

CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

REPORT ANNUALE - 2010 - ITALIA

(Bozza - Novembre 2010)

Prof. Gabriella M. RACCA

Indice

1. IL RECEPIMENTO IN ITALIA DELLE DIRETTIVE EUROPEE N. 2004/18/EC AND 2004/17/EC

1.1 Il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni in materia di contratti pubblici

1.2 L'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

2. LE DELIMITAZIONE SOGGETTIVA E OGGETTIVA: IN HOUSE PROVIDING, CONCESSIONI, PFI E PPP

3. PROCEDURE DI AGGIUDICAZIONE

3.1 I requisiti soggettivi di partecipazione e specifiche tecniche

3.2 La procedura negoziata e il dialogo competitivo

3.3 I Criteri di aggiudicazione

3.3 I Contratti Sottosoglia

3.5 Le Clausole verdi e le clausole sociali

4. L'ESECUZIONE DEL CONTRATTO

5. IL RECEPIMENTO IN ITALIA DELLA DIRETTIVA EUROPEA 2007/66/EC IN MATERIA DI RICORSI

6. SITI DI INTERESSE

1. IL RECEPIMENTO IN ITALIA DELLE DIRETTIVE EUROPEE N. 2004/18/EC AND 2004/17/EC

Il mercato italiano dei contratti pubblici (riferito alla spesa complessiva per l'acquisto di lavori, servizi e forniture) nel 2008 ha superato il valore di 221 miliardi di Euro (Commissione europea, Internal Market, *Public procurement indicators 2008*, 27 aprile 2010), pari al 14,08% del P.I.L. L'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, per l'anno 2009, ha calcolato "l'ammontare delle risorse che sono state mobilitate attraverso le gare d'appalto di importo superiore a 150.000 Euro, è stato, nel 2009, di 79,4 miliardi di Euro, pari al 6,6% del P.I.L., importo superiore di circa sei decimi a quello (76 miliardi di euro, pari al 6% del PIL) relativo all'anno precedente" (Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, *Relazione annuale 2009*, 22 giugno 2010). La tabella allegata alla citata relazione indica che l'ammontare destinato ai settori ordinari è stato di 58 miliardi di euro (circa il 41,6% riferito a lavori, circa il 24,8% a forniture e circa il 33,5 % a servizi), mentre 21 miliardi di Euro sono riferiti ai settori speciali (circa il 34,1% a lavori, circa il 33,2% a forniture e circa il 32,5 % a servizi).

Le **Direttive europee del 31 marzo 2004, n.ro 2004/17 e 2004/18¹** in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono state recepite in Italia con il *d.lgs. 13 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici*.

1.1 Il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni in materia di contratti pubblici²

¹ **TRATTATI:** C. Franchini (eds.), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, UTET, 2010; M. Clarich (eds.), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010; C. Franchini (eds.), *I contratti con la Pubblica Amministrazione*, UTET, Torino, 2007, I e II, in P. Rescigno – E. Gabrielli (eds.), *Trattato dei contratti*, Torino, UTET, 2007; A. Carullo – G. Iudica, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Cedam, Padova, 2009; A. Grazzini, *Appalti e contratti - Percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2009; M. A. Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008; M. Baldi – R. Tomei, *La disciplina dei contratti pubblici - Commentario al codice appalti*, Ipsoa, Milano, 2009.

Lo Stato ha competenza legislativa esclusiva in materia di concorrenza e, di conseguenza, in materia di contratti pubblici³. Negli anni le Regioni hanno avanzato pretese dinanzi alla Corte costituzionale al fine di affermare la propria competenza in tema di: contratti pubblici di progettazione e pianificazione (Corte Cost. 221/2010), contratti pubblici sotto soglia (Corte Cost. 401/2007); esclusione delle offerte anormalmente basse (Corte Cost. 160/2009).

La Corte Costituzionale ha riconosciuto alle Regioni solo un limitato margine di discrezionalità nella scelta della composizione e delle funzioni delle commissioni di gara.

1.2 L'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Il *Codice dei contratti pubblici* (art. 6, *Codice dei contratti pubblici*) ha istituito l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, con il compito di monitorare sia l'aggiudicazione che l'esecuzione dei contratti pubblici.

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici **formula proposte al Governo** in ordine alle modifiche occorrenti in relazione alla legislazione che disciplina i contratti pubblici e fornisce pareri sulla corretta interpretazione e applicazione del codice dei contratti pubblici. Redige altresì, per il Parlamento, una relazione annuale sull'attività contrattuale delle amministrazioni aggiudicatrici (liberamente consultabile all'interno del sito dell'Autorità: <http://www.avcp.it>).

Nell'ambito dell'Autorità è istituito un Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture che provvede alla raccolta ed alla elaborazione dei dati

² **COMPETENZA LEGISLATIVA STATO-REGIONI:** A. Massera, *La disciplina dei contratti pubblici: la relativa continuità in una materia instabile*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2009, 1252; D. Casalini, *Il recepimento nazionale del diritto europeo dei contratti pubblici tra autonomia regionale ed esigenze nazionali di «tutela dell'unità giuridica ed economica» dell'ordinamento*, in *Foro amministrativo – C.d.S.*, 2009, 1215-1237.

³ Art. 117, co. 2, lett. e, l, m, s, Cost.

informativi concernenti i contratti pubblici di importo superiore a € 150.000, determinando i costi standardizzati in relazione sia a specifiche aree territoriali, sia ai diversi oggetti del contratto.

Presso l'Osservatorio è istituito un casellario informatico all'interno del quale sono registrate le notizie relative all'esclusione degli operatori economici per violazioni in materia di sicurezza e di ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, di cui la stazione appaltante sia venuta a conoscenza nel corso della gara.

L'attività dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici in parte è finanziata dallo Stato ed in parte riceve un contributo dalle amministrazioni aggiudicatrici, dagli enti aggiudicatori, dagli operatori economici che partecipano alle gare e dagli organismi di attestazione. Il pagamento del contributo all'Autorità è obbligatorio per la partecipazione alle procedure di aggiudicazione.

