



SCUOLA SUPERIORE  
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE  
LOCALE



DIPARTIMENTO PER IL COORDINAMENTO  
DELLE POLITICHE COMUNITARIE

**LA PARTECIPAZIONE  
DELLE REGIONI E DEGLI ENTI LOCALI  
AL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA**

**LA NORMATIVA  
SUGLI APPALTI PUBBLICI**

**Dipartimento politiche comunitarie**

*Presidenza del Consiglio dei Ministri*

***Maria Grazia Lalloni***

Milano 18 maggio 2010

# Il peso degli appalti pubblici nell'economia UE

- ***Gli appalti pubblici costituiscono uno dei settori strategici del mercato interno. Sul piano dimensionale, essi rappresentano circa il 16% del PIL dell'Unione Europea***



# IL QUADRO NORMATIVO EUROPEO

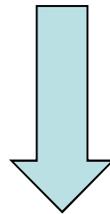
***Trattato FUE: libera circolazione beni e servizi, principi di non discriminazione, trasparenza, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità***

***Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali***

***Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi***

# Il recepimento delle Direttive

- **La Legge delega 18 aprile 2005, n. 62**



- **Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d.leg.vo 163/2006)**

## Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d.leg.vo 163/2006)

- Il Codice recepisce in un unico testo entrambe le menzionate direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, disciplinando più in generale i contratti pubblici (comprensivi di appalti e concessioni) aventi per oggetto lavori, servizi e forniture, nei settori “ordinari” e “speciali”, sopra e sotto soglia comunitaria.
- In particolare, nella logica della codificazione e della *better regulation*, il codice individua principi e disposizioni comuni a tutti i settori dei pubblici contratti di lavori, servizi e forniture, prende atto del primato del diritto comunitario e della circostanza che quest’ultimo permea anche gli appalti sotto soglia.
- In tale logica, il codice disciplina quindi i contratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, nei settori “ordinari” e in quelli “speciali”, sia sopra che sotto soglia.

# Concorrenza ed efficienza del mercato degli appalti pubblici

**Le direttive ed il Codice perseguono un equilibrio tra due esigenze:**

- 1. *Maggiore flessibilità e libertà d'azione dell'amministrazione aggiudicataria nel rivolgersi al mercato (nuovi strumenti gestionali e contrattuali; e-procurement),*
- 2. *Esigenza che tale maggiore libertà si svolga nel rispetto dei principi di parità, di trasparenza, non discriminazione e concorrenza (criteri di selezione dei partecipanti, criteri di aggiudicazione dell'appalto)*



## UNA STRATEGIA PER UNA CRESCITA INTELLIGENTE SOSTENIBILE E INCLUSIVA (Europa 2020)

- La comunicazione della Commissione che contiene la strategia dei prossimi anni dell'Unione europea, ovvero "Europa 2020" presenta infatti tre priorità che si rafforzano a vicenda:
- **Crescita intelligente:** sviluppare una economia basata sulla conoscenza e sulla innovazione
- **Crescita sostenibile:** promuovere una economia più efficiente sotto il profilo delle risorse, più verde e più competitiva
- **Crescita inclusiva:** promuovere una economia con un alto tasso di occupazione che favorisca la coesione sociale e territoriale

# USO STRATEGICO DEGLI APPALTI PUBBLICI A SOSTEGNO DI UNA CRESCITA INTELLIGENTE SOSTENIBILE E SOLIDALE (Europa 2020)

***Gli appalti pubblici possono costituire un  
volano per stimolare il mercato verso  
comportamenti sociali e ambientali più  
responsabili e per stimolare l'innovazione***



# PARTECIPAZIONE DEL SERVIZIO APPALTI AI LAVORI COMUNITARI

- **IN COMMISSIONE :**

partecipa alle riunioni del **COMITATO  
CONSULTIVO APPALTI PUBBLICI**

e dei suoi GRUPPI DI LAVORO:

- GdL Statistica
- GdL Appalti elettronici

## **AL CONSIGLIO**

partecipa alle riunioni del Gruppo APPALTI

## **COMITATO CONSULTIVO APPALTI PUBBLICI (Commissione)**

- Istituito con decisione del Consiglio 71/306/CEE modificata con decisione 77/63/CEE del 21 dicembre 1976.**

