

# L'appalto di servizi nella disciplina nazionale e comunitaria

**Autore:** Redazione

**In:** Diritto civile e commerciale

**di Antonio Floris**

\*\*\*

## LA NOZIONE DI APPALTO

Il contratto d'appalto per l'art.1655 del codice civile si caratterizza per il fatto che una parte - detta appaltatore - assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, la realizzazione di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro fornito dal committente o appaltante[i]. L'Appalto pubblico è un istituto analogo a quello previsto dal diritto civile, ne differisce, principalmente, per la maggiore ristrettezza in ordine alla sua applicazione, perché, nell'ordinamento amministrativo, il conferimento a privati dell'esercizio di servizi di cui sono titolari gli enti pubblici avviene attraverso l'istituto della concessione e non mediante appalto[ii]. L'appaltatore, che si impegna ad eseguire l'opera o a garantire il servizio, esercita un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi; è pertanto un imprenditore ai sensi dell'art. 2082 del codice civile. L'art. 19 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, "Legge quadro in materia di lavori pubblici", come novellato dalla L. n. 415/98, cit., definisce l'appalto di opera pubblica come il contratto a titolo oneroso concluso per iscritto da un imprenditore con una Amministrazione aggiudicatrice. L'appalto pubblico è lo strumento principale attraverso cui il soggetto, la Pubblica Amministrazione, realizza la domanda pubblica di beni e servizi per il raggiungimento dei suoi fini istituzionali, "l'appalto di lavori può avere ad oggetto l'esecuzione di lavori pubblici oppure congiuntamente l'esecuzione o la progettazione o, infine, l'esecuzione con qualsiasi mezzo di un'opera pubblica avente autonomia funzionale e rispondente alle esigenze dell'ente appaltante" [iii] , caratterizzandosi per il fatto che una delle parti è sempre una Pubblica Amministrazione.

Nell'ambito di tale attività contrattuale si registra l'intervento più profondo della normativa comunitaria. Alla normativa generale contenuta nel codice, si affianca una serie di norme speciali, che variano a seconda del tipo di appalto, e si pongono in via accessoria, talvolta derogatrice, rispetto alla disciplina generale. Tuttavia l'appalto pubblico non è limitato al solo appalto di opere pubbliche: negli anni novanta il panorama legislativo ha subito significativi mutamenti in questo campo con l'inserimento delle nuove figure dell'appalto di forniture (d.lgs.4 luglio 1992 n. 358; d.lgs.20 ottobre 1998 n. 402) e dell'appalto di servizi (d.lgs.17 marzo 1995 n. 157). Ci si vuole, infatti, uniformare a criteri di efficienza, trasparenza e correttezza, nel rispetto della libera concorrenza tra gli operatori.

L'appalto pubblico si compone di tre distinte tipologie:

L'appalto di opere pubbliche è sicuramente quello più conosciuto e usato; ha per oggetto la realizzazione

di un'opera pubblica (una strada, un ponte, un edificio scolastico, un tratto di ferrovia, ecc.) che soddisfi in via diretta ed immediata un interesse pubblico prevalente<sup>[iv]</sup> in conformità alle norme contenute nella legge e nel regolamento di contabilità generale dello stato, nonché alle norme contenute in varie leggi speciali. Fra queste meritano di essere ricordate soprattutto la l. 2 febbraio 1973 n. 14, la l. 8 agosto 1977 n. 584 e la l. 3 gennaio 1978 n. 1. La prima riguarda i procedimenti di gara negli appalti di opere pubbliche mediante licitazione privata e comporta il superamento del tradizionale principio di preferenza per l'asta pubblica. La seconda legge adegua le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive CF-E n. 304/71 sono regolati da capitolati d'onori, che si distinguono in generali e speciali<sup>[v]</sup>. Quasi tutte le amministrazioni dello stato hanno propri capitolati. Quello di più larga applicazione è il Capitolato generale per gli appalti delle opere dipendenti dal Ministero dei lavori pubblici, approvato con d.p.r. 16 luglio 1962 n. 1063.

L'appalto di forniture consiste nella consegna, a carattere periodico e continuativo, all'appaltante di determinate quantità di beni mobili<sup>[vi]</sup>. L'appalto viene a essere definito di fornitura allorché sia riferito a esigenze di una pubblica amministrazione, manifestate nell'esercizio delle proprie funzioni (attribuite dalla legge), e sia attinente alla conclusione di contratti aventi a oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione, l'acquisto a riscatto con o senza opzioni per l'acquisto, conclusi per iscritto tra un fornitore e una pubblica amministrazione (art.2 d.lgs. n. 358 del 1992). Il d.lgs. 24 luglio 1992 n. 358 è intervenuto per adeguare la nostra legislazione alla direttiva CEE n. 295/88, relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti di pubbliche forniture. In base a tale decreto di recepimento, nell'aggiudicare gli appalti di forniture le amministrazioni devono provvedere mediante gare aventi la forma del pubblico incanto, della licitazione privata, dell'appalto concorso e della trattativa privata. Le amministrazioni aggiudicatrici possono ricorrere alla licitazione privata e all'appalto concorso solo in casi debitamente motivati. Per ciò che attiene alle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, bisogna invece tener presente il d.lgs. 19 dicembre 1991, in recepimento della direttiva CEE n. 89/440; le forme di scelta del contraente in esso previste sono le medesime già osservate nel settore delle pubbliche forniture con la sola differenza che, per quanto riguarda i lavori pubblici il ricorso al metodo della licitazione privata risulta meno libero e frequente. Rispetto all'intero sistema degli appalti rimane comunque eccezionale l'utilizzazione della trattativa privata come sistema di scelta del contraente da parte dell'amministrazione appaltatrice.

L'appalto di servizi consiste in un facere, quindi nella prestazione di un'attività che si realizza nell'obbligo in capo all'appaltatore di fornire un servizio a fronte di un corrispettivo predeterminato in accordo con il committente.

## LA NORMATIVA DI RIFERIMENTO DEGLI APPALTI

La materia degli appalti pubblici in atto è oggetto di disciplina normativa promanante da fonti diverse, nazionali e sovranazionali. I principi fondamentali cui deve essere ispirata la disciplina del sistema degli appalti pubblici è contenuta nei trattati istitutivi della Comunità. La normativa comunitaria nel corso di questi ultimi anni ha preso in particolare attenzione la materia dell'attività negoziale della Pubblica Amministrazione. Tali disposizioni, per lo più Direttive dettagliate, hanno trovato quasi sempre - immediata efficacia nell'ordinamento interno dei singoli Stati membri<sup>[vii]</sup>. Tali disposizioni sono particolarmente rivolte alle procedure di aggiudicazione, al fine di salvaguardare la libera concorrenza e

la trasparenza del mercato, ma non fanno alcun riferimento alla disciplina sostanziale dei singoli contratti (modalità di esecuzione della prestazione, garanzie, ecc.), in quanto questa è una peculiarità della normativa interna, la quale cerca di assicurare l'imparzialità e la legittimità dell'azione amministrativa, garantendo al tempo stesso il buon andamento di questa e la tutela dell'erario. In ogni caso, le finalità rispettivamente perseguite dalle due normative, comunitaria e nazionale, si presentano strettamente connesse, si condizionano ed interagiscono tra loro. La normativa degli appalti si fonda sulla separazione dei settori prevista dalla disciplina comunitaria, la quale tiene conto sostanzialmente della natura del contratto più che delle modalità di esecuzione della prestazione.

Il quadro di riferimento delle principali norme comunitarie e nazionali in riferimento alle tipologie di appalto precedentemente considerate è il seguente:

- Appalti di lavori pubblici: la Direttiva 93/37/CEE (sostitutiva della 89/440/CEE), la legge quadro n. 109/94 sui lavori pubblici, conosciuta anche come "legge Merloni", modificata poi dalla legge 216/95. Il 18 novembre 1998 è stata varata la legge n. 415 (c.d. "Merloni ter") che, con il regolamento di attuazione, D.P.R. 21.12.99 n. 554 e successive modifiche e integrazioni, il D.P.R. n. 34 del 2000 in tema di qualificazione, il D.M. 145 del 2000, nuovo capitolato generale di appalto ed il D.M. 21.6.2000, in tema di programmazione, sostanzialmente completano la normativa sugli appalti di opere pubbliche.