2. LE DELIMITAZIONE SOGGETTIVA E OGGETTIVA: IN HOUSE PROVIDING, CONCESSIONI, PFI E PPP.

Un argomento frequentemente dibattuto in Italia è la delimitazione soggettiva della disciplina europea e nazionale di recepimento in materia di appalti pubblici. Suscita ancora numerose incertezze interpretative il requisito del carattere non industriale e commerciale dei bisogni soddisfatti dall'**organismo di diritto pubblico**⁴. La qualificazione di organismo di diritto pubblico non è stata riconosciuta ad una società consortile per azioni partecipata da capitali pubblici, che realizza e gestisce un centro mercatale, poiché svolge attività

⁴ **ORGANISMI DI DIRITTO PUBBLICO:** S. Girella (a cura di), *Organismi di diritto pubblico e imprese pubbliche : l'ambito soggettivo nel sistema degli appalti europeo e nazionale*, Milano, Angeli, 2010; D. Casalini, *Concessionario, organismo di diritto pubblico o gestore in house: chi sopporta il rischio economico della gestione delle autostrade?*, in *Urb e app.*, 2009, 882-889.

commerciale in regime di concorrenza, sostenendo il conseguente rischio d'impresa (Cass., SS.UU., 7 aprile 2010, n. 8225); viceversa è considerato organismo di diritto pubblico l'ente affidatario del servizio pubblico della gestione delle infrastrutture aeroportuali (Cass., SS.UU., ord. 4 novembre 2009 n. 23322); la società Autostrade S.p.A. incaricata della costruzione e gestione delle autostrade (T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 9 marzo 2009, n. 2369) e l'Ente Fiera del Levante (T.a.r. Puglia, Bari, sez. I, 24 febbraio 2009, n. 399).

La progressiva specificazione dei requisiti dell'*in house providing*⁵ da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia (CGCE, 13 novembre 2008, in C-324/07, *Coditel Brabant SA*; CGCE, 10 settembre 2009, in C-573/07, *Sea s.r.l. v Comune di Ponte Nossola*) ha contribuito a chiarire alcuni dubbi interpretativi della precedente giurisprudenza nazionale principalmente affermando la distinzione tra proprietà e controllo dell'impresa, ove solo questa rileva ai fini della sussistenza del requisito del controllo analogo (CGCE, 17 luglio 2008, in C-371/05, *Commissione CE c. Repubblica Italiana*; CGCE 19 aprile 2007, in C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c. Transformación Agraria SA (Tragsa), Administración del Estado*). In caso di pluralità di soci pubblici detentori ciascuno di una quota minima del capitale del produttore *in house*, è la titolarità in capo a ciascuno di essi di poteri effettivi di ingerenza nelle scelte strategiche e nell'organizzazione del ciclo produttivo che determina la sussistenza del controllo analogo (Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2009, n. 591, Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365 e Cons. Stato, sez. v, 26 agosto 2009, n. 5082). Pur essendo ormai pacifico che il

⁵ **IN-HOUSE PROVIDING:** sul controllo analogo v. R. Cavallo Perin, D. Casalini, *The control over in-house providing organizations*, in *Public Procurement Law Review*, n. 5/2009, 227-240; per una più ampia prospettiva R. Caranta, *The In-House Providing: The Law as It Stands in the EU*, in *The In House Providing in European Law*, M. Comba and S. Treumer (eds.), Copenhagen, 2010; M. Comba, *In-House Providing in Italy: the circulation of a model*, in *The In House Providing in European Law*, M. Comba and S. Treumer (eds.), Copenhagen, 2010; F. Cassella, *In-House providing - European regulations vs. national systems*, in *The In House Providing in European Law*, M. Comba and S. Treumer (eds.), Copenhagen, 2010; M. G. Pulvirenti, *Recenti orientamenti in tema di affidamenti in house*, in *Foro Amm. - C.d.S.*, 2009, pag. 108; G. Corso e G. Fares, *Crepuscolo dell'in house?*, in *Foro it.*, 2009, I, 1319; H. Simonetti, *Il modello delle società in house al vaglio della corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2009, I, 1314; G. Piperata, *La corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello «a mosaico» della società in house*, in *Regioni*, 2009, 651.

requisito della destinazione principale dell'attività a favore degli enti controllanti deve essere valutato sotto il profilo sia quantitativo che qualitativo (18 dicembre 2007, in C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia c. Administración del Estado*; Corte Cost. 23 dicembre 2008, n. 439), la legislazione italiana ha limitato l'attività dell'*in house provider* con riferimento all'ambito territoriale di riferimento, vietando anche la possibilità di presentare offerte nelle procedure di gara esperite da amministrazioni diverse da quelle che esercitano il controllo analogo (art. 13, d.l. n. 223/2006 convertito in legge n. 248/2006).

Non ha ancora avuto invece sufficiente approfondimento nell'ordinamento giuridico italiano la più recente eccezione alla disciplina europea dei contratti pubblici individuata dalla Corte di giustizia (CGCE, 9 giugno 2009, in C-480/06 *Commission v Germany*).

Ciononostante alcune forme di cooperazione ed esercizio congiunto di funzioni e servizi pubblici tra enti locali sono previste dal sistema legislativo italiano (art. 15, l. n. 241/1990 e artt. 31-33, d.lg. n. 267/2000) che le ha recentemente favorite o addirittura imposte con legge finanziaria (l. n. 244/2007, art. 2, c. 28; d.l. n. 78/2010, art. 14, § 25-31).

L'affidamento di una **concessione di pubblici servizi** non rientra nel campo di applicazione delle direttive comunitarie, ma è soggetto ai principi europei a tutela della concorrenza (CGCE, 9 settembre 2010, C-64/08, *Ernst Engelmann*; CGCE, 3 giugno 2010, in C-203/08, *Sporting Exchange Ltd v Minister van Justitie*). Recentemente il Consiglio di Stato ha statuito che una concessione di pubblico servizio deve avvenire con procedura di gara a evidenza pubblica e il ricorso alla trattativa privata è possibile solo in casi di impossibilità di fare ricorso a pubbliche gare in ragione dell'estrema urgenza, ovvero della sussistenza di presupposti tecnici tali da impedire, se non a costi sproporzionati, la ricerca di altre soluzioni basate sul confronto concorrenziale, poiché in base ai principi comunitari e nazionali, le amministrazioni devono osservare i principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione (Cons. Stato, V, 21 settembre 2010 n. 7024).

Con riferimento alla **finanza di progetto**⁶, la Commissione CE aveva avviato una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia (Cons. Stato, IV, 13 gennaio 2010, n. 75). La procedura è stata poi abbandonata perché l'Italia ha provveduto ad adeguarsi alle indicazioni della Commissione (art. 153, co. 1-14 modificati dal d.lgs. n. 152/2008). In Italia, la procedura di *project financing* per l'esecuzione di lavori pubblici prevede due fasi, in cui alla prima (fase di individuazione del promotore) non si applicano le regole dell'evidenza pubblica, mentre la seconda fase è soggetta ai principi comunitari e nazionali in materia di evidenza pubblica e concerne la scelta del concessionario finale (Cons. Stato, V, 28 maggio 2010, n. 3399).