**In base a tale disposizione i membri (titolare e supplente sono nominati da ciascuno Stato membro)**

**Base giuridica : direttive appalti**

# Il CCAP e le procedure di Comitologia

- **Comitato consultivo** : *art. 202 Trattato CE;*  
*art. 3 Decisione 28 giugno 1999, n. 468/1999/CE*

È un organismo che affianca la Commissione nell'esercizio delle competenze di esecuzione conferite dal Consiglio dell'Unione europea. Infatti, ad eccezione del caso in cui il Consiglio si riserva il diritto di esercitare direttamente le competenze di esecuzione, queste ultime sono esercitate dalla Commissione seguendo i tipi di procedure

# Cosa avverrà della Comitologia?

- Il nuovo quadro giuridico dovrà essere elaborato sulla base degli articoli 290 e 291 del nuovo Trattato.
- ***I lavori sono in corso***
- La Commissione europea ha presentato una Comunicazione sugli atti delegati nel dicembre 2009 e una proposta legislativa sugli atti di esecuzione nel marzo 2010

# La direttiva 2007/66/CE (direttiva ricorsi)

**DIRETTIVA 2007/66/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO dell'11 dicembre 2007**

***che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda***  
**il miglioramento dell'efficacia delle**  
**procedure di ricorso in materia**  
**d'aggiudicazione degli appalti pubblici**

# La direttiva 2007/66/CE (direttiva ricorsi)

- (1) La [direttiva 89/665/CEE](#) del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori , e la [direttiva 92/13/CEE](#) del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni , **riguardano le procedure di ricorso in materia di appalti aggiudicati rispettivamente dalle amministrazioni aggiudicatrici** di cui all'[articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi , e dagli enti aggiudicatori di cui all'[articolo 2 della direttiva 2004/17/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali . **Le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE mirano a garantire l'effettiva applicazione delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE.**

# La direttiva 2007/66/CE (direttiva ricorsi)

- (3) Le consultazioni delle parti interessate e la giurisprudenza della Corte di giustizia hanno evidenziato una serie di lacune nei meccanismi di ricorso esistenti negli Stati membri. A causa di tali carenze i meccanismi di cui alle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE non permettono sempre di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, soprattutto in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette. Di conseguenza le garanzie di trasparenza e di non discriminazione che costituiscono l'obiettivo di tali direttive dovrebbero essere rafforzate per garantire che la Comunità nel suo complesso benefici pienamente degli effetti positivi dovuti alla modernizzazione e alla semplificazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, operate dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE. E opportuno quindi modificare le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE aggiungendo le precisazioni indispensabili per raggiungere i risultati perseguiti dal legislatore comunitario.

# La direttiva 2007/66/CE (direttiva ricorsi)

- (4) Fra le carenze constatate figura in particolare l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto. Ciò induce talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione d'aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto. Per rimediare a questa carenza, che costituisce un serio ostacolo ad un'effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati, vale a dire coloro che non sono stati ancora definitivamente esclusi, è opportuno prevedere un **termine sospensivo minimo**, durante il quale la stipula del contratto in questione è sospesa.

# La direttiva 2007/66/CE (direttiva ricorsi)

- (6) Il termine sospensivo dovrebbe concedere agli offerenti interessati sufficiente tempo per esaminare la decisione d'aggiudicazione dell'appalto e valutare se sia opportuno avviare una procedura di ricorso. Quando la decisione di aggiudicazione è loro notificata, **gli offerenti interessati dovrebbero ricevere le informazioni pertinenti**, che sono loro indispensabili per presentare un ricorso efficace. Lo stesso vale di conseguenza per i candidati se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore non hanno messo tempestivamente a disposizione informazioni circa il rigetto della loro domanda.

# La direttiva 2007/66/CE (direttiva ricorsi)

- 12) La proposizione di un ricorso poco prima dello scadere del termine sospensivo minimo non dovrebbe privare l'organo responsabile delle procedure di ricorso del tempo minimo indispensabile per intervenire, in particolare per prorogare il termine di sospensione per la conclusione del contratto. **È pertanto necessario prevedere un termine sospensivo minimo autonomo, che non dovrebbe scadere prima che l'organo di ricorso si sia pronunciato sulla domanda.** Ciò non dovrebbe impedire all'organo di ricorso di formulare una valutazione preliminare circa la ricevibilità del ricorso come tale. Gli Stati membri possono decidere che tale termine scada quando l'organo di ricorso abbia preso una decisione circa la domanda di provvedimenti cautelari, anche riguardo a un'ulteriore sospensione della stipula del contratto, o quando l'organo di ricorso abbia preso una decisione sul merito della questione, in particolare sulla domanda di annullamento delle decisioni illegittime.