- Appalti di forniture: la Direttiva 93/36/CEE e il Testo Unico emanato con D.Lgs. n. 358 del 24 luglio 1992 per forniture il cui valore di stima sia pari o superiore alla soglia comunitaria; sulla Gazzetta Ufficiale del 25 novembre 1998 è stato pubblicato il D.Lgs. n. 402 del 20 ottobre 1998 che, recependo la direttiva europea 97/52/CEE, cambia in maniera sostanziale il Testo Unico del 1992; per gli appalti di forniture (e, per taluni, anche di servizi, "sotto soglia", trova applicazione, invece, il D.P.R. 18.4.1994, n. 573.

- Appalti nei settori cosiddetti "esclusi": (acqua, energia, trasporto e telecomunicazioni): la Direttiva 93/38/CEE recepita dal D.Lgs. n. 158 del 17 marzo 1995, come modificata dalla successiva 97/52/CEE che si occupa indifferentemente di appalti di lavori, forniture e servizi, purché appartengano ai settori esclusi. I settori "esclusi" sono stati stralciati dalle direttive base per ovviare ai problemi che, in tutta la Comunità, tali settori presentano in virtù delle loro specifiche caratteristiche unitamente alla loro fondamentale importanza economica e strategica per gli Stati membri.

- La procedura di scelta del contraente e di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi è regolata dalla direttiva 18 giugno 1992 n.92/50 CEE del Consiglio della Comunità economica europea, recepita dal legislatore italiano con decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157 , da ultimo modificato dal D.Lgs. 25 febbraio 2000 n. 65.

#### RILEVANZA COMUNITARIA DELL'APPALTO DI SERVIZI

La procedura di scelta del contraente e di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi è regolata dalla direttiva 18 giugno 1992 n.92/50 CEE del Consiglio della Comunità economica europea. Tale disposizione è stata recepita italiano con decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157 dal legislatore; ed è applicata a tutti contratti di appalti di servizi di importo superiore alla soglia comunitaria, e che siano prevalentemente contratti di servizi, nel senso che qualora prevedano anche l'esecuzione di lavori e/o forniture la contemplino solo in via accessoria e marginale. La direttiva 92/50/CEE ci offre una nozione molto ampia di appalti pubblici di servizi, definendoli contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi, persona fisica o giuridica o ente pubblico fornitore di servizi e un'amministrazione

aggiudicatrice (Stato, enti locali, organismi di diritto pubblico), aventi ad oggetto le prestazioni di servizi elencati negli allegati 1 e 2 della direttiva stessa. Occorre sottolineare immediatamente che l'ottica della normativa comunitaria differisce da quella interna, infatti la disciplina comunitaria appare finalizzata al perseguimento dell'obiettivo della libera concorrenza, dei principi di trasparenza, di non discriminazione, di pubblicità, di tutela dei diritti fondamentali e di mutuo riconoscimento attraverso l'organizzazione di una pubblicità comunitaria sufficiente per lo sviluppo di un'effett

iva concorrenza tra gli operatori economici degli stati membri, il divieto di prescrizioni tecniche aventi effetto discriminatorio, la creazione di procedure (aperte o ristrette) idonee a garantire la par condicio tra le

imprese comunitarie con la tassativa enumerazione dei casi in cui le amministrazioni

ni aggiudicatrici possono derogare a tali procedure, l'individuazione di criteri qualitativi di selezione ai quali le stazioni appaltanti devono

necessariamente attenersi per. La finalità della normativa interna appare, come si dirà a breve, invece quella di assicurare l'imparzialità e la legittimità dell'azione amministrativa, garantendo nel contempo il buon andamento di questa e la tutela dell'erario. Per giurisprudenza costante della Corte di Giustizia dall'art.5 del Trattato discende l'obbligo per gli Stati

membri di garantire la corretta applicazione del diritto comunitario[viii]. Coerentemente la Corte costituzionale, nella nota sentenza n. 170 dell'8 giugno 1984, ribadisce il regolamento comunitario va sempre applicato, sia che segua sia che preceda nel tempo le leggi ordinarie con esso incompatibili: e il giudice nazionale investito della relativa applicazione potrà giovare dell'ausilio che gli offre lo strumento della questione pregiudiziale di interpretazione, ai sensi dell'art.177 del Trattato. Pertanto non solo i magistrati sono obbligati alla disapplicazione delle disposizioni nazionali in contrasto con la normativa comunitaria ma anche i funzionari della Pubblica Amministrazione devono attenersi nella loro azione istituzionale a tali principi generali[ix].

## IL SERVIZIO PUBBLICO

Il concetto comunitario di servizio è riferito ad una vasta serie di attività, tra loro assai eterogenee a differenza di ciò che accade nelle altre due tipologie di appalto, quello di lavori e quello di forniture. Le disposizioni comunitarie non hanno fornito una definizione di servizio, limitandosi ad escludere dalla sfera di applicazione della direttiva di riferimento determinati contratti e individuando, nei rispettivi allegati, due tipologie di attività cui applicare, in tutto o in parte, le norme contenute nella direttiva. Il primo allegato elenca categorie di servizi detti "prioritari", per i quali è prevista l'applicazione integrale delle regole procedurali del decreto; il secondo allegato elenca invece i servizi "residuali", ivi compresi, alla categoria 27 gli "altri servizi", ovvero tutti i servizi non precedentemente elencati, per i quali valgono solo le norme finalizzate alla pubblicità e alla trasparenza. Obiettivo della normativa comunitaria sui servizi è la liberalizzazione degli appalti pubblici di servizi, che a sua volta dovrebbe realizzare un'altra delle finalità del Trattato, cioè la maggiore mobilità dei prestatori di servizi, lo scambio di idee e tecnologie e il miglioramento della quantità delle prestazioni. Al fine dell'individuazione dell'attività di servizio viene generalmente fatto richiamo a quanto indicato all'art.60 del Trattato CEE che include nei servizi tutte le attività di carattere industriale, commerciale, artigianale oltre alle attività comprese in libere professioni. Dal che si evince che l'appalto di servizi, per il legislatore comunitario, rappresenta la categoria residuale

dei contratti d'appalto, cui ricorrere ogni qualvolta ci si trovi innanzi a contratti di appalto non compresi nell'elenco dettato dell'art.1 lettera a) della direttiva 92/50/CEE, che indica tassativamente i contratti di appalti pubblici ai quali non può essere applicata la direttiva stessa.

#### L'APPALTO DI SERVIZI NELLA NORMATIVA NAZIONALE

La Costituzione italiana dispone all'art.43 che "ai fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali (omissis)" a carattere di preminente interesse generale. Il legislatore italiano, ha dettato una normativa in tema di appalti di servizi assai dettagliata al fine di assicurare quel principio di buon andamento di cui all'articolo 97 della Costituzione, canone informato ai principi di qualità, efficienza, efficacia, trasparenza, correttezza[x].