Per quanto concerne la qualifica di «operatore economico», sono considerati tali tutti i soggetti che offrono sul mercato la realizzazione di lavori, beni o servizi, a prescindere dalla loro forma giuridica, dalla natura pubblica o privata, dal carattere duraturo o occasionale della loro attività, siano essi organizzati in forma d'impresa o esercenti una professione intellettuale o **enti senza scopo di lucro**⁷: fondazioni, enti *no profit*, onlus, e imprese sociali (Cons. Stato, VI, 8 giugno 2010, n. 3638; Cons. Stato, V, 25 febbraio 2009, n. 1128; Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2010 n. 5956).

3. PROCEDURE DI AGGIUDICAZIONE

3.1 I requisiti soggettivi di partecipazione e specifiche tecniche

⁶ **FINANZA DI PROGETTO**: G. Manfredi, *La finanza di progetto dopo il d.lgs. n. 152/2008*, in *Dir. amm.*, 2009, 429; V. Cesaroni, *La finanza di progetto*, in *Riv. amm.*, 2009, 119; M. Mattalia, *Il Project financing come strumento di partenariato pubblico privato*, in *Foro Amm. – C.d.S.*, 2010, 23.

⁷ **ENTI SENZA SCOPO DI LUCRO**: S. Mento, *La partecipazione delle fondazioni alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 151.

In Italia esiste uno specifico sistema di **qualificazione** delle imprese che eseguono lavori sulla base delle certificazioni (SOA) rilasciate da imprese private⁸ (art. 34 e 40, *Codice dei contratti pubblici*; art. 52, direttiva CE n. 2004/18). I requisiti di idoneità dei fornitori e dei prestatori di servizi possono essere autodichiarati da questi ultimi e il loro accertamento spetta ad ogni singola amministrazione aggiudicatrice in ogni singola procedura di aggiudicazione, il che comporta un considerevole dispendio di tempo e risorse. L'accertamento dei requisiti riguarda l'offerente vincitore e almeno il 10% degli altri partecipanti estratti a sorte (art. 48, *Codice dei contratti pubblici*).

In Italia, la disciplina estremamente dettagliata sui requisiti di partecipazione (compresi i requisiti di qualificazione morale, economico-finanziaria, tecnica e professionale degli offerenti) pone frequenti problemi applicativi cui la giurisprudenza cerca di porre rimedio conciliando il principio di *favor participationis* con quello di **parità di trattamento e non discriminazione**⁹, in modo tale da consentire la più ampia partecipazione possibile alle gare.

Il Codice dei contratti pubblici è stato modificato a causa di una sentenza della Corte di Giustizia CE (CGCE, sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/2007) in cui si è ribadita la facoltà per gli Stati Membri di introdurre cause di esclusione dalle gare pubbliche ulteriori rispetto a quelle previste nelle Direttive, purché siano proporzionate e ragionevoli e l'esclusione faccia seguito ad una procedura cui sia consentita la partecipazione anche degli offerenti. Il codice italiano dei contratti pubblici a tal fine emendato (art. 38) prevede oggi l'esclusione dei partecipanti che sono sostanzialmente e reciprocamente collegati solo in quanto sia dimostrato che le offerte dei partecipanti collegati provengono dal medesimo centro decisionale (Cons. Stato, VI, 25 gennaio 2010, n. 247; Cons. Stato, VI, 26 febbraio

⁸ **QUALIFICAZIONI DELLE IMPRESE CHE ESEGUONO LAVORI:** L. Giampaolino, *Il codice degli appalti e il sistema di qualificazione*, in *Riv. trim. appalti*, 2009, 301.

⁹ **FAVOR PARTECIPATIONIS E PARITÀ DI TRATTAMENTO:** S. Monzani, *L'integrazione documentale nell'ambito di un appalto pubblico tra esigenze di buon andamento e di tutela della par condicio dei concorrenti*, in *Foro Amm. – C.d.S.*, 2009, 2346; I. Filippetti, *Par condicio e favor participationis nell'interpretazione degli atti di gara*, in *Urb. e app.*, 2009, 821.

2010, n. 1120; C.G.A., 21 aprile 2010, n. 546; Cons. Stato, VI, 7 aprile 2010, n. 1967; Cons. St., sez. V, 6 aprile 2009, n. 2139; Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008, n. 4267). Si è ad esempio rilevata la sussistenza di una situazione di collegamento sostanziale nel caso di imprese operanti nei medesimi locali, con lo stesso numero telefonico ed in cui sussistevano dei vincoli parentali tra amministratori e rappresentanti delle due società (Cons. Stato V, 10 febbraio 2010, n. 690). La giurisprudenza italiana impone una procedura specifica per valutare i **collegamenti sostanziali**¹⁰ tra gli offerenti, al fine di consentire la loro esclusione (Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2009 n. 1459, C. Stato, sez. V, 20 agosto 2008, n. 3.982) e le regole per la registrazione dell'esclusione nel casellario informatico presso l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici (cons. Stato, VI, 15 giugno 2010, n. 3.754; Cons Stato, VI, 5 febbraio 2010, n. 530).

Un diffuso motivo di esclusione è la falsa o erronea autocertificazione dei requisiti di **qualificazione morale**¹¹ degli offerenti (Tar Piemonte, sez II, 16 marzo 2009, n. 772, Cons Stato, V, 2 febbraio 2010, n. 428 ; Cons Stato, VI, 6 aprile 2010, n. 1909; Cons Stato, V, 11 maggio 2010, n. 2822; Cons Stato, VI, 22 febbraio 2010, n. 1017, Cons Stato,

¹⁰ **COLLEGAMENTO SOSTANZIALE:** S. Monzani, *L'estensione del divieto di partecipazione ad una medesima gara di imprese controllate o collegate in nome della tutela effettiva della concorrenza*, in *Foro Amm. – C.d.S.*, 2009, 666; M. Briccarello, *Collegamento sostanziale: il superamento del divieto assoluto di partecipazione alla gara*, in *Urb. e app.*, 2010, 731; S. Ponzio, *Il procedimento per l'accertamento del "collegamento sostanziale" tra imprese negli appalti pubblici*, in *Foro Amm. – C.d.S.*, n. 9/2010.

