, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, nel caso in cui (circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare) il contratto in oggetto presenti un interesse transfrontaliero certo.



NOTE A SENTENZA

- *Distinzione tra "appalto pubblico di servizi" e "concessione di servizi"*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, p. 762-763 [ROBLES]

§ 10.11

ERRORI DI VALUTAZIONE E NEGLIGENZE NELLA VALUTAZIONE E RIPARTIZIONE DEL RISCHIO DI GESTIONE NON RILEVANO AI FINI DELLA QUALIFICAZIONE DEL CONTRATTO DI CONCESSIONE

Corte di giustizia, Seconda Sezione, 10 novembre 2011, C-348/10, Norma-ASIA e Dekom SIA - ECLI:EU:C:2011:721

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da Augstākās tiesas Senāts (Lettonia)

Concessione di servizi - Servizi di trasporto pubblico mediante autobus - Nozione - Corrispettivo - Diritto di gestire il servizio - Versamento al prestatore di importo a titolo compensazione perdite - Rischio connesso alla gestione - Limitato - Procedure di ricorso in materia di aggiudicazione

La direttiva 2004/17/CE, dev'essere interpretata nel senso che costituisce un «appalto di servizi» un contratto con cui il prestatore, in forza delle norme di diritto pubblico e delle clausole contrattuali che disciplinano la fornitura di tali servizi, non assume in misura significativa il rischio in cui l'amministrazione aggiudicatrice incorre. Spetta al giudice nazionale valutare se l'operazione controversa nella causa principale debba essere qualificata come concessione di servizi o come appalto pubblico di servizi tenendo conto di tutte le caratteristiche di detta operazione.

La direttiva 92/13/CEE, per la parte modificata dalla direttiva 2007/66/CE, non è applicabile ad appalti pubblici aggiudicati prima della scadenza del termine di recepimento della direttiva 2007/66.



NOTE

Dal confronto delle nozioni di appalto pubblico di servizi e di concessione di servizi, definite dalla direttiva 2004/17, risulta che la differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della fornitura di servizi. L'appalto di servizi comporta un corrispettivo versato direttamente

dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi, mentre, nel caso di una concessione di servizi, il corrispettivo della prestazione di servizi consiste nel diritto di gestire il servizio, o da solo o accompagnato da un prezzo. Nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, risponde alla necessità di un corrispettivo prevista dalla direttiva 2004/17.

Inoltre, la concessione di servizi implica che il concessionario si assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione. Il non avvenuto trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione dei servizi indica che l'operazione in parola rappresenta un appalto pubblico di servizi e non una concessione di servizi. Se è pur vero che tale rischio può essere, ab origine, considerevolmente ridotto, ai fini della qualificazione come concessione di servizi è necessario, tuttavia, che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca integralmente o, almeno, in misura significativa al concessionario il rischio nel quale essa incorre.

Il rischio di gestione deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato, il quale può tradursi segnatamente nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate o, ancora, nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio. Al contrario, rischi come quelli legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico non sono determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come appalto pubblico o come concessione di servizi, dal momento che rischi del genere, in realtà, sono insiti in qualsiasi contratto, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia riconducibile alla tipologia dell'appalto pubblico di servizi ovvero a quella della concessione di servizi.



NOTE A SENTENZA

- *Appalti pubblici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 2012 p. 1186-1188 [BARONI]

- *La Corte di giustizia ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 3, p. 287 e ss. [CARANTA]

§ 10.12

NON SEMPRE IL DIRITTO COMUNITARIO OSTA ALL'ATTRIBUZIONE DIRETTA, SENZA PROCEDURA AD EVIDENZA PUBBLICA, DI UNA CONCESSIONE DI SERVIZIO PUBBLICO

Corte di giustizia, Quarta sezione, 14 novembre 2013, C-388/12, Comune di Ancona - ECLI:EU:C:2013:734

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale amministrativo regionale per le Marche (Italia)

Fondi strutturali - Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR) - Realizzazione opere pubbliche - Partecipazione finanziaria Fondo strutturale - Criteri di ammissibilità delle spese - Principio di perennità dell'investimento - Nozione di "modifica sostanziale" di un'operazione - Contratto di concessione - Attribuzione del contratto senza previa pubblicità né gara - Ammissibilità

Il regolamento n. 1260/1999 sui Fondi strutturali, deve essere interpretato nel senso che le modifiche considerate da detto regolamento comprendono tanto quelle che intervengono nel

corso della realizzazione di un'opera quanto quelle che intervengono successivamente, in particolare nella fase della gestione dell'opera stessa, purché siffatte modifiche avvengano nel corso del termine di cinque anni previsto dalla citata disposizione.