Con D.L.gs. 17-3-1995, n. 157 modificato da ultimo dal D.Lgs. 65/2000 sono state disciplinate, in attuazione della direttiva comunitaria del 1992, gli appalti di servizi pubblici che vedono come committenti le amministrazioni dello Stato, le Regioni, le Province autonome di Trento e Bolzano, gli enti pubblici territoriali e non, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico comunque denominati (elencati nell'allegato 7 al decreto in modo non esaustivo). La normativa prevede dettagliatamente le procedure di scelta del contraente ed i criteri di aggiudicazione, perseguendo sostanzialmente gli stessi moduli operativi di cui alla legge 109/1994[xi][xii]. A tal proposito, l'art.22 della Legge 142/90 (ora 113 del D.Lgs. n.267 del 2000) sull'ordinamento delle autonomie locali, dispone che i comuni o le province, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedano alla gestione dei servizi pubblici aventi ad oggetto produzioni di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali. Come si è detto tali disposizioni normative si applicano per tutti contratti di appalti di servizi il cui valore di aggiudicazione sia superiore alla soglia comunitaria, e che siano prevalentemente contratti di servizi, nel senso che qualora prevedano anche l'esecuzione di lavori e/o forniture la contemplan solo in via accessoria e marginale. In tutti questi casi che sfuggono alle previsioni della normativa comunitaria il regime giuridico di aggiudicazione è disciplinato dalla normativa nazionale. Su quale sia però la normativa nazionale applicabile c'è discordanza sia in dottrina che in giurisprudenza. Alcuni ritengono applicabile, anche per ragioni di uniformità e semplificazione dell'azione amministrativa, oltre che per ragioni di chiarezza normativa, la disciplina di cui al DPR n.573/1994, anche agli appalti di servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria. A favore di questo orientamento rileva il fatto che le procedure di appalto devono essere espressamente previste da norme di legge e che l'applicazione della normativa suindicata non fa venir meno i principi della concorrenza e della trasparenza dei relativi affidamenti. Secondo un altro orientamento dottrinario, in mancanza di una specifica disciplina per gli appalti di servizi sotto soglia comunitaria, si applica la normativa di carattere generale sull'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione contenuta nei RR.DD. 18.11.1923 n. 2440 e 23.5.1924, n. 827 (legge e regolamento sulla contabilità generale dello Stato) o il regolamento per l'amministrazione e la contabilità degli enti pubblici di cui al DPR 18 novembre 1979 n. 696, contenente il regolamento per l'amministrazione e la contabilità degli Enti pubblici. principalmente contenuti nella legge e nel regolamento di contabilità generale dello Stato. (R.D. 18.11.1923, n. 2440; R.D. 23.5.1924, n. 827 e dal D.PR. 20.04.1994, n. 367). Occorre per altro segnalare che l'evoluzione della disciplina interna

verso i principi posti dalle direttive comunitarie ha portato di recente all'adozione anche di testi normativi che, nel regolamentare l'intera attività contrattuale di singole strutture pubbliche o di suoi settori, fanno esplicito riferimento proprio alla normativa comunitaria, senza alcuna distinzione in funzione dell'importo d'appalto. Questo è del resto quanto emerge nel Libro verde sugli appalti della Commissione dell'Unione nella Comunicazione del 27 novembre 1996, che proprio in riferimento all'estensione della disciplina comunitaria anche agli appalti sotto afferma che "l'aggiudicazione di questi appalti deve avvenire, come per le concessioni e contratti analoghi, nel rispetto delle disposizioni del Trattato CEE in materia di libera circolazione delle merci e dei servizi, nonché dei principi fondamentali di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza che ne costituiscono il corollario".

Così come nell'ordinamento comunitario manca una nozione unitaria di appalto di servizi, così anche nell'ordinamento interno, si intende quindi per servizio pubblico quel complesso di prestazioni di rilevante interesse collettivo effettuato dall'ente pubblico e, in certi casi, dal privato dietro impulso dell'ente pubblico. L'art. 2 del decreto legislativo fornisce un'ampia definizione dei contratti di servizio e fa rientrare in tale definizione tutti i contratti non disciplinati dalle direttive concernenti le pubbliche forniture, i lavori pubblici e quelli aggiudicati nei settori dell'energia, dell'acqua, dei trasporti e del telecomunicazioni.

Il D.Lgs. n. 157/95, analogamente alla Direttiva 92/50/CEE, distingue i servizi in due categorie: attività prioritarie, indicate all'allegato 1 (descritte nella nota n. 8) e attività non prioritarie o residuali, indicate all'allegato 2. Le attività di cui all'allegato 1 sono soggette al rispetto delle procedure indicate negli articoli da 11 a 37 della direttiva, mentre quelle inserite nell'allegato 2 sono sottoposte esclusivamente agli obblighi concernenti le specifiche tecniche e le norme di pubblicità relative alle gare, descritti agli articoli 14 e 16. Le prime sono aggiudicate conformemente alle disposizioni contenute negli articoli da 6 a 32 del decreto legislativo n. 157 del 17 marzo 1995[xiii], ossia in conformità di tutte le regole disciplinanti la materia dei servizi contenuta nel decreto stesso; le seconde sono aggiudicate conformemente soltanto alle disposizioni contenute negli art. 8, comma 3, 20 e 21 del decreto legislativo stesso, ossia con l'osservanza delle prescrizioni tecniche e delle norme concernenti pubblicità delle notizie relative agli appalti aggiudicati, la cosiddetta post informazione. Gli altri servizi elencati nell'allegato IB della direttiva, corrispondente all'allegato 2 del decreto, sono soggetti soltanto a regole di trasparenza finalizzate essenzialmente a raccogliere elementi utili alla eventuale futura applicazione di norme più strette del tipo di quelle applicate agli altri appalti.

#### L'AMMINISTRAZIONE AGGIUDICATRICE

La nozione di organismo di diritto pubblico, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, è unitaria, al di là del settore in cui viene in evidenza includendo anche figure soggettive come l'impresa concessionaria di lavori pubblici, nonostante la mancata inclusione, per il settore dei servizi pubblici, nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici di cui all'allegato VII del d.lgs. 17 marzo 1995 n.157. Conseguentemente, pur in assenza di un'espressa previsione normativa circa l'assoggettamento alla disciplina dell'evidenza pubblica, quest'ultima si applica ai concessionari di lavori pubblici, qualificati come amministrazioni aggiudicatrici dall'art. 2, comma 4, della legge 11 febbraio 1994, n.109, anche quando costoro provvedano all'affidamento di un pubblico servizio.[xiv] Alla nozione di organismo di diritto pubblico fanno riferimento, oltre alla direttiva 92/50, la 93/36 (pubbliche forniture) la 93/37 (lavori pubblici), mentre la

direttiva 93/38 (settori protetti esclusi) utilizza l'espressione "ente di diritto pubblico". La nozione di organismo di diritto pubblico che se ne ricava appare sicuramente più ampia, e dunque comprensiva di quella di ente pubblico, sia esso istituito o riconosciuto espressamente dalla legge, sia esso non espressamente istituito ma dotato di pubblici poteri per il perseguimento di interessi generali. Gli organismi di diritto pubblico sono dunque gli "organismi, dotati di personalità giuridica, istituiti per soddisfare specifiche finalità d'interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dalle regioni, dagli enti locali, da altri enti pubblici o organismi di diritto pubblico, o la cui gestione è sottoposta al loro controllo o i cui organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti, almeno per la metà, da componenti designati dai medesimi soggetti pubblici" (art. 2, comma 1, punto b), del D.Lgs. n. 157, così modificato dall'art. 2 del D.Lgs. n. 65/2000)[xv]. Nel concetto di «amministrazione aggiudicatrice come individuato dall'art. 2, comma 6 della legge Merloni, rientrano peraltro anche soggetti con connotazioni prettamente privatistiche—consorzi, organismi di diritto pubblico, s.p.a, a partecipazione pubblica. Il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione coerentemente a quanto in precedentemente sostenuto dalla Corte di Giustizia[xvi], si sono espressi sostenendo che "la circostanza che l'organismo agisca in situazione di concorrenza sul mercato costituisce un significativo indizio della natura commerciale o industriale dell'attività" e che non rileva, "per converso, l'assenza del fine di lucro come ente pubblico economico che svolge la sua attività conseguendone ricavi idonei, almeno tendenzialmente, a coprire i costi e le eventuali perdite (S.U. sentenze n.1602/89, n.12207/90)".