¹¹ **QUALIFICAZIONE MORALE:** G. Ferrari, *Dichiarazione personale del possesso del requisito di moralità da parte dei singoli rappresentanti dell'impresa*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 537; G. Manfredi, *Moralità professionale nelle procedure di affidamento e certezza del diritto*, in *Urb. e app.*, 2010, 508; A. Azzariti, *Requisiti di capacità tecnico-professionale e cause di esclusione negli appalti di forniture delle asl*, in *Sanità pubbl. e privata*, 2009, 5, 77; G. Ferrari - L. Tarantino, *Revoca di aggiudicazione provvisoria per condanna penale dell'amministratore e direttore tecnico*, in *Urb. e app.*, 2009, 1518; P. Patrito, *L'art. 38 del codice dei contratti pubblici nuovamente al vaglio della giurisprudenza*, in *Urb. e app.*, 2009, 858; D. De Carolis, *Vicende soggettive delle imprese, obblighi del partecipante e poteri della stazione appaltante*, in *Urb. e app.*, 2009, 327; F. Bertini, *Durc e gare di appalto, tra dubbi e certezze*, in *Urb. e app.*, 2009, 10, 1214; G. Ferrari, *Verifica dei requisiti di ammissione in caso di scissione societaria*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, 539; M. Napoli, *Imprese vittime della criminalità organizzata ed esclusione dalle pubbliche gare*, in *Urb. e app.*, 2009, 1413; F. A. Giordanengo, *Sulle caratteristiche essenziali dei consorzi stabili*, in *Foro Amm. - T.a.r.*, 2010, 1567.

V, 13. luglio 2010, n. 4.520;.. Cons Stato, V, 26 maggio 2010, n. 3.364;.. Cons Stato, V, 23 febbraio 2010, n. 1040), il cui possesso è richiesto anche a tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono all'esecuzione di contratti pubblici, in veste di affidatari, di subaffidatari, o di prestatori di requisiti nell'ambito del c.d. **avvalimento**¹² (cons. Stato, VI, 6 aprile 2010, n. 1930, Cons Stato, V, 23 febbraio 2010, n. 1054;.. Cons Stato, VI, 15 giugno 2010, n. 3759). Il Codice dei contratti pubblici italiano prevede anche l'esclusione delle imprese che non hanno dichiarato la grave negligenza o malafede nell'esecuzione di un precedente contratto stipulato con altra Amministrazione pubblica (art. 38, § 1, lett f, Codice dei contratti pubblici; Cons Stato, V, 15 marzo 2010, n. 1550; Cons Stato, VI, 28 luglio 2010, n. 5029)

3.2 La procedura negoziata e il dialogo competitivo

In Italia, il ricorso alla **procedura negoziata** è molto frequente. Tra i contratti pubblici (compresi quelli sotto soglia), aggiudicati nel 2009, più del 30% (con punte di oltre il 60% nei settori coperti dalla direttiva n. 17/2004) delle procedure di gara complessive, sono procedure negoziate, pari al 20%-25% del totale delle spese per gli appalti pubblici. Inoltre il nostro Codice dei contratti pubblici non ha attuato due dei casi che giustificano il ricorso alla procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara, che erano originariamente previsti dalla Direttiva CE n. 18/2004, art. 30, § 1, lett. b) e c): i casi eccezionali, quando la natura dei lavori, forniture o servizi non consentano la fissazione preliminare e globale del prezzo nonché il caso di servizi, in particolare di servizi rientranti nella categoria 6 dell'allegato II A, la cui natura è tale da rendere impossibile stabilire con sufficiente precisione le specifiche dell'appalto.

¹² **AVVALIMENTO:** E. Faresin, *L'avvalimento negli appalti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2009; A. Ilacqua, *Il contratto di avvalimento*, in *Corriere Merito*, 2010, 2; L. Fertitta, *L'istituto dell'avvalimento*, in *Riv. trim. appalti*, 2009, 141; L. Masi, *Avvalimento: il contratto è necessario*, in *Urb. e app.*, 2009, 564; M. G. Vivarelli, *L'avvalimento*, in *Riv. trim. appalti*, 2009, 35.

La procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara comporta l'invio simultaneo di inviti a presentare un'offerta ad almeno tre operatori economici che soddisfano i criteri di selezione qualitativa per l'esecuzione del contratto; il ricorso a tale previsione riduce sensibilmente la competizione per l'aggiudicazione dell'appalto (art. 58, Codice dei contratti pubblici).

L'attuazione del **dialogo competitivo**¹³ in Italia, è stata rinviata fino all'entrata in vigore del regolamento di attuazione del Codice dei contratti (art. 253, § 1 *quater* Codice dei contratti pubblici), prevista nel prossimo futuro. Fino all'entrata in vigore del regolamento attuativo del Codice dei contratti pubblici, una forma di dialogo competitivo in Italia è stata utilizzata esclusivamente come un possibile strumento per aggiudicare gli appalti pubblici che non rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive, come le concessioni di lavori o servizi e le altre forme di PFI e PPP. Ciononostante, il Codice dei contratti pubblici italiano limita l'uso del dialogo competitivo prevedendo l'impossibilità di ricorrervi per gli appalti di lavoro più complessi, come le opere infrastrutturali strategiche e gli impianti di produzione (art. 161-205 Codice dei contratti pubblici), ben oltre lo scopo del diritto comunitario (considerando 31 della direttiva UE n. 18/2004).

3.3 I Criteri di aggiudicazione

La **distinzione tra criteri soggettivi di qualificazione dell'offerente e criteri di selezione dell'offerta**¹⁴ (ECJ, sez. I, 24 gennaio 2008, in C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE v*

¹³ **DIALOGO COMPETITIVO**, G. M. Racca - D. Casalini, *Implementation and application of competitive dialogue: experience in Italy*, Public Procurement: Global Revolution V, University of Copenhagen, 9-10 september 2010; sulla comparazione tra dialogo competitivo e i *marchés de définition* francesi: S. Ponzio, *Gli "appalti di definizione" nell'ordinamento francese. La violazione dei principi di trasparenza e concorrenza nell'aggiudicazione degli appalti pubblici*. in *Foro Amm. - C.d.S.*, 2010, 22.

¹⁴ **DISTINZIONE TRA CRITERI SOGGETTIVI DI QUALIFICAZIONE DELL'OFFERENTE E CRITERI DI SELEZIONE DELL'OFFERTA**: M. E. Comba, *Selection and Award Criteria in Italian Public Procurement Law*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, 122; A. Annibali, *Requisiti di idoneità e criteri di aggiudicazione dell'offerta*, in *Urb. e app.*, 2010, 201.

Dimos Alexandroupolis; Circolare del Dipartimento per le Politiche Europee della Presidenza del Consiglio del 1° marzo 2007; Cons. Stato, sez. V, n. 2716/2009) è un aspetto ancora dibattuto in Italia, dove il giudice amministrativo, soprattutto in relazione ad appalti di servizi, pare consentire la valutazione di elementi soggettivi nei casi in cui questi siano strettamente connessi con l'oggetto del contratto messo a gara (Cons. St., Sez. V, 21 maggio 2010, n. 3208; Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3716; Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2009, n. 6002; Cons. Stato, V, 22 giugno 2010, n. 3887).