# La direttiva 2007/66/CE (direttiva ricorsi)

- (13) Per contrastare l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi, che secondo la Corte di giustizia rappresenta la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore, è opportuno prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. **Pertanto, un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetto.** La carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest'ultimo.

# La direttiva 2007/66/CE (direttiva ricorsi)

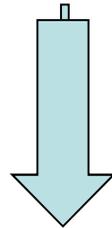
- (14) **La privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza** e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere. Le aggiudicazioni mediante affidamenti diretti illegittimi ai sensi della presente direttiva dovrebbero includere tutte le aggiudicazioni di appalti avvenute senza pubblicazione preliminare di un bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea ai sensi della direttiva 2004/18/CE. Ciò corrisponde a una procedura senza previa indizione di una gara ai sensi della direttiva 2004/17/CE.

# La direttiva ricorsi: le disposizioni rilevanti

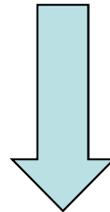
- Obbligo per le stazioni appaltanti di rispettare un ***temine sospensivo (standstill)*** fra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto (non inferiore a 10 giorni)
- un meccanismo di **sospensione automatica della procedura di aggiudicazione**, nel caso in cui un organo indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice riceva in prima istanza un ricorso relativo ad una decisione d'aggiudicazione
- la previsione in base alla quale gli Stati membri devono assicurare che un **contratto** sia considerato **inefficace** da un organo di ricorso nel caso esso sia stato stipulato a seguito di illegittima aggiudicazione per gravi violazioni della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici.

# RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA 2007/66/CE

**Direttiva 2007/66/CE**



**Art. 44 della legge n. 88/2009 (LEGGE COMUNITARIA 2008)**



**Decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53**

# Le scelte della norma di delega (art. 44 comunitaria 2008)

## AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE

Art. 44, co 3, legge delega (non espressamente previsto dal decreto delegato):

- Nozione più ampia di “**stazione appaltante**”: i soggetti di cui agli articoli 32 e 207 del codice dei contratti pubblici e ogni altro soggetto tenuto, secondo il diritto comunitario o nazionale, al rispetto di procedure o principi di evidenza pubblica nell'affidamento di contratti relativi a lavori, servizi o forniture.

# Le scelte della norma di delega (art. 44 comunitaria 2008)

## AMBITO OGGETTIVO DI APPLICAZIONE

Art. 44, b) della legge delega:

*“assicurare un quadro processuale omogeneo  
per tutti i contratti contemplati dal codice”*

**Si applica ai contratti:**

- **di rilevanza comunitaria**
- **non di rilevanza comunitaria**

## Decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53

Art. 1, comma 1, lettera c)

Termine dilatorio per la stipula del contratto  
“*standstill*”

*(nuovo comma 10 dell'articolo 11 del codice dei contratti pubblici).*

Il contratto non può comunque essere stipulato prima di **trentacinque giorni** dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva

# Decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53

**Art. 1, comma 1, lettera c)**

**SOSPENSIONE OBBLIGATORIA DELLA STIPULAZIONE IN SEGUITO ALLA PROPOSIZIONE DI UN RICORSO GIURISDIZIONALE (comma 10-ter dell'art. 11 del codice dei contratti pubblici)**

## **Condizioni:**

- **proposizione di ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva**
- **contestuale domanda cautelare**

## **Sospensione della stipula del contratto:**

**dalla notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante fino a:**

1. **i successivi venti giorni a condizione che entro tale termine intervengano il provvedimento cautelare di primo grado oppure la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare**
2. **ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva.**

# Decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53

## ART. 1, comma 1, lettera c)

### **DEROGHE ALLO STANDSTILL** (comma 10-bis, art.11 del codice dei contratti pubblici)

#### ***Il termine dilatorio di cui al comma 10 non si applica:***

- ***a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara, o inoltre degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito, o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;***
- ***b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione***

# Decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53

ART. 1, comma 1, lettera b)

**DEROGHE ALLO STANDSTILL** (modifiche al comma 9 dell'art. 11 del codice dei contratti pubblici)

## ESECUZIONE ANTICIPATA DEL CONTRATTO

*L'esecuzione di urgenza non è consentita:*

- *durante il termine dilatorio*
- *durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto*

*L'esecuzione di urgenza è consentita (durante il termine dilatorio e durante il periodo di sospensione obbligatoria) :*

- *nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara*
- *nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la **perdita di finanziamenti comunitari***

# Decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53

*Art. 2 - Comunicazione  
dell'aggiudicazione definitiva (commi  
5bis e 5ter dell'art. 79 del codice):*

**REGOLE DETTAGLIATE PER DETERMINARE  
LA CONOSCENZA LEGALE DEI  
PROVVEDIMENTI**

## **Art. 2 - Comunicazione dell'aggiudicazione definitiva (commi 5bis e 5ter dell'art. 79 del codice):**

- «5-bis. Le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte **per iscritto**, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o mediante notificazione o mediante posta elettronica certificata ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo è espressamente autorizzato dal concorrente, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta. Nel caso di invio a mezzo posta o notificazione, dell'avvenuta spedizione è data contestualmente notizia al destinatario mediante fax o posta elettronica, anche non certificata, al numero di fax ovvero all'indirizzo di posta elettronica indicati in sede di candidatura o di offerta.

## **Art. 2 - Comunicazione dell'aggiudicazione definitiva (commi 5bis e 5ter dell'art. 79 del codice):**

- La comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa **motivazione** contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c), **(ovvero le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto)**
- La comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e quella della stipulazione, e la notizia della spedizione sono, rispettivamente, spedita e comunicata **nello stesso giorno a tutti i destinatari**, salva l'oggettiva impossibilità di rispettare tale contestualità a causa dell'elevato numero di destinatari, della difficoltà di reperimento degli indirizzi, dell'impossibilità di recapito della posta elettronica o del fax a taluno dei destinatari, o altro impedimento oggettivo e comprovato.

## **Art. 2 - Comunicazione dell'aggiudicazione definitiva (commi 5bis e 5ter dell'art. 79 del codice):**

- 5-ter. Le comunicazioni di cui al comma 5, lettere a) e b), indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto.

# **Decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53**

## **Art. 2**

**NUOVE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI  
ACCESSO “IMMEDIATO” E  
“INFORMALE” AI DOCUMENTI DELLA  
PROCEDURA DI GARA (*comma  
5quater dell’art. 79 del codice*)**

## NUOVE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI ACCESSO “IMMEDIATO” E “INFORMALE” AI DOCUMENTI DELLA PROCEDURA DI GARA (*comma 5quater dell’art. 79 del codice*)

- *5-quater*. ...l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito **entro dieci giorni** dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. **Non occorre istanza scritta di accesso** e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'articolo 13. Le comunicazioni di cui al comma 5 indicano se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito, e indicano l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio

# Decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53

(disposizione facoltativa nella direttiva che la legge delega ha deciso di recepire)

Art. 6

*Informativa dell'intento di proporre ricorso giurisdizionale*



strumento “precontenzioso” di definizione della lite

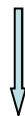
Onere di informare le stazioni appaltanti della **presunta violazione** e della **intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale**.

L'informazione e' diretta al **responsabile del procedimento**.

L'informativa non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, ne' il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto ne' il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale.

La stazione appaltante si pronuncia entro **quindici giorni** dalla comunicazione stabilendo se intervenire o meno in **autotutela**. L'inerzia equivale a diniego di autotutela.