Ciò conferma le conclusioni di quella dottrina che ebbe modo di considerare che tutte "le volte in cui l'attività di un ente comporta una, sia pure eventuale, possibilità di lucro, o quando la relativa gestione è comunque basata su criteri di economicità e di autonomia finanziaria si è al di fuori della categoria dell'organismo di diritto pubblico" (Mameli) Quindi, di fronte alle probabili sovrapposizioni concettuali e terminologiche tra "ente pubblico economico", "impresa pubblica", "organismo di diritto pubblico" e "amministrazione aggiudicatrice", così come di fronte ai rischi di contrasti inconciliabili tra qualificazioni interne e qualificazioni comunitarie, è necessario replicare che la "ratio della definizione di organismo di diritto pubblico contenuta nelle direttive appalti pubblici è da determinare nella volontà del legislatore comunitario di non ammettere dall'ambito soggettivo di applicazione quelle imprese che si riconoscono pubbliche soltanto per la veste giuridica assunta, ma che fundamentalmente non sono diverse dalle imprese private". In ultimo, è da affermare così che nel diritto nazionale "ente pubblico corrisponde ad un organismo di diritto pubblico che non è peraltro inquadrabile anche nella specifico concetto di impresa pubblica".

## CRITERI DI AGGIUDICAZIONE

Per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione - analogamente a quanto previsto dalle direttive lavori e forniture - vengono previsti i criteri del prezzo e più basso e quello dell'offerta economicamente vantaggiosa.

Al primo criterio, quello del prezzo più basso, fa diretto riferimento l'art.23 comma 1 del D.Lgs. n. 157/95 alla lettera a. Tale criterio viene utilizzato prevalentemente in tutte quelle ipotesi in cui il servizio da eseguire deve risultare corrispondente a quanto previsto dall'amministrazione dal punto di vista delle prescrizioni tecniche e/o disciplinari inserite nel bando di gara. L'individuazione del contraente avviene

operando una semplice comparazione fra i prezzi offerti scegliendo il più basso e l'aggiudicazione avviene solitamente nello stesso momento in cui viene effettuata l'apertura delle buste contenenti le offerte. Le offerte in aumento negli appalti di servizi, pur non essendo state affrontate dal legislatore, sono ritenute comunque ammissibili. In questo caso l'amministrazione rinnoverà la procedura, dandone motivata comunicazione all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali della Comunità Europea ed ai concorrenti che lo richiedano per iscritto. Il fatto poi che l'accettazione di offerte in aumento possa creare problemi di carattere finanziario alle amministrazioni aggiudicatrici, induce spesso le stesse a prevedere nel bando la non ammissibilità di offerte in aumento e a dichiarare deserta la gara in cui siano state prodotte solo offerte in aumento. L'amministrazione, in questi casi, può esperire successivamente una gara a trattativa privata senza la preventiva pubblicazione del bando, ricadendo nell'ipotesi prevista dall'art. 7 comma 2 lettera a) del D.Lgs. n. 157/95 che prevede tale possibilità quando non vi è stata alcuna offerta o alcuna offerta

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è previsto all'articolo 36 della direttiva 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992 (Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi) prevede come criterio di aggiudicazione, oltre a quello del prezzo più basso, anche quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La disposizione è stata recepita nell'articolo 23 del decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157. Il criterio di aggiudicazione a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa ha il fine di far sì che il contraente sia scelto anche in considerazione alle particolarità del servizio presentato, particolarità che hanno un peso considerevole nell'aggiudicazione. Il ricorso a tale procedimento s'impone allorché le particolarità del servizio non sono tutte prestabilite dall'Ente appaltante il quale rimette all'offerente, sulla base di criteri di valutazione prestabiliti, l'individuazione delle caratteristiche delle prestazioni e quindi la determinazione del contenuto del contratto del quale vengono forniti gli elementi rilevanti e valutabili. L'elemento prezzo è decisivo, ma è ancor prima decisiva l'individuazione delle modalità di gestione del servizio. Preliminarmente si rammenta che tale metodo fu immesso nella nostra legislazione per la prima volta con la legge 8 agosto 1977, n. 584 che recepisce la direttiva 305/71/CEE del Consiglio del 26 luglio 1971, prima direttiva comunitaria in materia di lavori pubblici. Oggi esso è recepito, oltre che nella direttiva in materia di lavori, anche nelle direttive in materia di forniture e servizi. Questo metodo è contraddistinto da aspetti teorici e applicativi molto complessi ed ha avuto una disciplina legislativa variabile nel tempo. Il legislatore italiano ha colto l'essenza del problema soltanto con la legge 11 febbraio 1994 n. 109 e successive modificazioni. Infatti ha previsto all'articolo 21, comma 3, che il regolamento generale della legge dovesse circoscrivere adeguati procedimenti che consentissero di accertare con un unico parametro finale l'offerta economicamente più vantaggiosa[xvii]. Conformemente decreto legislativo 157/95, prima della approvazione della legge 39/2002, era prevista all'articolo 23, comma 6, l'emanazione, su proposta dei Ministri competenti per i diversi settori, di appositi decreti del presidente del Consiglio dei Ministri, per stabilire, in relazione alla natura del servizio, i parametri di valutazione e di ponderazione degli elementi da considerare ai fini della valutazione dell'offerta, volti a garantire un corretto rapporto prezzo-qualità. Ed in relazione a tale disposizione fu, poi, dato adempimento, per il settore dei lavori pubblici, approvando il suddetto decreto 116/97.

I commi 2 e 6 dell'art.23 della legge 157/1995 sono applicabili nel caso di adozione del criterio dell'offerta



economicamente più vantaggiosa, invece i commi 3, 4 e 5 sono riferibili ad entrambi i criteri di aggiudicazione. Il comma 3 sancisce che l'amministrazione aggiudicatrice può richiedere, nel bando di gara, che i concorrenti comunichino l'offerta definendo modalità atte ad assicurare, in caso di aggiudicazione in loro favore, l'efficace e continuativo collegamento con l'amministrazione aggiudicatrice per tutto il tempo della prestazione del servizio. La disposizione ha l'intento di assicurare una stretta cooperazione tra amministrazione e aggiudicatario durante l'espletamento del servizio, oltre che una forma di verifica da parte dell'amministrazione. Tali modalità di collegamento non sono specificate, essendo diverse secondo il tipo di servizio oggetto dell'appalto. Tuttavia, al fine di evitare eventuali contenziosi cagionati dall'esclusione dalla gara dovuta ad un giudizio di non adeguatezza dei criteri di collegamento, le amministrazioni aggiudicatrici sono solite segnalare nel bando di gara le modalità di collegamento che gli offerenti dovranno accettare con l'offerta. Il comma 4 afferma che l'affidamento della progettazione non è conciliabile con l'aggiudicazione a favore del medesimo affidatario degli appalti pubblici attinenti ai lavori e ai servizi progettati; della anzidetta incompatibilità deve essere data conoscenza nel bando di gara. Con questa disposizione viene introdotto il principio dell'incompatibilità fra l'affidamento della progettazione e l'aggiudicazione allo stesso soggetto degli appalti relativi ai lavori e ai servizi progettati. Il comma 5, infine, sancisce che l'amministrazione aggiudicatrice deve informare entro dieci giorni dall'espletamento della gara, l'esito della stessa all'aggiudicatario e al concorrente che segue nella graduatoria. Quest'ultima norma ha dato occasione a qualche dubbio interpretativo rispetto agli ulteriori adempimenti a carico dell'amministrazione. Per integrare il contenuto della norma è necessario fare cenno a quanto disposto dall'art. 30 del D.Lgs. n. 406/1991, relativo alla verifica dei requisiti dell'aggiudicatario. Secondo questa disposizione, che si ritiene applicabile anche agli appalti di servizi, l'aggiudicatario, nel termine indicato dall'amministrazione, deve provare il possesso dei titoli per i quali non abbia presentato la necessaria certificazione, ma solo dichiarazioni sostitutive, e fornire la documentazione eventualmente richiesta nel bando di gara. Nel caso che l'aggiudicatario non adempia agli oneri ora rappresentati nei termini o presenti una documentazione non confacente alle dichiarazioni espresse nella domanda di partecipazione, l'amministrazione può annullare con provvedimento motivato l'aggiudicazione e aggiudica l'appalto al concorrente che segue in graduatoria.