Nel casi di applicazione del criterio dell'**offerta economicamente più vantaggiosa**¹⁵, l'amministrazione aggiudicatrice deve nominare una **commissione di gara**¹⁶ la cui composizione è definita in dettaglio dal Codice dei contratti pubblici (art. 84). I membri della Commissione devono avere adeguate competenze professionali connesse con l'oggetto del contratto (cons. Stato, IV, 31 marzo 2010, n. 1830;. Cons Stato, V, 14 giugno 2010, n. 3.732; Cons . Stato, V, 30 aprile 2009, n. 2761) e devono essere nominati dopo la prima apertura dei plichi contenenti le offerte (Cons. St., V, 6 luglio 10, n. 4311).

Nel rispetto del principio di trasparenza e **di pubblicità delle sedute di gara**¹⁷, ogni fase della procedura di gara deve essere aperta al pubblico, l'unica eccezione a tale principio attiene alla valutazione tecnica da parte della commissione di gara delle offerte secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (Cons. Stato, VI, 8 giugno 2010, n. 3634).

¹⁵ **OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA:** I. Franco, *Trasparenza e pubblicità nelle gare di appalto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urb. e app.*, 2009, 137; C. Contessa, *L'offerta economicamente più vantaggiosa: brevi note su un istituto ancora in cerca di equilibri*, in www.giustamm.it; A. Mascaro, *Appalti: il prezzo non prevale automaticamente sulla qualità se la lex specialis rispetta i parametri di proporzionalità e ragionevolezza*, in www.dirittoegiustizia.it.

¹⁶ **COMMISSIONE:** M. Sichetti, *La commissione giudicatrice nella procedura di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Corriere Merito*, 2010, 3; C. Silvestro, *Funzionari interni componenti delle commissioni giudicatrici e requisiti di professionalità*, in *Urb. e app.*, 2009, 1373.

¹⁷ **PUBBLICITÀ DELLE SEDUTE DI GARA:** A. Gandino, *Sulla pubblicità delle sedute di gara: riflessioni a margine della trasparenza amministrativa nel codice dei contratti pubblici (e non solo)*, in *Foro Amm.-Tar.*, 2009, 1276.

In caso di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 83, co. 4, *Codice dei contratti pubblici*), le norme italiane impongono alle stazioni appaltanti di stabilire e prevedere, fin dalla formulazione della documentazione di gara, tutti i criteri di valutazione dell'offerta, precisando, ove necessario, anche i sub criteri e la ponderazione e cioè il valore o la rilevanza relativa attribuita a ciascuno di essi (T.a.r. Piemonte, sez. II, 19 marzo 2009, n. 785).

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici aveva riconosciuto alla Commissione di gara la possibilità di stabilire i criteri motivazionali, avendo però cura di non modificare i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel bando e nel disciplinare di gara (Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, pareri n. 119 del 22 gennaio 2007; n. 90 del 20 marzo 2008; n. 125 del 23 aprile 2008; n. 183 del 12 giugno 2008; Cons. Stato, V, 8 settembre 2008, n. 4271; Corte di Giustizia, sentenza del 24 novembre 2005, causa C-331/04).

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa viene talora applicato in Italia con l'ausilio di **formule matematiche**¹⁸ che dovrebbero consentire di trasformare più facilmente in un punteggio numerico la valutazione di tutti gli elementi diversi dal prezzo. I giudici amministrativi sempre più frequentemente sindacano la ragionevolezza e proporzionalità delle formule matematiche utilizzate per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (Cons. St., V, 9 aprile 2010, n. 2004; Cons. St., V, 22 giugno 2010, n. 3890; Cons. St., VI, 17 dicembre 2008, n. 6278)

Alcuni problemi sorgono nel caso di presentazione di un'offerta economica pari a zero, che è stata considerata inammissibile con esclusione dell'offerente, in quanto determina la sostanziale inapplicabilità della formula matematica né la stazione appaltante è dotata del potere di sostituire l'offerta al prezzo pari a zero con un valore infinitesimale (Cons. Stato, V, 16 luglio 2010, n. 4624).

¹⁸ **FORMULE MATEMATICHE:** M. Mattalia, *L'offerta economicamente più vantaggiosa e l'applicazione della formula matematica prevista dal disciplinare di gara*, in *Foro Amm. - C.d.S.*, 2010.

Fermo restando l'obbligo di procedimento in contraddittorio per la verifica delle **offerte anomale**¹⁹ (Cons. Stato, VI, 15 luglio 2010, n. 4584; Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2009 n. 6708; Cons. St., sez. V, 13 febbraio 2009 n. 826; T.a.r. Puglia, Lecce, III, 24 settembre 2009 n. 2186), la disciplina italiana consente di inserire nel bando o nell'invito clausole che impongono alle ditte partecipanti l'obbligo di presentare le **giustificazioni preventive**²⁰ dell'offerta, con la conseguenza che va esclusa una ditta che si è limitata a dichiarare genericamente la sostenibilità dell'offerta, senza giustificare le singole componenti (Cons. Stato, V, 17 febbraio 2010, n. 922; Cons. Stato, VI, 2 aprile 2010, n. 1893).

Il giudizio di verifica sull'anomalia mira ad accertare la serietà, congruità e attendibilità dell'offerta, a questo scopo, i dettagli degli elementi costitutivi dell'offerta che possono essere considerati rilevanti sono: il possibile sfruttamento economico del servizio prestato in altri mercati o altri rapporti contrattuali, i tempi di esecuzione delle opere e l'inidoneità dei mezzi impiegati ai fini dell'esecuzione dei lavori nel tempo indicato in sede di offerta (T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, 4 giugno 2010 n. 532) o il riutilizzo dei materiali e dei servizi accessori prodotti durante la performance di contratto (T.a.r. Lazio, Roma, III TER, 20 maggio 2010 n. 12518).

¹⁹ **ANOMALIA DELL'OFFERTA:** M. Pignatti, *Il giudizio sulle offerte anomale tra effettività del contraddittorio ed oggettività nelle valutazioni*, in *Foro Amm. – C.d.S.*, 2009, 1302; T. Del Giudice, *La rilevanza della concorrenza «effettiva» nel giudizio di anomalia dell'offerta: riflessioni in ordine alla compressione dell'utile d'impresa*, in *Foro Amm. – Tar*, 2009, 1927; A. Manzi, *Le novità in materia di offerte anomale*, in *Urb. e app.*, 2010, 270; E. Santoro, *Offerte anomale e calcolo del costo del lavoro: favor per le imprese che assumono lavoratori dalle liste di mobilità*, in *Urb. e app.*, 2010, 208; L. Masi, *Offerte con ribassi identici nel procedimento di determinazione della soglia di anomalia*, in *Urb. e app.*, 2010, 186; L. Miconi, *Il problema dei ribassi elevati nell'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria: breve commento al nuovo regolamento di attuazione del d.leg. 163/2006 e parere del consiglio di stato n. 313/2010*, in *www.giustamm.it*.