Per poter valutare se l'attribuzione di una concessione non generi entrate rilevanti per il concedente o indebiti vantaggi per il concessionario, non è necessario verificare previamente se l'opera oggetto di concessione abbia subito una modifica sostanziale.

Il regolamento n. 1260/1999 si riferisce tanto all'ipotesi di una modifica fisica, quando l'opera realizzata non è conforme a quella indicata nel progetto ammesso al finanziamento, quanto all'ipotesi di una modifica funzionale, restando inteso che, in caso di modifica consistente nell'utilizzo di un'opera per attività diverse da quelle inizialmente previste nel progetto ammesso al finanziamento, una modifica del genere deve essere tale da ridurre in modo significativo la capacità dell'operazione di cui trattasi di raggiungere l'obiettivo attribuito.

In circostanze come quelle del procedimento principale, il diritto dell'Unione non osta all'attribuzione senza procedura ad evidenza pubblica di una concessione di servizi pubblici relativa ad un'opera, purché siffatta attribuzione risponda al principio di trasparenza il cui rispetto, senza necessariamente comportare un obbligo di far ricorso ad una gara, deve consentire a un'impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello dell'autorità concedente di avere accesso alle informazioni adeguate relative alla concessione in parola prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse ad ottenere detta concessione, situazione che spetta al giudice del rinvio verificare.



NOTE

I Fondi strutturali perseguono obiettivi raggiungibili unicamente se le sovvenzioni concesse da tali Fondi e il relativo controllo riguardano gli atti e le spese collegati non soltanto alla realizzazione di un'operazione, ma parimenti alle modalità di attuazione e gestione della stessa, nel limite del termine di cinque anni previsto dal regolamento n. 1260/1999. È a tale unica condizione che può essere garantita l'efficacia dell'azione dei Fondi in parola, evitando che questi ultimi finanzino opere che, una volta realizzate, a seguito di una modifica nella loro gestione, non partecipino più agli obiettivi in vista dei quali siffatto finanziamento è stato accordato.

L'esistenza di un indebito vantaggio è uno degli elementi potenzialmente costitutivi di una modifica sostanziale ai sensi del regolamento n. 1260/1999, recante disposizioni generali sui Fondi strutturali. Ne discende che, prima di concludere per l'esistenza o l'inesistenza di una modifica sostanziale ai sensi della menzionata disposizione, il giudice del rinvio deve segnatamente verificare se la modifica controversa abbia prodotto un indebito vantaggio e/o se la natura o le modalità di esecuzione ne risultino alterate. Affinché una modifica consistente nell'utilizzo di un'opera per attività diverse da quelle previste nel progetto ammesso al finanziamento possa essere qualificata come modifica sostanziale ai sensi del citato regolamento, è necessario precisare ulteriormente che essa deve avere quale causa la cessazione, perlomeno parziale, di talune delle attività previste nel progetto ammesso al finanziamento.

Nella misura in cui una concessione possa interessare anche un'impresa con sede in uno Stato membro diverso da quello dell'autorità concedente, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale concessione ad un'impresa con sede in quest'ultimo Stato membro costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese aventi sede in altri Stati membri. In mancanza di qualsiasi trasparenza le imprese aventi sede in tali altri Stati membri non hanno alcuna reale possibilità di manifestare il loro interesse ad ottenere detta concessione. Salvo non sia giustificata da circostanze obiettive, siffatta disparità di trattamento, che opera

principalmente a danno di imprese aventi sede in un altro Stato membro, costituisce una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli articoli 49 TFUE e 56 TFUE.

La circostanza che una concessione sia tale da non generare né entrate nette consistenti né un indebito vantaggio per un'impresa o per un ente pubblico non consente, di per sé, di concludere che siffatta concessione non presenti un interesse economico per imprese aventi sede in altri Stati membri diversi da quello dell'autorità concedente. Difatti, nell'ambito di una strategia economica diretta ad estendere una parte delle proprie attività in un altro Stato membro, un'impresa può prendere la decisione tattica di sollecitare l'attribuzione in tale Stato di una concessione prescindendo dal fatto che quest'ultima non sia idonea in quanto tale da generare profitti adeguati, poiché permane comunque la circostanza che siffatta occasione può consentirle di installarsi sul mercato dello Stato in parola e di farsi ivi conoscere allo scopo di preparare la sua futura espansione.