La problematica dell'offerta economicamente più vantaggiosa è inquadrabile nel tema generale della valutazione di beni e servizi caratterizzati da differenziate prerogative. Negli ultimi tempi, anche per effetto dello evoluzione delle tecniche di valutazione di impatto ambientale, sono stati studiati nuovi e sempre più affinati metodi multicriteri e multiobiettivi che rappresentano, in parte, anche un sorpasso dell'analisi costi-benefici. Tutte queste tecniche partono dal presupposto che gli caratteristiche di un bene o di un servizio sono fra di loro collegate, e non sempre paragonabili in base ad una stessa unità di misura e che, quindi, è fondamentale rendere chiaro il peso relativo che il decisore intende dare nella valutazione a ciascuno dei caratteri. E' da ritenere, dunque, che fra più beni o più servizi è da considerare il miglior bene o il miglior servizio quello che arriva al miglior compromesso fra le diverse caratteristiche in quanto non è mai possibile arrivare un ideale simultaneo loro perseguimento. Peraltro non esiste sul piano scientifico un criterio di univoca accettazione che sia capace di determinare quale fra più beni o più servizi sia da ritenersi preferibile. Di qui la necessità di segnare in sede di bando o di lettera di invito, oltre ai pesi degli attributi, anche quale criterio sarà utilizzato per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa

Si aggiunge che sull'argomento del merito tecnico e dell'offerta economicamente più vantaggiosa nonché delle fasi del procedimento per l'affidamento dei servizi di natura tecnica l'Autorità si è pronunciata con tre determinazioni (n. 9 del 8 novembre 1999, n. 10 del 17 novembre 1999 e n. 17 del 5 aprile 2000) che in ugual modo possono essere di guida per una corretta predisposizione dei bandi di gara[xviii].

L'Autorità in tale circostanza dichiara che "i criteri per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa non devono, in nessun caso, vanificare i principi della trasparenza e della concorrenza, come avviene nei casi di distribuzione del punteggio che comporti un rilevante squilibrio nella connessa assegnazione, si da rendere decisivo uno solo degli elementi prescelti per la valutazione". Sono quindi vigenti le disposizioni previste dagli articoli 66 e 67 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554[xix]. Inoltre può aggiungersi che l'indicazione contenuta nell'allegato F (numero di servizi di cui all'articolo 66, comma 1, lettere c) e d) - per evidenti ragioni di coerenza con le disposizioni dell'articolo 66, comma 1, lettere c) e d), del d.P.R. 554/1999 e s. m. che riguardano gli importi dei lavori cui si riferiscono i servizi - deve intendersi riferita agli importi e non al numero dei servizi espletati[xx].

In base alla consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato[xxi], in materia di appalti di servizi, allorché la scelta della migliore offerta discenda dalla valutazione di una pluralità di elementi di natura tecnica ed economica, compete alla Commissione di gara la facoltà di precisare e integrare i criteri generali di valutazione delle offerte già indicati nella "lex specialis" indicando sottovoci rispetto ai criteri generali già fissati, in modo tale da rendere la scelta dell'Amministrazione maggiormente aderente alle reali necessità della stazione appaltante, purché tale specificazione e integrazione giunga prima della apertura delle buste recanti le offerte[xxii].

## LE PROCEDURE DI AGGIUDICAZIONE

Le autorità aggiudicatrici possono scegliere tra procedura aperta (pubblico incanto) e procedura ristretta (appalto concorso e licitazione privata) rimanendo come ipotesi residuale e particolare quella della procedura negoziata[xxiii]. Tali procedure non trovano applicazione qualora l'ente locale abbia stipulato un contratto con un soggetto giuridicamente distinto, sul quale eserciti un controllo analogo a quello svolto sui propri servizi, e questo soggetto realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano. La possibilità di derogare alla regola della gara pubblica nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sul fornitore, che sia un soggetto distinto da essa, un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, e sempre che il fornitore svolga la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o le amministrazioni che lo controllano, trova la sua ratio nel fatto che, nei confronti di un soggetto controllato e che svolga la sua prevalente attività per il soggetto controllore, non sono ravvisabili situazioni di pregiudizio per la parità di trattamento degli altri operatori economici e per il rispetto delle regole di concorrenza. Tale deroga non riguarda solo le articolazioni interne delle amministrazioni aggiudicatrici, le quali sarebbero prive di soggettività separata, ma anche qualsiasi soggetto giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice, purché sussistano le predette condizioni [xxiv].

Ai sensi dell'art.3, comma 4, del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 (di recepimento della direttiva n. 92/50/CEE, in materia di appalti di servizi), "gli appalti che includono forniture e servizi sono considerati appalti di servizi quando il valore totale questi è superiore al valore delle forniture comprese nell'appalto"; nel caso invece in che il valore della fornitura superi quello dei servizi, la normativa alla

quale si deve fare riferimento è quella prevista dal d. lgs. 358 del 1992 in materia di appalti di forniture (alla stregua del principio nella specie è stata ritenuta applicabile quest'ultima disciplina, atteso che il contratto di "gestione calore", di cui si controverteva, prevede un corrispettivo annuale di quattro miliardi e sessanta milioni; di questi, tuttavia, tre miliardi e mezzo lire coprivano la fornitura di combustibile).

#### LA PROCEDURA APERTA

La procedura aperta, che corrisponde nel nostro ordinamento all'asta pubblica pubblico incanto, è quella in cui tutti i prestatori di servizi interessati, possono presentare offerte. a Pubblica Amministrazione che intende aggiudicare una fornitura predispone un bando ed un capitolato che oltre a determinare l'oggetto e le modalità di fornitura, fissa le regole della gara. Il bando può prevedere l'aggiudicazione al prezzo più basso, nel qual caso le caratteristiche della fornitura sono ben specificate nel capitolato d'onori, oppure, qualora l'Ente pubblico intenda privilegiare la qualità, al miglior rapporto qualità/prezzo, detto anche ad "offerta economicamente più vantaggiosa". Nel primo caso la Commissione di gara in un'unica seduta procede prima alla valutazione dell'idoneità della documentazione amministrativa per l'ammissione delle ditte concorrenti, quindi, esamina le offerte economiche aggiudicando la gara a chi ha offerto il prezzo più basso. Nel secondo caso tra le due operazioni sopra descritte interviene una commissione tecnica che valuta le caratteristiche qualitative della fornitura proposta e ne attribuisce il punteggio. L'aggiudicazione viene effettuata a favore della ditta che ottiene il maggior punteggio determinato dalla somma dei punti ottenuti sia per la qualità che per il prezzo in conformità a quanto previsto dal bando. Le peculiarità del Pubblico Incanto sono l'imprevedibilità dei partecipanti e l'ammissione delle ditte alla gara che è effettuata in seduta pubblica.

#### LA PROCEDURA RISTRETTA

Il decreto enuncia la corrispondenza alla categoria comunitaria dei nostri tradizionali istituti della licitazione privata e dell'appalto-concorso. In entrambe le procedure partecipano i prestatori di servizi inviati dalle amministrazioni aggiudicatrici. Il secondo comma del predetto art.27 della direttiva, attuato dall'art.22, comma 2 d decreto, ha previsto, qualora un appalto di servizi venga aggiudicato mediante procedura ristretta (appalto concorso o licitazione privata), la facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici di fissare il numero massimo e minimo di prestatori di servizio. Mentre nella licitazione privata il criterio di aggiudicazione è basato soltanto il prezzo, nell'appalto concorso i prestatori di servizi partecipanti, in base alla richiesta formulata dall'amministrazione aggiudicatrice, compilano, almeno in parte, il progetto servizio ed indicano le condizioni e i prezzi in base ai quali sono disposti ad eseguirli

La licitazione privata è una procedura "ristretta" vi possono partecipare le imprese invitate dall'Amministrazione appaltante. Anche questa procedura è regolamentata da un bando e da un capitolato.