Omissione della comunicazione e inerzia della stazione appaltante:



comportamenti valutabili ai fini della **decisione sulle spese di giudizio e sul risarcimento del danno**

# **Decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53**

## **Art. 7 Giurisdizione**

### **GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO**

- **si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative**

# Decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53

## Art. 8 TUTELA PROCESSUALE

**Introduzione di un nuovo rito speciale accelerato per le controversie in materia di aggiudicazione di contratti di lavori, servizi e forniture**

**(abbreviazione dei vigenti termini di deposito del ricorso, costituzione delle altre parti, motivi aggiunti, ricorsi incidentali )**

- i provvedimenti delle procedure di affidamento sono impugnati entro un **termine non superiore a trenta giorni** dalla ricezione
- i bandi entro un termine non superiore a **trenta giorni dalla pubblicazione.**

# Decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53

## INEFFICACIA DEL CONTRATTO

Art. 9, comma 1 INEFFICACIA “OBBLIGATORIA” IN CASO DI GRAVI VIOLAZIONI (art. 245-bis del codice)

Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi:

- a)** se l'aggiudicazione definitiva e' avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione e' prescritta dal presente codice;
- b)** se l'aggiudicazione definitiva e' avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione e' prescritta dal presente codice;
- c)** se il contratto e' stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento;
- d)** se il contratto e' stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

# Decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53

## INEFFICACIA DEL CONTRATTO

### DEROGHE ALL' INEFFICACIA OBBLIGATORIA (art. 245- bis del codice)

- **Art. 9, comma 2** → in caso di **esigenze imperative** connesse ad un **interesse generale** (non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto)
- **Art. 9, comma 5** → in caso di **avviso volontario di trasparenza ex ante**

# Decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53

## Art. 10 **INEFFICACIA DEL CONTRATTO NEGLI ALTRI CASI** (art. 245-ter)

Fuori dei casi indicati dagli articoli 245-bis e 245-quater, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva, valutate tutte le circostanze, stabilisce se dichiarare il contratto inefficace, fissandone la decorrenza.

# Decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53

Art. 11 - **SANZIONI ALTERNATIVE** (Art. 245 -quater)

Ambito di applicazione:

- nei casi in cui, nonostante le violazioni di cui al comma 1, il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata ([art. 245-bis, comma 4](#));
- nei casi in cui il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio ovvero è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria della stipulazione ma tali violazioni non abbiano privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbiano influito sulle opportunità del ricorrente di ottenere l'affidamento ([art. 245-quater, comma 3](#)).

# Decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53

Art. 11- SANZIONI ALTERNATIVE (Art. 245-quater )

Tipologia:

- a) sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di importo dallo **0,5 %** al **5 %** del valore del contratto
- b) riduzione della durata del contratto, ove possibile, da un minimo del **10 %** ad un massimo del **50 %** della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo.

# FORME DI COOPERAZIONE PUBBLICO-PUBBLICO

- La Commissione europea ha avviato sull'argomento (nell'ambito del Comitato consultivo appalti pubblici) una riflessione con gli Stati membri al fine di valutare se sia necessario un chiarimento ed un approfondimento a livello comunitario.

# FORME DI COOPERAZIONE PUBBLICO-PUBBLICO

***Neutralità del diritto degli appalti pubblici dell'UE rispetto alla scelta da parte delle amministrazioni aggiudicatrici delle modalità con cui realizzare le finalità di interesse pubblico ad esse affidate***

# FORME DI COOPERAZIONE PUBBLICO-PUBBLICO

- *Pertanto le amministrazioni aggiudicatrici possono liberamente scegliere di realizzare i loro compiti tramite:*
- *risorse proprie (da sole oppure in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici)*
- *risorse esterne: il diritto comunitario in materia di appalti pubblici deve essere applicato se l'amministrazione aggiudicatrice decide di rivolgersi al mercato e conclude un contratto a titolo oneroso con un soggetto giuridico distinto, a prescindere dalla circostanza che tale soggetto sia pubblico o privato.*

## Finalità di interesse pubblico realizzate tramite risorse proprie: casi di *non applicazione diritto appalti*

- Nel caso in cui una amministrazione aggiudicatrice realizzi un compito pubblico tramite proprie risorse, in modo che non venga concluso un contratto con un soggetto esterno ma vengono utilizzate risorse interne alla propria organizzazione, il diritto comunitario degli appalti pubblici non si applica.
- Nel caso in cui dette finalità di interesse pubblico vengono realizzate **in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici**, ma senza remunerazione, non si tratta di una prestazione di servizi ai sensi del diritto comunitario e pertanto *non si applica la normativa sugli appalti.*

# cooperazione a titolo oneroso

- Se, invece, le amministrazioni aggiudicatrici concludono un contratto a titolo oneroso tra di loro, si pone il problema se si applichi o meno il diritto comunitario in materia.