NOTE A SENTENZA

- Il "principio di perennità dell'investimento" nell'ambito dei fondi strutturali europei e le sue conseguenze, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, 1, p. 277-281 [COMBA]

- La modificazione sostanziale dei contratti di concessione di lunga durata durante l'esecuzione: commento alla direttiva europea 2014/23/UE, in *Diritto del commercio internazionale*, 2014, 3, p. 749 e ss. [MARESCA]

§ 10.13

MOTIVI DI NATURA ECONOMICA NON COSTITUISCONO RAGIONI IMPERATIVE DI INTERESSE GENERALE IDONEE A GIUSTIFICARE L'ATTRIBUZIONE DIRETTA DI UNA CONCESSIONE DI SERVIZI

Corte di giustizia, Decima Sezione, 14 novembre 2013, C-221/12, Belgacom NV - ECLI:EU:C:2013:736

Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Raad van State van België (Belgio)

Concessione di servizi - Nozione - Fornitura di servizi televisivi - Diritto esclusivo di gestire reti cablate di associazioni intercomunali - Inclusione- Trasferimento rischio di gestione all'operatore economico - Attribuzione diretta - Violazione dell'obbligo di trasparenza - Giustificazioni - Motivi di natura economica - Principio della certezza del diritto - Inammissibilità - Obbligo di rispettare norme fondamentali del Trattato FUE - Interesse transfrontaliero certo

Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che un operatore economico di uno Stato membro può invocare dinanzi ai giudici di tale Stato membro la violazione dell'obbligo di trasparenza risultante dai predetti articoli che sarebbe stata commessa in occasione della conclusione di una convenzione mediante la quale uno o più enti pubblici dello Stato membro di cui trattasi hanno attribuito ad un operatore economico dello stesso Stato una concessione di servizi che presenta un interesse transfrontaliero certo oppure hanno accordato ad un operatore economico il diritto esclusivo di esercitare un'attività economica che presenta siffatto interesse.

Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che:

- la volontà di non violare taluni diritti che, mediante una convenzione preesistente, enti

pubblici hanno concesso ad un operatore economico relativamente all'uso di reti cablate ad essi appartenenti non può giustificare che a detta convenzione sia data un'espansione contraria al diritto dell'Unione, nella forma di attribuzione diretta di una concessione di servizi o di un diritto esclusivo di svolgere un'attività che presenta un interesse transfrontaliero certo, e ciò fosse anche al fine di far cessare una controversia insorta tra le parti interessate, per ragioni del tutto indipendenti dalla loro volontà, in merito alla portata della predetta convenzione;

- motivi di natura economica, come la volontà di evitare un deprezzamento di un'attività economica, non costituiscono ragioni imperative di interesse generale atte a giustificare l'attribuzione diretta di una concessione di servizi vertente su tale attività o di un diritto esclusivo di svolgere la suddetta attività che presenta un interesse transfrontaliero certo, derogando ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione sanciti dai menzionati articoli.

NOTE

La circostanza che la conclusione di un accordo coinciderebbe con l'interesse dei consumatori, i quali, in mancanza di tale accordo, non potrebbero fruire della televisione interattiva, non si differenzia realmente dal motivo relativo al deprezzamento di un'attività economica, ma è anzi strettamente connessa ad esso. Di conseguenza, delle considerazioni che, esaminate isolatamente, non costituiscono ragioni imperative di interesse generale non possono acquisire siffatta qualità per la mera circostanza di essere sommate.

Inoltre, se il principio della certezza del diritto, che è un principio generale del diritto dell'Unione, è idoneo a giustificare che gli effetti giuridici di una convenzione siano rispettati, nei limiti imposti da tale principio, anche nel caso di una convenzione conclusa prima che la Corte si fosse pronunciata riguardo alle implicazioni del diritto primario rispetto a convenzioni di questo tipo e che a posteriori si sarebbe rivelata contraria a tali implicazioni, detto principio tuttavia non può essere invocato per dare ad una convenzione un'espansione contraria ai principi della parità di trattamento e di non discriminazione nonché all'obbligo di trasparenza che da essi deriva.