La gara si svolge in due momenti ben distinti:

- a) Richieste di partecipazione (in seguito a bando) da parte delle imprese concorrenti che vengono esaminate dalla Stazione appaltante in seduta riservata; la stessa approva, quindi, l'elenco delle ditte da invitare alla gara a mezzo di specifica "lettera d'invito".
- b) Presentazione delle offerte economiche ed eventualmente tecniche nel caso la gara sia aggiudicata all'offerta economicamente più vantaggiosa infatti l'aggiudicazione può essere effettuata (come nel

pubblico incanto) o al prezzo più basso o all'offerta più vantaggiosa. L'esame delle offerte economiche avviene in seduta pubblica.

Anche l'appalto concorso è una procedura "ristretta": possono partecipare le imprese invitate dall'Amministrazione appaltante a seguito di specifica richiesta valutata positivamente. Questa procedura di gara è da preferire nel caso l'oggetto della fornitura da aggiudicare sia tecnologicamente complesso o molto specialistico, necessiti di un elevato grado di professionalità, e l'Amministrazione appaltante ritenga necessario l'apporto del concorso di idee da parte della contraente, la quale, pertanto, deve essere molto specializzata nel settore di competenza. Il bando di gara, relativo alla procedura di cui si tratta, indica solo gli elementi essenziali della fornitura, mentre i concorrenti devono impegnarsi a progettare in modo da raggiungere il migliore risultato possibile con le risorse disponibili. L'aggiudicazione è sempre effettuata secondo il miglior rapporto qualità/prezzo, eventualmente considerando anche il costo di gestione nel caso l'oggetto della fornitura sia costituito da macchinari o impianti.

#### LA PROCEDURA NEGOZIATA

Con questa procedura è consentito consultare i prestatori di servizi autonomamente e negoziare con uno o più di essi i termini del contratto. La trattativa privata che secondo una definizione comunitaria coincide sostanzialmente con il concetto nazionale e quindi consiste nella consultazione (eventuale) di candidati scelti direttamente dalle amministrazioni aggiudicatrici e nella trattazione delle condizioni del contratto con uno o più di essi, viene vista con estremo disfavore da Commissione U.E. Di fatto spesso le Amministrazioni aggiudicatrici trovano più comodo concludere un contratto con un fornitore o prestatore di servizi di loro fiducia, interpretando estensivamente le ipotesi di trattativa privata, previste invece tassativamente, e contravvenendo, in tal modo, i principi di libera concorrenza - che ispirano tutte le norme comunitarie. Le amministrazioni possono anche aggiudicare gli appalti pubblici di servizi mediante trattativa privata (o procedura negoziata) con preliminare pubblicazione di un bando di gara. La direttiva e il decreto di attuazione prevedono tassativamente i casi in cui le amministrazioni possono aggiudicare gli appalti pubblici di servizi mediante procedura negoziata. Sono previste dall'art. 1 I, comma 2 e 3 della direttiva 92/50, due tipologie di trattativa privata a seconda dei casi ivi individuati: a) quella con preliminare pubblicazione di un bando di gara; b) quella senza bando, che può consistere anche con una negoziazione diretta con una sola ditta.

#### LA CONCESSIONE DI SERVIZI

Un particolare modalità di affidamento di servizi alla quale è stato fatto ricorso per importi rilevanti è la concessione che realizza un fenomeno di sostituzione nell'organizzazione e nell'attività amministrativa, finalizzati ad esigenze di buon andamento, inserendo soggetti privati nella amministrazione pubblica, al fine di utilizzarne la qualificazione professionale. L'unica definizione di concessione rinvenibile nel diritto comunitario derivato è quella contenuta nella direttiva 93/37/CEE che la definisce come "un contratto che presenta le stesse caratteristiche degli appalti pubblici di lavori, ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo" (art. 1, lettera d). Una definizione analoga, mutuata da quella comunitaria, è contenuta nella normativa nazionale che identifica le concessioni di lavori pubblici come quei contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore ed un'amministrazione aggiudicatrice dove la

controprestazione a favore del concessionario consiste solamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati (art. 19, comma 2, legge 11 febbraio 1994, n. 109 come sostituito dall'art. 3, comma 6, della legge 18 novembre 1998, n. 415. La concessione di servizi pubblici non è stata invece inclusa nella direttiva 92/50, la mancata disciplina delle concessioni di servizi non può comunque permettere - come detto - una loro utilizzazione elusiva dei principi comunitari della concorrenza. Infatti la giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha valore precettivo per tutte le autorità degli stati membri, ha provveduto ad mettere in evidenza una serie di attività per le quali non possono essere attuate riserve di mercato attraverso la concessione: attività di natura tecnica come le progettazioni, attività di natura professionale, anche se oggetto di una esclusiva prevista da uno stato membro (sentenza 2/74), attività di natura tecnico-professionale, attività di istruzione e formazione professionale ed altri tipi di attività, la cui caratteristica strettamente economica non si armonizza con il concetto di pubblica funzione e sovranità nazionale. La Corte di giustizia ha ulteriormente circoscritto la utilizzazione elusiva della concessione anche sul versante dei subaffidamenti del concessionario, cioè degli appalti, che quest'ultimo generalmente assegna ad imprese terze. In altri termini, quando un contratto sia stipulato tra un ente locale ed una persona giuridica distinta, l'applicazione delle direttive comunitarie può essere esclusa nel caso in cui l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa persona (giuridica) realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano. Segnatamente, ad avviso delle istituzioni comunitarie per controllo analogo s'intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario. In detta evenienza, pertanto, l'affidamento diretto della gestione del servizio è consentito senza ricorrere alla procedure di evidenza pubblica prescritte dalle disposizioni comunitarie innanzi citate. Al contrario, ove non ricorra un siffatto controllo gestionale ed economico dell'ente pubblico sul soggetto gestore ma l'affidamento riguardi un servizio in cambio della gestione dello stesso come corrispettivo (e dunque configuri, secondo l'interpretazione della commissione, una concessione di servizi) l'aggiudicazione del servizio deve in ogni caso avvenire nel rispetto dei principi comunitari di trasparenza e di parità di trattamento che impongono la necessità di seguire procedure di evidenza pubblica<sup>[xxv]</sup>.

In ambito nazionale la necessità del rispetto delle regole comunitarie in materia di evidenza pubblica è stata altresì data rilievo dal recente decreto 22 novembre 2001 dal Ministero dell'Ambiente e dalla correlata circolare applicativa 17 ottobre 2001, n. GAB/2001/11559/B01, riguardanti le modalità di affidamento in concessione a terzi della gestione del servizio idrico integrato, a norma dell'art. 20, comma 1, legge 5 gennaio 1994, n. 36. La dottrina tradizionale e la giurisprudenza<sup>[xxvi]</sup> hanno individuato la distinzione fra l'appalto di servizi e la concessione di servizi pubblici, in base a molteplici criteri fra cui: la natura unilaterale del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico, contrapposta al carattere negoziale dell'appalto; il carattere surrogatorio dell'attività del concessionario di pubblico servizio, chiamato a realizzare i compiti istituzionali dell'ente pubblico concedente, mentre l'appaltatore compie attività di mera rilevanza economica nell'interesse del committente pubblico; il trasferimento di potestà pubbliche al concessionario, mentre l'appaltatore esercita solo prerogative proprie di qualsiasi soggetto economico. In particolare per la giurisprudenza del Consiglio di Stato le concessioni di servizi pubblici, nel quadro del diritto comunitario, non si distinguono dagli appalti di servizi per il titolo provvedimentale

dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, né per la loro natura autoritativa o provvedimentoale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato[xxvii]. Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sull'utente mediante la riscossione di un canone o tariffa, allora si ha concessione: è la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi. Pertanto un servizio pubblico si rivela quale appalto di servizi quando il suo onere sia interamente a carico dell'amministrazione, mentre se il servizio venga reso non a favore dell'amministrazione ma di una collettività indifferenziata di utenti, e venga almeno in parte pagato dagli utenti all'operatore del servizio, allora si è in ambito concessorio.