# Forme di cooperazione

- esistono due tipologie di cooperazione :
- Cooperazione orizzontale
- Cooperazione verticale

# cooperazione orizzontale: possibile applicazione diritto appalti

- La possibilità dell'applicazione del diritto comunitario sugli appalti pubblici nel caso di collaborazione tra amministrazioni aggiudicatrici è riconosciuta dalla Corte di Giustizia che ha giudicato non conforme alle direttive comunitarie sugli appalti la normativa nazionale che escluda, a priori, l'applicazione delle stesse direttive alle forme di cooperazione pubblico-pubblico, ovvero tra amministrazioni aggiudicatrici.
- *Al riguardo si segnala la sentenza nella **causa C 84/03** con la quale la Corte di Giustizia ha condannato il Regno di Spagna per non aver correttamente trasposto le direttive 36 e 37 del '93, rispettivamente disciplinanti gli appalti pubblici di forniture e gli appalti pubblici di lavori, in quanto ha totalmente escluso dall'ambito di applicazione della legge di trasposizione gli accordi di collaborazione stipulati tra le amministrazioni pubbliche e gli altri enti pubblici.*

# cooperazione orizzontale: non applicazione diritto appalti

- Di notevole rilevanza è la recente sentenza (giugno 2009) della Corte di Giustizia nella **causa C – 480/06** (Città di Amburgo).
- In tale sentenza **la Corte ha ribadito che un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti** mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e che può farlo altresì **in collaborazione con altre autorità pubbliche** (v. sentenza Coditel Brabant, cit., punti 48 e 49).
- La Corte ha pertanto riconosciuto legittimo il contratto concluso direttamente tra quattro circoscrizioni amministrative tedesche e i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo finalizzato allo smaltimento dei rifiuti. Secondo la Corte, tale contratto istituisce una **cooperazione tra enti locali finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi**, ossia lo smaltimento di rifiuti.
- Dalle pattuizioni del contratto emerge che **la cooperazione** posta in essere tra i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo e i quattro Landkreise interessati **non dà luogo**, tra tali soggetti, **a movimenti finanziari diversi da quelli corrispondenti al rimborso** della parte di oneri a carico di detti Landkreise pagata al gestore dai suddetti servizi per la nettezza urbana.

# La cooperazione orizzontale nel nostro ordinamento

- Nel nostro ordinamento il principio della cooperazione tra amministrazioni pubbliche trova riconoscimento generale nell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale prevede che le amministrazioni pubbliche possano sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.

# La giurisprudenza nazionale

- sentenza del **TAR Lombardia (sentenza n. 74 del 19 gennaio 2010)** nella causa promossa da diversi Ordini professionali contro il Comune di Pavia per l'affidamento all'Università di Pavia dell'incarico di studio e di consulenza tecnico-scientifica per la redazione del Piano di governo del territorio. I ricorrenti sostengono che, essendo il caso di specie da qualificarsi come appalto di servizi, l'affidamento doveva essere preceduto da una gara. Il Tar ha dato ragione al Comune, affermando che un'autorità pubblica può adempiere ai compiti ad essa incombenti mediante propri strumenti, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi, anche in collaborazione con altre autorità pubbliche. Il diritto comunitario, infatti, consente alle amministrazioni aggiudicatrici di stipulare un accordo a titolo oneroso con altra amministrazione pubblica cui affidare il servizio, in alternativa allo svolgimento di procedure di evidenza pubblica di scelta del contraente. Tale principio, afferma il TAR, trova applicazione nel nostro ordinamento principalmente nella disposizione di cui all'articolo 15 della legge n°241 del 1990.

# La giurisprudenza nazionale

- Si tratta però di giurisprudenza per niente pacifica. Infatti, in senso opposto vanno due sentenze (di qualche giorno più recenti) del **TAR Puglia (sentenze 02/02/2010 n. 417 e n. 418)**.
- Si tratta di due affidamenti della ASL di Lecce all'Università del Salento: il primo riguarda lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica di strutture ospedaliere; il secondo concerne l'incarico di progettazione di una nuova struttura ospedaliera.
- Il TAR Puglia ha riconosciuto nei due suddetti affidamenti l'esistenza di un rapporto a carattere indubbiamente sinallagmatico (contratto). Non è infatti applicabile la disposizione dell'articolo 15 della legge 241/1990, in quanto i casi di specie si pongono al di fuori di una effettiva collaborazione nello svolgimento di un'attività pubblica e manca uno specifico interesse comune.