NOTE A SENTENZA

*- La Corte si pronuncia sulla compatibilità con il diritto dell'UE di una convenzione, tra enti pubblici di uno stato membro ed un'impresa del medesimo stato, conclusa senza consultare il mercato, in *Le Società*, 2014, 2, p. 247 e ss [OLIVIERI]*

*- Rethinking the approach to economic justifications under the EU's free movement rules, in *Osservatorio-appalti*, 2015, [ARROWSMITH]*

§ 10.14

LA CESSIONE DEI BENI A TITOLO NON ONEROSO IMPOSTA DALLA LEGGE AL TERMINE DELLA CONCESSIONE NON È CONFORME AI TRATTATI

Corte di giustizia, Terza Sezione, 28 gennaio 2016, C-375/14, R. Laezza - ECLI:EU:C:2016:60

Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Frosinone (Italia)

Concessione - Giochi d'azzardo - Libertà di stabilimento - Libera prestazione di servizi - Ottemperanza sentenza CGCE - Riorganizzazione sistema nazionale - Nuova gara d'appalto - Cessione a titolo non oneroso dell'uso dei beni che costituiscono la rete di gestione e raccolta - Restrizione - Motivi imperativi di interesse generale - Proporzionalità

Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una disposizione nazionale restrittiva, quale quella in questione nel procedimento principale, la quale impone al concessionario di cedere a titolo non oneroso, all'atto della cessazione dell'attività per scadenza del termine della concessione, l'uso dei beni materiali e immateriali di proprietà che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco, qualora detta restrizione ecceda quanto è necessario al conseguimento dell'obiettivo effettivamente perseguito da detta disposizione, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.



NOTE

Quanto alla questione di accertare se la restrizione in questione nel procedimento principale sia idonea a garantire la realizzazione dello scopo perseguito, il giudice del rinvio dovrà esaminare segnatamente se la circostanza secondo la quale la cessione a titolo non oneroso, all'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli o ad un altro concessionario, dell'uso dei beni materiali e immateriali che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco non è imposta in modo sistematico ma avviene solo "dietro espressa richiesta" sia tale da incidere sulla capacità della disposizione in questione nel procedimento principale di raggiungere l'obiettivo perseguito.

Quanto al problema di accertare se tale disposizione non ecceda quanto necessario per raggiungere lo scopo perseguito, non si può escludere che, nell'ipotesi di decadenza o revoca, a titolo sanzionatorio, del contratto di concessione in questione, la cessione a titolo non oneroso dell'uso dei beni materiali e immateriali che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco, abbia un carattere proporzionato. Viceversa, ciò non è necessariamente il caso quando la cessazione dell'attività avviene per il semplice fatto della scadenza della concessione. Infatti, nell'ipotesi in cui il contratto di concessione, concluso per una durata sensibilmente più breve per effetto di nuove disposizioni, giunga alla sua scadenza naturale, il carattere non oneroso di una siffatta cessione forzata pare contrastare con il requisito di proporzionalità, in particolare quando l'obiettivo di continuità dell'attività autorizzata di raccolta di scommesse potrebbe essere conseguito con misure meno vincolanti, quali la cessione forzata, ma a titolo oneroso a prezzi di mercato, dei beni in questione.

AVVERTENZE PER LA CONSULTAZIONE

Il volume raggruppa le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea riguardanti DIECI ARGOMENTI: affidamenti in-house; procedure negoziate; qualificazione; requisiti generali, soccorso istruttorio e documenti di gara unico europeo; servizi di architettura e ingegneria, attività di progettazione; variazioni progettuali e altre modifiche contrattuali; massimo ribasso e offerta anomala; avvalimento; subappalto; concessioni.

L'INDICE DEGLI ARGOMENTI E DELLE DECISIONI elenca le sentenze selezionate dalla più risalente alla più recente, riportando il numero di pagina e il paragrafo di riferimento per la consultazione. Nel caso di sentenze rilevanti per più voci sono evidenziati gli opportuni rinvii (R).

L'INDICE ANALITICO-ALFABETICO permette la ricerca per voci e sottovoci recanti ciascuna il paragrafo di riferimento della sentenza. Nel caso di sentenze rilevanti per più voci, i paragrafi che contrassegnano le sentenze sono riportati per ciascuna di esse.