Sono applicabili alle concessioni di servizi i principi comunitari di non discriminazione in ragione della nazionalità, di parità di trattamento, di trasparenza, di reciproco riconoscimento, di proporzionalità.

#### ACQUISTI MEDIANTE CONVENZIONI

L'art. 26 della L.488/1999 introdotto rilevanti novità nelle modalità di acquisto di beni e servizi da parte delle Amministrazioni dello Stato. Il legislatore infatti delinea un sistema in cui, attraverso le procedure previste dalla vigente normativa in materia di scelta del contraente vengono individuate imprese per la fornitura di beni e servizi. In particolare, l'art. 26 dispone che dal 1° gennaio 2000 le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato sono tenute ad approvvigionarsi, anche avvalendosi di società di consulenza specializzate, attraverso apposite convenzioni in base alle quali le imprese fornitrici prescelte si impegnano ad accettare (ai prezzi e alle condizioni ivi previsti), ordinativi di fornitura sino a concorrenza della quantità massima complessiva; alle restanti pubbliche amministrazioni la Finanziaria 2000 aveva dato facoltà di aderire alle convenzioni stesse, ovvero di utilizzarne i parametri di qualità e di prezzo per l'acquisto di beni comparabili con quelli oggetto di convenzionamento.

L'art. 58 della Finanziaria 2001 ha esteso l'ambito di applicazione della norma a tutte le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 del D.Lgs.165/2001: amministrazioni dello Stato (compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative), le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi ed associazioni, le istituzioni universitarie, gli istituti autonomi case popolari, le camere di commercio e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enfi del Servizio sanitario nazionale[xxviii]. Anche la L.448/2000 è intervenuta in materia, ribadendo (art. 24, co. 6) che, per l'acquisto di beni e servizi, Province, Comuni, Comunità montane e loro consorzi possono aderire alle convenzioni; qualora tali enti procedono ad acquisti in materia autonoma, essi adottano i prezzi delle convenzioni come base d'asta al ribasso. Infine l'art. 24 della legge finanziaria per il 2003 (legge 27 dicembre 2002, n. 289) ha disciplinato sotto vari profili le modalità di acquisizione di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni, interessando aspetti assai rilevanti per l'attività contrattuale che possono così sintetizzarsi:

- a) individuazione di una nuova soglia di carattere generale (50.000 euro) al di sopra della quale viene reso obbligatorio l'esperimento di procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente (comma 1), salve le ipotesi derogatorie espressamente previste (comma 2);
- b) obbligo per le pubbliche amministrazioni di cui alla tabella C) allegata alla legge, nonché per gli enti

istituzionali di utilizzazione delle convenzioni quadro stipulate da Consip s.p.a., con conseguente nullità dei contratti stipulati in violazione del prescritto obbligo;

c) facoltà per gli enti locali di utilizzare le suddette convenzioni;

d) possibilità, laddove consentito, di fare ricorso alla trattativa privata, ma soltanto in «casi eccezionali e motivati, previo esperimento di una documentata indagine di mercato, dandone comunicazione alla sezione regionale della Corte dei Conti (comma 5);

La legge 1° Agosto 2003, n. 212, di conversione, con modificazione, del D.L. 24/02/2003, n. 143, pubblicata sulla G.U. n. 185 11 Agosto 2003, ha introdotto sostanziali modifiche al regime di acquisto di beni e servizi tramite CONSIP. L'obbligo per ministeri e enti pubblici istituzionali di acquisto di beni e servizi tramite le convenzioni Consip, viene circoscritto solo ai beni e servizi caratterizzati dall'alta qualità e dalla bassa intensità di lavoro. In ogni caso tutte le P.A., escluse quelle statali per i soli uffici centrali, possono stipulare ogni tipo di contratto senza ricorrere alla Consip, pur in presenza di convenzioni dalla stessa attivate, qualora il valore dei costi e delle prestazioni sia uguale o inferiore a quello previsto dalle stesse convenzioni. I contratti così conclusi sono validi e non sono causa di responsabilità personale, contabile e amministrativa, a carico del dipendente che li ha sottoscritti. In particolare, per province, comuni, comunità montane e consorzi di enti locali, in caso di acquisti in maniera autonoma di beni e servizi per cui sussiste l'obbligo di ricorrere alla Consip, è soppresso il dovere di adottare i prezzi delle convenzioni Consip come base d'asta al ribasso nonché il dovere di trasmettere gli atti all'organo di revisione. Tuttavia tali enti, in caso di acquisti in maniera autonoma dei suddetti beni, devono utilizzare i parametri di qualità e prezzo desumibili dalle convenzioni Consip riguardanti beni analoghi o comparabili - richiamo alla norma di cui alla L. 488/1999)

Dott. Antonio Floris

Note:

[i] Il contratto di appalto si distingue dal contratto di compravendita, disciplinato dall'art. 1470 cod. civ., avente ad oggetto il trasferimento della proprietà di un bene verso il corrispettivo del prezzo, con la prevalenza quindi di un dare rispetto ad un facere, e dal contratto di prestazione d'opera, disciplinato dall'art. 2222 cod. civ., caratterizzato dalla realizzazione di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo senza che vi sia l'apporto dell'attività imprenditoriale che caratterizza il contratto d'appalto. La normativa comunitaria, accogliendo la sopra citata distinzione, ha elaborato normative ad hoc per ogni tipologia di appalto

[ii] Dall'Enciclopedia Garzanti del diritto, versione "Garzantine" nuova edizione 2001

[iii] P. VIRGA, "Diritto Amministrativo", Vol. 4, "Attività e prestazioni", Giuffrè Editore, Milano.

[iv] Il termine "opera" deriva dal latino opus, che indica un prodotto materiale e tangibile.

[v] 1 capitolati generali d'oneri contengono le condizioni che possono applicarsi indistintamente a un determinato genere di lavoro, appalto o contratto, e le forme da seguirsi per le gare. 1 capitolati speciali riguardano le condizioni che si riferiscono più particolarmente all'oggetto proprio del contratto

[vi] In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato 4 ottobre 1994, n. 1102.

[vii] L'art. 11, comma 1, lett. b) della legge n. 146/1994 indica chiaramente, tra i principi ed i criteri per l'attuazione della direttiva, quello di "individuare i soggetti pubblici, nonché i requisiti di quelli ad essi assimilati, destinatari della direttiva" stessa.

[viii] Per tutte, Corte di Giustizia

9.3.1978 in causa n. 106/1977

[ix] Su questo principio si è verificata una totale coincidenza degli orientamenti della Corte di giustizia e della Corte costituzionale cfr. Corte di Giustizia in causa 103/1988- c.d. "f.lli Costanzo" -Corte costituzionale n. 389/1989)

[x] In sostanza si vuol dire che il perseguimento dell'interesse collettivo al minor costo e alla maggiore qualità possibile dell'azione amministrativa sono stati da sempre i principi guida dell'azione amministrativa medesima, anche se solo di recente la stessa si è arricchita del principio di trasparenza, correttezza e tempestività mutuati dalla legge generale sul procedimento amministrativo.

[xi] Nell'allegato 7 del D.Lgs. n. 157 sono elencati, in modo non esaustivo, di organismi di diritto pubblico di cui all'articolo 2, comma 1, lettera b).

[xii] Per ulteriori approfondimenti di consiglia "Il concetto di organismo di diritto pubblico nella normativa di derivazione comunitaria sugli appalti pubblici di servizi. " di Alessandra Piccinini In Diritto Concorsi e Professioni Ed. Di Benedetto.