²⁰ G. Fares, *Sulle conseguenze dell'omessa presentazione delle giustificazioni preventive*, in *Foro Amm.-Tar*, 2009, 813.

Nell'ordinamento italiano si è avviata una politica volta all'**aggregazione dei contratti pubblici**²¹. In questa prospettiva di aggregazione sembrano porsi i recenti interventi del legislatore nazionale che prevedono l'istituzione di centrali di committenza regionali²² che dovranno costituire una rete in collaborazione con la Centrale nazionale²³, la Consip s.p.a. che dal 2000²⁴ opera come amministrazione aggiudicatrice e centrale unica nazionale di committenza, incaricata di stipulare "convenzioni quadro" la cui adesione è attualmente obbligatoria per le amministrazioni statali²⁵.

²¹ **AGGREGAZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI:** G. M. Racca, *Collaborative procurement and contract performance in the Italian healthcare sector: illustration of a common problem in European procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, 119; G. M. Racca, *La professionalità nei contratti pubblici della sanità: centrali di committenza e accordi quadro*, in *Foro Amm. – C.d.S.*, 2010, 1475; G. M. Racca, R. Cavallo Perin e G. L. Albano, *The safeguard of competition in the execution phase of public procurement: framework agreements as flexible competitive tools*, in *Quaderni Consip*, VI(2010); G.L. Albano e F. Antellini Russo, *Problemi e prospettive del Public procurement in Italia tra esigenze della pubblica amministrazione obbiettivi di politica economica*, 2009, in *Economia Italiana*, 809; D. BROGGI, *Consip: il significato di un'esperienza, Teoria e pratica tra e-Procurement ed e-Government*, Roma, 2008, 9.

²² L. 27 dicembre 2006, n. 296, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)*, art. 1, c. 455. Si veda anche: Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, *Censimento ed analisi dell'attività contrattuale svolta nel biennio 2007-2008 dalle Centrali di Committenza Regionali e verifica dello stato di attuazione del sistema a rete*, 27 e 28 gennaio 2010, in <http://www.avcp.it/portal/public/classic/>.

²³ Si veda ad es. l'accordo stipulato il 21 dicembre 2009 fra SCR-Piemonte S.p.A. e la Consip S.p.A., in <http://www.consip.it>.

²⁴ L. 23 dicembre 1999, n. 488, *legge finanziaria per l'anno 2000*, art. 26.

²⁵ Legge 23 dicembre 1999, n. 488, *legge finanziaria per l'anno 2000*, e art. 26, che inizialmente imponeva l'obbligo di adesione per tutte le pubbliche amministrazioni, centrali e periferiche, con la sola esclusione dei comuni con popolazione inferiore ai mille abitanti e comuni montani con popolazione inferiore ai cinquemila abitanti. Si veda anche: legge 23 dicembre 2000, n. 388, *legge finanziaria per l'anno 2001*, art. 58; L. 24 dicembre 2003, n. 350, *legge finanziaria per l'anno 2004*, art. 3, comma 166; d.l. 12 luglio 2004, n. 168, *Interventi urgenti per il contenimento della spesa pubblica*, art. 1, conv. in legge, con modificazioni, dall'art. 1, legge 30 luglio 2004, n. 191; legge 24 dicembre 2007, n. 244, art. 2, c. 574, *legge finanziaria 2008*.

Tuttavia, è noto che le convenzioni quadro stipulate dalla Consip S.p.A. riguardano una categoria molto limitata di prodotti e servizi, fissati annualmente con decreto ministeriale. Le amministrazioni non statali usano come riferimento le convenzioni quadro Consip quale parametro²⁶ di prezzo e qualità per i loro acquisti²⁷ (cons. St., sez. V, 2 febbraio 2009, n. 557), con previsione di un'ipotesi di responsabilità amministrativa per i funzionari pubblici locali (C. Conti, sez. Giur. Reg. Valle d'Aosta, 23 novembre 2005, n. 14).

3.4 I Contratti Sottosoglia

In Italia i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo **inferiore alla soglia europea**²⁸ sono molto diffusi, spesso a causa di una mancanza di pianificazione della supply chain o di comportamenti illeciti nella gestione degli acquisti che talvolta possono essere considerati come frammentazioni volte a eludere l'applicazione della direttiva europea, comportandone quindi una violazione (art. 9, § 3, la direttiva n. 18/2004; Cons Stato, sez V, 9 giugno 2008 n. 2803).

In Italia, gli appalti pubblici sotto soglia sono soggetti ai medesimi principi previsti per i contratti sopra soglia, salvo alcune semplificazioni procedurali relative: agli oneri

²⁶ **BENCHMARKS:** Art. 1, c. 4, lett. c, d.l. 12 luglio 2004, n. 168; S. Ponzio, *La verifica di congruità delle offerte rispetto alle convenzioni Consip s.p.a. negli appalti pubblici di forniture e servizi* in *Foro Amm. - C.d.S.*, 2009, 2352; I. Pagani, *Appalti di fornitura ed "anomalia esterna" rispetto alle previsioni del codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2009, 592

²⁷ L. 23 dicembre 1999, n. 488, art. 26, c. 3, ove si stabilisce l'obbligo (fatta eccezione per i comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti e ai comuni montani con popolazione fino a 5.000 abitanti) per le pubbliche amministrazioni che non hanno aderito alle convenzioni stipulate dalla Consip S.p.A. di rispettare i parametri di congruità prezzo-qualità presenti nelle stesse.