Per ogni sentenza è redatto un TITOLO che evidenzia l'argomento centrale e, a seguire, sono riportati i DATI PER L'IDENTIFICAZIONE compreso il codice identificatore europeo della giurisprudenza (European case-law identifier o ECLI) che la Corte ha progressivamente introdotto nel 2014 per facilitare la citazione corretta e univoca della giurisprudenza, e infine i NERETTI redatti secondo le parole chiave tipiche del linguaggio giuridico e pratico dei contratti pubblici.

Segue il TESTO DEL DISPOSITIVO della Corte corredato da note descrittive del principio di diritto e da indicazioni bibliografiche (tratte principalmente da riviste italiane) dove reperire i commenti più significativi riferiti alla sentenza.

Il volume è pubblicato in edizione digitale scaricabile gratuitamente dall'archivio ad accesso aperto e anagrafe della ricerca IRIS. L'edizione digitale è integrata da una serie di rimandi interni che permettono al lettore di muoversi con facilità 'cliccando' una serie di collegamenti contrassegnati dal colore blu dei caratteri.

Nella edizione digitale il volume permette la consultazione integrale delle sentenze attingendo, se è attiva una connessione ad internet, alla banca dati dell'Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici [www.osservatorioappalti.unim.it] realizzata presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento.

Il volume è pubblicato anche in edizione cartacea disponibile a richiesta contattando servizioclienti@scalalibri.com

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Gian Antonio BENACCHIO	Professore ordinario di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Trento
Maria Cristina COLOMBO	Avvocato e professore a contratto nel Politecnico di Milano
Michele COZZIO	Assegnista di ricerca e professore a contratto nell'Università degli Studi di Trento
Gianni Marco DI PAOLO	Avvocato esperto di diritto amministrativo
Claudio GUCCIONE	Avvocato e professore a contratto nell'Università La Sapienza di Roma
Vittorio ITALIA	già Professore ordinario di Diritto amministrativo nelle Università degli Studi di Milano e di Pavia
Pierdanilo MELANDRO	Funzionario presso l'Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale - ITACA
Paolo MICHIARA	Avvocato e professore a contratto nell'Università degli Studi di Parma
Paolo PATRITO	Assegnista di ricerca nell'Università degli Studi di Torino
Federico TITOMANLIO	Avvocato e Segretario generale dell'Istituto Grandi Infrastrutture - IGI
Alessandro VETRANO	Funzionario presso la Società Consortile di Informatica delle Camere di Commercio Italiane per azioni - INFOCAMERE

I CONTRATTI PUBBLICI NELLA GIURISPRUDENZA DELL'UNIONE EUROPEA

Raccolta dei principali *arrêts* della Corte di Giustizia

La disciplina dei contratti pubblici è analizzata attraverso la raccolta delle decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea rese su dieci argomenti: affidamenti in-house; procedure negoziate; qualificazione; requisiti generali, soccorso istruttorio e documenti di gara unico europeo; servizi di architettura e ingegneria, attività di progettazione; variazioni progettuali e altre modifiche contrattuali; massimo ribasso e offerta anomala; avvalimento; subappalto; concessioni.

Il volume è consultabile sia mediante strumenti comuni di fruizione dei testi giuridici (indice analitico e cronologico, neretti, note descrittive del principio di diritto, note bibliografiche) sia mediante strumenti propri delle pubblicazioni digitali (contenuti multimediali, strumenti di ricerca, documentazione on-line).

Il volume, primo di una serie che pone le basi per la comprensione e il monitoraggio sistematico della giurisprudenza comunitaria in questa materia, è diretto all'attenzione di operatori e studiosi e di quanti cercano nel settore dei contratti pubblici spunti di riflessione giuridica.

Gian Antonio Benacchio è professore ordinario di Diritto privato dell'Unione europea presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento. Studioso di diritto comparato, si è dedicato anche alla ricerca in materia di appalti pubblici comunitari e del private enforcement del diritto della concorrenza. Nel 2001 ha attivato l'Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici.

Michele Cozzio è assegnista di ricerca e professore a contratto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento. Studioso di diritto comunitario, si occupa in particolare di contratti pubblici, servizi di interesse generale, politiche di governo del territorio. Partecipa e coordina dal 2001 le iniziative dell'Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici.

Federico Titomanlio è avvocato e Segretario generale dell'Istituto Grandi Infrastrutture (IGI). Studioso e osservatore della materia dei contratti pubblici, ha curato alcune tra le prime raccolte sistematiche della giurisprudenza sugli appalti pubblici e privati. È autore di numerose pubblicazioni nel settore della contrattualistica pubblica.