[xiii] Tra i servizi di interesse prioritario sono inseriti quelli di carattere intellettuale nei servizi professionali, nei settori della progettazione dell'architettura, nei servizi informatici, in quelli di ricerca e di sviluppo, di contabili di ricerca di mercato e di sondaggio dell'opinione pubblica, nonché i servizi assicura vi ed alcuni servizi bancari, di pulizia, di manutenzione, e poi ancora i servizi inerenti all'attività di stampa e di editoria e quelli nel campo dei trasporti. Si tratta di servizi di manutenzione e riparazione; dei servizi finanziari (assicurati e bancari); dei servizi informatici ed affini; dei servizi di ricerca e sviluppo: dei servizi di ricerca di mercato e di sondaggio dell'opinione pubblica; dei servizi di consulenza gestionale e affini (comprese le convenzioni ex art. 20, comma 4 del decreto legislativo 29/93 per l'esercizio del controllo interno di gestione); dei servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica; servizi affini di consulenza tecnica ed analisi; dei servizi pubblicitari, dei servizi di pulizia degli edifici e di gestione delle proprietà immobiliari (col presa la vigilanza e la custodia); dei servizi misti (appartenenti a due o più categorie precedenti).

[xiv] CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI, 7 giugno 2001, n.3090, Saav Autovie Venete s.p.a. c. Siproma s.r.l.

[xv] Nell'ambito degli organismi di diritto pubblico vanno comprese le IPAB (istituzioni di assistenza e beneficenza pubblica) aventi natura pubblica e quelle a natura privata, che siano destinatarie di sovvenzioni superiore al 50 per cento del valore dell'appalto; le camere di commercio, quali enti autonomi di diritto pubblico; le aziende speciali, che hanno la natura di enti strumentali dell'ente locale, quali strutture operative dell'ente locale medesimo, le società a prevalente capitale pubblico, le aziende sanitarie locali e le aziende ospedaliere, equiparate, ai fini della presente legge, agli enti strumentali.

[xvi] Sez., V, 10 maggio 2001, C-223/99 e 260/99

[xvii] Metodi che sono stati poi indicati negli allegati A, B, C, D, E ed F del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e successive modificazioni.

[xviii] Nella determinazione n. 17/2000 nella quale l'Autorità ha ritenuto non corretta la procedura seguita da una stazione appaltante che aveva aggiudicato la commessa sommando i punteggi conseguiti dai concorrenti nella fase di qualificazione e nella fase di valutazione delle offerte. La determinazione n. 10/99 riguardava, invece, bandi di gara per l'affidamento di servizi di assistenza tecnica, monitoraggio e diffusione di programmi di riqualificazione urbana. Si trattava, quindi, di attività rientranti sia nella



categoria 11 e sia nella categoria 12 dell'allegato 1 del decreto legislativo 157/95 e, pertanto, legittimamente non erano state applicate le disposizioni del decreto 116/97. Nella determinazione l'Autorità rilevava, però, che l'aver previsto, per quanto riguardava l'offerta economica (per la quale il bando prevedeva 20 punti), una formula per l'assegnazione del relativo punteggio del tutto diversa da quella del citato decreto 116/97, comportava che l'affidamento sarebbe avvenuto "solo sulla base della valutazione, molto discrezionale, dell'offerta tecnica per cui sono assegnati 80 punti".

[xix] Al riguardo da ultimo l'Autorità con delibera del 27 febbraio 2002 ha specificato che i requisiti di cui all'articolo 63, comma 1, lettera o), del d.P.R. 554/1999 (tali importi devono essere stabiliti fra tre e cinque volte l'importo globale stimato dell'intervento cui si riferiscono i servizi da affidare), all'articolo 66, comma 1, lettera b), del d.P.R. 554/1999 e s. m. (importo globale per ogni classe e categorie variabile tra 2 e 4 volte l'importo stimato dei lavori da progettare) e all'articolo 66, comma 1, lettera c), del d.P.R. 554/1999 e s. m. (importo totale non inferiore ad un valore compreso fra 0,40 e 0,80 volte l'importo stimato dei lavori da progettare) devono riferirsi all'importo stimato delle singole categorie e classi da progettare e non all'importo stimato complessivo di tutte le categorie e classi da progettare.

[xx] Va anche ricordato che l'Autorità con delibera n. 167 del 12 giugno 2002 ha precisato che, ai sensi di quanto disposto dall'articolo 6, comma 8, della legge 18 novembre 1998, n. 415, nel caso di nuove società di professionisti e di ingegneria (articolo 17, commi 6, lettere a) e b) della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni) queste, per tre anni dalla loro costituzione, possono documentare i suddetti requisiti, oltre che con quelli da esse stesse posseduti, anche con quelli dei loro soci (qualora società di professionisti) e con quelli dei professionisti, dipendenti a tempo indeterminato della nuova società, che abbiano la qualifica di dirigente o che svolgano funzioni di collaboratore coordinato e continuativo (qualora si tratti di società di ingegneria). La disposizione ha la finalità di consentire a nuovi soggetti che, in quanto nuovi, non posseggono sufficienti requisiti, di partecipare alle gare ed è simile a quella prevista per le imprese di costruzioni che, ai sensi dell'articolo 18, comma 14, del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, possono utilizzare per la loro qualificazione i requisiti che i loro direttori tecnici hanno acquisito in precedenti attività.

[xxi] (cfr., da ultimo, sez. V, sent. n. 6478 del 2002)

[xxii] (v., inoltre, Cons. St., V, nn. 264 del 2001 e 1614 del 2000; VI, nn. 2117 del 1999 e 370 del 1999; TAR Veneto, I, n. 2399 del 2003)

[xxiii] Così come chiarito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, la direttiva 14 giugno 1993 n. 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di servizi, e, quindi, per l'ordinamento italiano, il d. lgs. n. 358 del 1992,

[xxiv] cfr. Cons di Stato sez. V -sentenza 18 settembre 2003 n. 5361.

[xxv] La Commissione parte dalla distinzione fra appalto pubblico di servizio e concessione di servizi (2000/C 121/02), secondo la quale si ha appalto pubblico di servizi quando l'amministrazione affida un servizio dietro pagamento di un corrispettivo. Viceversa, ricorre la concessione di servizi quando, a fronte dell'affidamento di un servizio, il corrispettivo consiste anche o solo nella gestione dello stesso. Inoltre, nel secondo caso, l'alea della gestione ricade sul concessionario (v. p. 3 e 4 Comunicazione e p. 2 Atto di cost. in mora) Commissione Secondo la Commissione nel caso di concessione di servizi non trovano applicazione le direttive 92/50 CE e 93/38 CE. Nondimeno le concessioni di servizi ricadono nel campo di applicazione delle norme del Trattato in tema di libera circolazione delle merci (artt. 28 ss.), libertà di

stabilimento (artt. 43 ss.) e soprattutto di libera prestazione di servizi (artt. 49 ss.), nonché dei principi sanciti dalla Corte (sentenza 18 novembre 1999, causa C-275/98, Unitron Scandinavia): in particolare di trasparenza (comportante l'obbligo di rendere pubblico l'intenzione di affidare ad un terzo la gestione di un servizio) e di parità di trattamento o di non discriminazione (comportante che la scelta sia assunta in base a criteri obiettivi e nel rispetto delle regole e dei requisiti inizialmente fissati).

[xxvi] Consiglio di Stato, sez. 5a, n. 2294 del 30 aprile 2002

[xxvii] Consiglio di Stato, sez. 6a, n. 2634 del 15 maggio 2002

[xxviii] La norma mira, evidentemente, a conseguire i seguenti obiettivi: realizzare economie di scala sui volumi di acquisto, ottimizzare la domanda e standardizzare i consumi, semplificare i processi di acquisto.

<https://www.diritto.it/lappalto-servizi-nella-disciplina-nazionale-comunitaria/>