²⁸ **CONTRATTI INFERIORI ALLA SOGLIA COMUNITARIA:** E. D'Arpe, *Le acquisizioni in economia di beni e servizi mediante la procedura di cottimo fiduciario*, in *Corriere merito*, 2009, 95; M. Giovannelli e F. Bevilacqua, *Ammissibilità della procedura negoziata ai contratti fino a cinquecentomila euro*, in *Urb. e app.*, 2009, 401.

di pubblicazione dei bandi di gara, che possono essere pubblicati in qualsiasi giornale locale o esclusivamente sul sito web dell'amministrazione aggiudicatrice, limitandone, in questo modo, la pubblicità e riducendo la possibile concorrenza; ai requisiti di ordine tecnico, economico e finanziario di selezione qualitativa che sono più semplici e di minore rilevanza; ai termini di scadenza per la presentazione delle offerte che sono più brevi (art. 121-124 Codice dei contratti pubblici). È oggetto di dibattito in Italia la conformità ai principi comunitari applicabili agli appalti pubblici che non rientrano nel campo di applicazione delle direttive comunitarie della norma che consente alle autorità aggiudicatrici che acquistano sotto soglia di escludere automaticamente un'offerta anormalmente bassa, senza richiedere l'offerente tutti i dettagli giustificativi degli elementi costitutivi della sua offerta. (cons. Stato, sez contro normativi Atti, 6 febbraio 2006 n. 355/06; Corte di giustizia europea, sez IV, 23 dicembre 2009, in C-376/2008, *Serrantoni Srl e Consorzio Stabile Edili Scrl v Comune di Milano*; Corte di giustizia europea, sez IV, 15 maggio 2008, C-147/06 *SECAP Spa v Comune di Torino*; Id., C-148/06 *Santorso Soc. Coop Arl v Comune di Torino*; Comunicazione interpretativa relativa al *Diritto Comunitario applicabile Alle aggiudicazioni di non Appalti solo parzialmente o disciplinate dalle direttive «Appalti Pubblici»*, in GUCE 1 giugno 2006, C-179 / 2).

Oltre alle ordinarie procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici sotto soglia, il Codice dei contratti pubblici (art. 125) permette alle amministrazioni aggiudicatrici di acquisire direttamente lavori, servizi e forniture ricorrendo alle proprie risorse umane e materiali (c.d. Amministrazione Diretta) o di stipulare il contratto mediante una procedura negoziata (c.d. Cottimo fiduciario: Tar Campania, Napoli, sez I, 9 giugno 2010, n. 13.722; Tar Piemonte, sez II, 19 marzo 2009, n. 785; Tar Toscana, sez II, 22. giugno 2010, n. 2025).

Le amministrazioni aggiudicatrici spesso, provvedono ai propri fabbisogni di valore inferiore alla soglia comunitaria attraverso il mercato elettronico istituito da Consip

(**Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione**²⁹ - MEPA): mediante il MEPA, gli operatori economici possono offrire e fornire servizi agli enti pubblici che possono acquistare direttamente, senza espletare alcuna procedura di aggiudicazione.

3.5 Le Clausole verdi e le clausole sociali³⁰.

Il *Codice dei contratti pubblici*, in conformità alle indicazioni del diritto europeo e della giurisprudenza della Corte di giustizia (per tutte CGCE, 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus*) consente di subordinare l'economicità dell'aggiudicazione a criteri ispirati a esigenze sociali, di tutela della salute e dell'ambiente e di promozione dello sviluppo sostenibile (art. 2, co. 2: c.d. clausole verdi o sociali).

Talune clausole sociali sono direttamente previste dalla legge che integra automaticamente i documenti di gara anche ove questi non ne facciano esplicito richiamo: così la dichiarazione circa il rispetto della disciplina del diritto al lavoro dei disabili, prescritta dall'art. 17, L. 12 marzo 1999, n. 68, costituisce un dovere dei partecipanti indipendentemente dalla sua specifica menzione nei documenti di gara (Cons. Stato, V, 19 giugno 2009, n. 4028). Il Consiglio di Stato ha anche condizionato alla compatibilità con

²⁹ **E-MARKETPLACE – MERCATO ELETTRONICO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE:** d.P.R. 4 april 2002, n. 101, art. 11, *Regolamento recante criteri e modalità per l'espletamento da parte delle amministrazioni pubbliche di procedure telematiche di acquisto per l'approvvigionamento di beni e servizi.*

³⁰ **CLAUSOLE VERDI E CLAUSOLE SOCIALI:** R. Caranta – S. Richetto, *Sustainable Procurements in Italy: Of Light and Some Shadows*, in *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, R. Caranta – M. Trybus (Eds.), Djof Publishing: Copenhagen, 143; G. M. Racca, *Aggregate Models of Public Procurement and Secondary Considerations: An Italian Perspective*, in *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, R. Caranta – M. Trybus (Eds.), Djof Publishing: Copenhagen, 165; D. Perotti, *La «clausola sociale», strumento di salvaguardia dei lavoratori nel conferimento o nel trasferimento di attività a carattere economico-imprenditoriale da parte delle pubbliche amministrazioni*, in *Nuova rass.*, 2009, 24; P. Cerbo, *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della « dignità umana »*, in *Foro Amm. - T.a.r.*, 2010, 1875; A. M. Balestrieri, *Gli “appalti riservati” fra principio di economicità ed esigenze sociali*, in *Urb. e app.*, 2009, 789; G. Ferrari – L. Tarantino, *Gara pubblica e costo del lavoro*, in *Urb. e app.*, 2009, 248.

l'organigramma dell'impresa uscente l'applicazione della clausola sociale che imponeva all'appaltatore subentrante di assumere i soggetti già alle dipendenze dell'appaltatore uscente (Cons. St., V, 16 giugno 2009, n. 3900).

4. L'ESECUZIONE DEL CONTRATTO

Il *Codice dei contratti pubblici* e l'emanando regolamento attuativo disciplinano altresì la fase di **esecuzione del contratto pubblico**³¹ (Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 21 luglio 2008, n. 600). Gli standard di qualità promessi con la presentazione delle offerte non sono sempre forniti e i soggetti appaltanti spesso accettano una prestazione diversa e meno costosa resa dagli operatori economici che così non adempiono agli obblighi assunti in sede di gara. Il Codice italiano dei contratti obbliga le amministrazioni aggiudicatrici a nominare un direttore dell'esecuzione del contratto (art. 119, Codice dei contratti pubblici), tuttavia spesso si verificano inadempimenti dei contratti a causa della mancanza di competenze professionali nella gestione della fase di esecuzione del contratto pubblico.

La disciplina più dettagliata è quella prevista per gli appalti di opere pubbliche (art. 130 s., *Codice dei contratti pubblici*), ove gli ordini di servizio della direzione dei lavori sono finalizzati a garantire la corretta **esecuzione dei lavori** pubblici e sono espressione delle facoltà di ingerenza e controllo del committente sullo stato e sullo svolgimento dei lavori (art. 1662 cod. civ.; Cons. Stato, VI, 26 maggio 2010, n. 3347). Una

³¹ **ESECUZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI:** G. M. Racca, R. Cavallo Perin e G. L. Albano, *The safeguard of competition in the execution phase of public procurement: framework agreements as flexible competitive tools*, in *Quaderni Consip*, VI(2010); R. Cavallo Perin – G. M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325; A. M. Balestrieri, *L'applicabilità di meccanismi revisionali ai contratti di concessione di servizi*, in *Urb. e app.*, 2009, 393.

specifica disciplina è riservata anche al **subappalto**³² (art. 118., *Codice dei contratti pubblici*) che deve essere autorizzato dall'amministrazione aggiudicatrice (Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2010 n. 1713; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 4 gennaio 2010 n. 34) e impone la preventiva indicazione dei sub affidatari per l'esecuzione della prestazione (Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2010 n. 3016; Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2009 n. 6708).

