

**Anche quando un soggetto pubblico non è direttamente tenuto all'applicazione di una specifica disciplina per la scelta del contraente, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (ritraibili principalmente dagli articoli 43 e 55 de**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

E' evidente come la determinazione del valore dell'appalto, rilevante ai fini del superamento della soglia comunitaria, non possa dipendere dalle offerte delle concorrenti, in quanto altrimenti si giungerebbe all'irragionevole conseguenza che le stazioni appaltanti non sarebbero in grado al momento dell'indizione della procedura di stabilire se la soglia è superata o meno e, quindi, di individuare la disciplina applicabile.

?

Si parla di concessione di servizi qualora i rischi della gestione del servizio ricadono sull'aggiudicatario il quale se ne assume tutte le responsabilità? e il cui compenso deriva da quanto l'utente paga per il servizio reso a differenza dell'appalto di servizi nel quale è l'amministrazione che paga l'aggiudicatario.

?

Il Consiglio di stato con la decisione numero 6368 del 15 novembre 2005 ci insegna la differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi.

?

< nell'appalto di servizi: l'amministrazione paga l'aggiudicatario per la prestazione di un servizio reso

in suo favore.>

?

mentre

?

< nello schema? della concessione di servizio, ad esempio, l?aggiudicatario si impegna a corrispondere al Consorzio una determinata somma per ogni cartello segnaletico e la remunerazione della sua attivit? deriva dalla percezione degli introiti da parte delle imprese interessate al servizio.

?

Qui ? l?aggiudicatario che paga l'amministrazione per poter gestire il servizio relativo alla segnaletica, rivolto ai privati (imprese della zona industriale) e retribuito a carico di privati attraverso il pagamento di un? corrispettivo.

?

Nel caso di specie, quindi, i rischi di gestione del servizio ricadono sull?aggiudicatario, il quale pu? rifarsi sull?utente e si assume la responsabilit? di gestione>

?

?

In tema di giurisdizione, merita sottolineare quanto segue:

?

< Trattandosi della concessione di un pubblico servizio, sussiste, di conseguenza, la giurisdizione del giudice amministrativo sulla base dell'art. 33 del D. Lgs. n. 80/1998, nel testo risultante a seguito della pubblicazione della sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale, secondo cui sono devolute alla giurisdizione del G.A. le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio >

?

ma vi è di più?

?

<Del resto, già in passato la giurisprudenza, con riferimento alla trattativa privata, aveva abbandonato l'orientamento, secondo cui non vi sono interessi legittimi, svolgendo trattativa esclusivamente sul piano dell'autonomia negoziale privata, affermando invece che **sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sia in caso di contestazione del ricorso alla trattativa, sia in ipotesi di violazione delle regole procedurali adottate dall'amministrazione o, più in generale, dei principi di imparzialità e di logicità** (cfr., Cons. Stato, V, n. 1577/96; IV, n. 125/97; V, n. 112/99; VI, n. 1018/99; V, n. 2079/2000, VI, n. 1206/2001 e per quanto concerne la contestazione dell'utilizzo della trattativa privata Cass., Sez. Unite, n. 11619/98).

?

Sulla base di tali considerazioni deve quindi ritenersi che **quando una amministrazione sia comunque obbligata a seguire un procedimento per la scelta del contraente, che garantisca la trasparenza, l'imparzialità e la par condicio, tale procedura e il provvedimento di aggiudicazione assumono la natura di atti amministrativi che incidono su posizioni di interesse legittimo, con**

**conseguente devoluzione delle relative controversie al giudice? Amministrativo>**

?

?

A questo proposito giova aggiungere tre considerazioni:

?

### **1. tutta l'attività amministrativa deve tener conto dei principi comunitari**

?

Legge 241/90 s.m.i. come novellata dalla Legge 15 del 2005

Capo I - Principi

Art.1. Principi generali dell'attività amministrativa

1. L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, **nonché dai principi dell'ordinamento comunitario.**

1-bis. La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.

1-ter. I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi

di cui al comma 1.

2. La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria

?

## **2. i principi comunitari devono essere comunque osservati**

?

Anche per gli appalti di modesto rilievo economico, valgono alcune regole "etiche" europee

Le stazioni appaltanti devono rispettare i principi fondamentali del Trattato CEE

????????????????? Il ministero per le politiche comunitarie nella persona del suo responsabile, ministro Buttiglione, con la circolare numero 8756 del 6 giugno 2002 ha inteso porre alcuni fondamentali principi in tema di normativa applicabile agli appalti pubblici "sottosoglia"

Alcuni contratti di appalti, sebbene per il loro modesto importo risultino essere esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie, sono comunque soggetti ad alcuni fondamentali principi di diritto primario dettati dal Trattato CEE quali ad esempio:

il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità;

la parità di trattamento;

le norme relative alla libera circolazione delle merci,

le norme relative alla libertà di stabilimento;

le norme relative alla libera prestazione di servizi;

il rispetto del principio di trasparenza

a cui le amministrazioni devono adeguare il proprio operato.

### **3. Anche le nuove direttive europee ne parlano**

?

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 - 2° considerando

?

L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare

ai principi della libera circolazione delle merci,

della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi,

nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento,

di non discriminazione,

di riconoscimento reciproco,

di proporzionalità? e

di trasparenza.

Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia ? opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato.

?

Relativamente alla normativa sui disabili, ovvero per quanto concerne l'applicazione dell'art. 17 della legge n. 12.03.1999, n. 68 va ancora osservato che:

?

<In ordine all'interpretazione del citato art. 17, la giurisprudenza maggioritaria ritiene che l'adempimento previsto da tale disposizione si configuri **come requisito di partecipazione alla gara e non come condizione dell'aggiudicazione e che, pertanto, la relativa certificazione deve essere prodotta al momento della presentazione della domanda**

?

E' stato anche aggiunto che la norma ha un chiaro contenuto di ordine pubblico e la sua applicazione non viene fatta dipendere dall'inserimento o meno dell'obbligo ivi previsto fra le specifiche clausole di concorso delle singole gare. Di conseguenza il bando, che non contenga alcun riferimento agli obblighi derivanti dalla norma legislativa anzidetta, deve intendersi dalla stessa comunque integrato, ponendosi

tutt'al pi? un problema di illegittimit? della clausola del bando che espressamente disponga in difformit?>

?

ATTENZIONE PERO??.

?

<In presenza di un sostanziale svolgimento di una trattativa privata? ?procedimentalizzata? si ritiene che non possa farsi applicazione della descritta rigorosa interpretazione del citato art. 17 e che sia , invece, sufficiente che la prescritta dichiarazione sia ?preventivamente? prodotta dall'impresa prima della conclusione della procedura, caratterizzata ? si ripete ? da un minor grado di formalit? e che per tale connotato mal si presta ad essere ?eterointegrata? dalla citata disposizione di legge>

?

A? cura di Sonia LAZZINI

- qui la decisione

<https://www.diritto.it/anche-quando-un-soggetto-pubblico-non-e-direttamente-tenuto-all-applicazione-di-un-a-specifica-disciplina-per-la-scelta-del-contraente-il-rispetto-dei-principi-fondamentali-dell-ordinamento-comunitar/>