## Conclusioni

### Riflessioni della Commissione europea

- La Commissione, sulla base delle giurisprudenza della Corte di Giustizia, ritiene ammissibile una forma di cooperazione orizzontale tra amministrazioni aggiudicatrici, che comporta la conclusione di contratti non coperti dalla normativa comunitaria, qualora ricorrano le seguenti condizioni:
  - **1) Solo entità pubbliche**
  - Non devono essere coinvolte entità private o miste.
  - **2) Cooperazione**
  - **3) Perseguimento di interessi esclusivamente pubblici**

## 2) Cooperazione

- 
- La cooperazione deve essere finalizzata ad assicurare la realizzazione congiunta di un servizio pubblico che tutti i partners della cooperazione debbono assicurare, anche se non è necessario che ogni partner partecipi in ugual modo nell'effettiva realizzazione, in quanto è possibile una ripartizione dei compiti o una specializzazione.
- In ogni caso deve esserci un effettiva condivisione di compiti pubblici e responsabilità. Tale cooperazione non deve comportare trasferimenti finanziari tra i partner, a parte quelli corrispondenti ai costi effettivi sostenuti per la realizzazione delle prestazioni .

### ***3) Perseguimento di interessi esclusivamente pubblici***

- La cooperazione deve avere come obiettivo l'esclusivo perseguimento di interessi pubblici e non deve coinvolgere anche considerazioni di natura commerciale.
- Pertanto, a seconda delle circostanze della cooperazione, potrebbe essere necessario che le attività realizzate dai partner della cooperazione pubblica al di fuori della cooperazione stessa, ad es. sul mercato competitivo, siano limitate. Le attività che non rimangono incidentali rispetto all'attività pubblica principale degli enti potrebbero mettere in discussione il fatto che la cooperazione sia finalizzata unicamente al perseguimento di interessi pubblici . Ciò in ragione del fatto che i partner della cooperazione pubblica che allo stesso tempo sono attivi sul mercato perseguono considerazioni proprie di interessi privati diversi dagli obiettivi di interesse pubblico.

# Cooperazione verticale (in house)

- La Corte di Giustizia ha stabilito le regole generali dell'in house nella Sentenza **Teckal**:
- **«l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi [affidatario, n.d.r.] un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi, e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano» [1].**

[1] Causa C-107/98, Teckal, par. 50

# Controllo analogo e partecipazione totalitaria pubblica

- 6.2. Con la sentenza CGCE, 11.01.2005, C-26/03, *Stadt Halle*, la Corte sancisce che il
- “controllo analogo” è qualcosa di più del controllo societario tipico (cioè della “influenza
- dominante” che un socio può esercitare sulla società): da qui l’incompatibilità della figura del
- “controllo analogo” con la presenza di un socio privato nella società di cui si tratta (nel caso
- *Stadt Halle* l’azionista di minoranza deteneva una partecipazione pari al 25% del capitale).

## Controllo analogo: la partecipazione pubblica totalitaria- elemento non decisivo

- Con la sentenza CGCE 23.11.2005, C-458/03, *Parking Brixen*, la Corte sancisce che il
- controllo totalitario del capitale non è sufficiente a configurare il “controllo analogo”, quando
- siano in corso programmi (o comunque possibilità concrete) di privatizzazione, anche parziale, della società; e, inoltre, sia previsto un programma di espansione imprenditoriale dell’attività della società medesima, affidato alle scelte autonome dell’organo amministrativo.

# ***Controllo analogo (dipendenza organizzativa)***

- In base alla giurisprudenza comunitaria, dalla valutazione di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti, deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni. Si deve trattare di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società.[\[1\]](#)
- [\[1\]](#) Causa C-458/03, Parking Brixen, par. 65; Causa C-371/05, par. 24.

## ***Parte essenziale dell'attività (dipendenza economica)***

- Il secondo requisito fondamentale perché si possa considerare legittimo un affidamento *in house* è la circostanza che il soggetto affidatario svolga la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che lo controllano. Tale condizione è dettata allo scopo di evitare che sia falsato il gioco della concorrenza nel caso in cui un'impresa controllata da uno o più enti sia attiva sul mercato e possa pertanto entrare in concorrenza con altre imprese.

# ***Parte essenziale dell'attività (dipendenza economica)***

- Nella sentenza C-340/04 –Carbotermo- la Corte ha chiarito il concetto di “parte essenziale dell'attività” [\[1\]](#):  
*“... si può ritenere che l'impresa in questione svolga la parte più importante della sua attività con l'ente locale che la detiene, solo se l'attività di detta impresa è principalmente destinata all'ente in questione e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale. Per verificare se la situazione sia in questi termini il giudice competente deve prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative.*

[\[1\]](#) Carbotermo, par. 63-68

## ***Parte essenziale dell'attività (dipendenza economica)***

- Nel caso in cui diversi enti locali detengano un'impresa, la condizione relativa alla parte più importante della propria attività può ricorrere qualora l'impresa in questione svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o quell'ente locale ma con tali enti complessivamente considerati. Di conseguenza, l'attività da prendere in considerazione nel caso di un'impresa detenuta da vari enti locali è quella realizzata da detta impresa con tutti questi enti.[\[1\]](#)

[\[1\]](#) Carbotermo, par. 70-71.

# Evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia

- Da un approccio inizialmente piuttosto restrittivo nel prescrivere le condizioni di sussistenza del rapporto «in house», tale giurisprudenza sembra successivamente essere divenuta più flessibile.

## Evoluzione del requisito della partecipazione pubblica totalitaria.

- nella sentenza del 17 luglio 2008, C-371/05 *ASI Comune di Mantova.*, sembra prevalere un approccio concreto e sostanzialistico: la presenza dei soci privati viene considerata ostativa dell'affidamento diretto solo se tale partecipazione sussista al momento della stipula della convenzione. Non è necessario, quindi, che lo statuto societario escluda la partecipazione nel capitale di privati, anzi, l'eventuale previsione, sia pure in astratto, non osta alla nascita del rapporto "in house".

# Ulteriori evoluzioni nelle sentenze più recenti

la sentenza CGCE, 10.09.2009, *SeTCo*, che decide una questione relativa ad una società di diritto comune, soggetta a controllo congiunto di più enti pubblici, riafferma e precisa i principi affermati dalla giurisprudenza precedente. In particolare, dalla sentenza si traggono le seguenti statuizioni:

- *a) la circostanza che il soggetto aggiudicatario sia costituito in forma di società di capitali non esclude l'applicazione dell'eccezione Teckal (non esclude, in altri termini, la possibilità di "controllo analogo") [§ 41];*
- *b) la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale della società di cui si tratta esclude però che possa parlarsi di "controllo analogo" (§ 46);*

# Ulteriori evoluzioni nelle sentenze più recenti

- *c) l'esistenza di una partecipazione privata dev'essere valutata al momento dell'affidamento dell'appalto; all'esistenza attuale della partecipazione privata dev'essere equiparata la potenzialità in concreto (cioè l'esistenza di procedure di privatizzazione, già avviate o comunque imposte dalla legge); non rileva invece la sola potenzialità astratta, discendente dalla disciplina generale societaria (§§ 47-51);*
- *d) il "controllo analogo" non è necessariamente un controllo individuale; è opportuno anzi favorire il fenomeno dell'associazionismo fra enti pubblici al fine della gestione di servizi in comune (§§ 55-56);*
- *e) il "controllo analogo" può essere dunque anche un controllo congiunto, che può esprimersi anche attraverso la partecipazione dell'azionista ad organi collegiali; occorre comunque un controllo congiunto, in termini tali che l'ente affidante abbia "una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti" della società affidataria (§§ 58-65);*

# Ulteriori evoluzioni nelle sentenze più recenti

- f) il fatto che lo statuto consenta lo svolgimento in via accessoria di servizi a favore di committenti privati “non è sufficiente per ritenere che detta società abbia una vocazione commerciale che rende precario il controllo di enti che la detengono” (§ 79);
- g) la validità di clausole statutarie, che derogano a norme del diritto societario interno, al fine di rafforzare il controllo sulla gestione societaria da parte degli enti pubblici soci è “una questione interpretativa delle norme nazionali, la cui soluzione incombe al giudice di rinvio”
- (§ 88).