La Corte di Giustizia considera le modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità come una nuova aggiudicazione dell'appalto in violazione della disciplina sui contratti pubblici (ECJ, sez. III, 19 giugno 2008, in C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich*, si veda anche: ECJ, sez. III, 29 aprile 2010 C-160/08, *Commissione europea v Repubblica federale di Germania*; ECJ, sez. Grande, 13 aprile 2010, in C-91/08, *Stadt Frankfurt am Main*; ECJ, sez. III, 25 marzo 10, in C-451/08, *Helmut Müller GmbH*). Con riferimento alla modifica del termine di durata del rapporto contrattuale, le **proroghe dei contratti della P.A.**³³ sono consentite se già previste *ab origine* nei documenti di gara e comunque entro termini determinati, altrimenti la proroga è da equiparare ad un nuovo affidamento senza gara, perciò illegittimo (Cons. Stato, VI, 16 febbraio 2010, n. 850).

La garanzia della corretta esecuzione della prestazione dedotta nel contratto pubblico può anche essere garantita con la previsione di **clausole penali**, che operano in caso di inadempimento del contraente, e da clausole di risoluzione del contratto nell'ipotesi di adempimenti di maggiore gravità, come ad es. la violazione del divieto di subappalto (T.a.r. Campania, Napoli, I, 20 aprile 2010 n. 2026).

³² **SUBAPPALTO**: G. Balocco, *Mancanza od irregolarità della dichiarazione di subappalto ed esclusione dalla gara*, in *Urb. e app.*, 2009, 1132.

³³ **PROROGA DEI CONTRATTI PUBBLICI**: S. Usai, *La proroga programmata del contratto d'appalto*, in *Urb. e app.*, 2010, 705; G. Ferrari - L. Tarantino, *Proroga contratti di trasporto*, in *Urb. e app.*, 2009, 1148.

5. IL RECEPIMENTO IN ITALIA DELLA DIRETTIVA EUROPEA 2007/66/EC IN MATERIA DI RICORSI

La direttiva 11 dicembre 2007, n. 2007/66 *sul miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici* è stata recepita in Italia dal d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 (che in parte modifica il **Codice dei contratti pubblici**), e dal nuovo **Codice del processo amministrativo** (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)³⁴. In particolare il legislatore italiano si è curato di attribuire al giudice amministrativo il potere di dichiarare l'inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione (art. 133, *Codice del processo amministrativo*), di recepire i casi di inefficacia del contratto, le conseguenze dell'inosservanza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto e del termine di sospensione e di garantire una tutela in forma specifica ove possibile.

³⁴ **RICORSI:** M. Lipari, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, *Foro Amm. - T.a.r.*, 2010, (5) LXXIII; M. Lipari, *Il recepimento della «direttiva ricorsi»: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia «flessibile» del contratto*, www.giustamm.it; V. Lopilato, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal d.leg. n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, www.giustamm.it; M. Lipari, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in www.federalismi.it; R. De Nictolis, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; F. Saitta, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in www.giustamm.it; F. Cintioli, *In difesa del processo di parti (note a prima lettura del parere del consiglio di stato sul «nuovo» processo amministrativo sui contratti pubblici)*, in www.giustamm.it; A. Bartolini - S. Fantini - F. Figorilli, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urb. e app.*, 2010, 638; S. Foà, *L'azione di annullamento nel Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; V. Cerulli Irelli, *Osservazioni sulla bozza di decreto legislativo attuativo della delega di cui all'art. 44 l. n. 88/09*, in www.giustamm.it; R. Caranta, *Il valzer delle giurisdizioni e gli effetti sul contratto dell'annullamento degli atti di gara*, in *Giur. It.*, 2009, 6; F. Goisis, *Ordinamento comunitario e sorte del contratto, una volta annullata l'aggiudicazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 116; R. Calvo, *La svolta delle sezioni unite sulla sorte del contratto pubblico*, in *Urb. e app.*, 2010, 421.

In precedenza la giurisdizione in materia di contratti pubblici³⁵ era ripartita tra giudice amministrativo (TAR, Consiglio di Stato), per le controversie aventi a oggetto le procedure di affidamento dei contratti pubblici, e giudice ordinario (tribunali, corti d'appello, Cassazione), per le controversie relative all'esecuzione del contratto pubblico che si riteneva iniziare con la stipulazione del contratto. A seguito dell'entrata in vigore della direttiva CE n. 66/2007, il giudice amministrativo è divenuto competente a pronunciarsi sia sull'invalidità dell'aggiudicazione che sull'inefficacia del contratto stipulato con l'aggiudicatario (Cass., SS.UU., ord. 5 marzo 2010, n. 5291; Cass., SS.U., ord. 10 febbraio 2010, n. 2906; Cons. Stato, V, 15 giugno 2010, n. 3759), mentre rimane al giudice ordinario la giurisdizione sulle controversie relative all'esecuzione del contratto (Cons. Stato, VI, 26 maggio 2010, n. 3347; Cons. Stato, V, 1 aprile 2010, n. 1885), salvo questa sia soggetta a regole speciali di diritto pubblico (come il subappalto: Cons. Stato, IV, 24 marzo 2010, n. 1713).

Il giudice amministrativo deve garantire la rinnovazione della fase di aggiudicazione viziata da illegittimità disponendone la rinnovazione³⁶ ogni volta che sia possibile (Cons. Stato, V, 9 marzo 2010, n. 1373).

³⁵ **PROBLEMATICHE DI GIURISDIZIONE ANTE DIRETTIVA 2007/66/CE:** F. Satta, *Annullamento dell'aggiudicazione: la fine di un problema*, *Dir. amm.*, 2009, 123; R. Caponigro, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto*, *Foro Amm. – C.d.S.*, 2009, pag. 2423; S. Baccharini, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, *Foro Amm. – C.d.S.*, 2009, 2189; M. Benincasa, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto stipulato medio tempore: problemi di riparto della giurisdizione*, in *Giur. it.*, 2009, 1283; M. Benincasa, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto stipulato medio tempore: problemi di riparto della giurisdizione*, in *Giur. It.*, 2009, 5; M. C. Lenoci, *Riparto di giurisdizione fra aggiudicazione e sigla del contratto: una questione tuttora irrisolta*, in *Urb. e app.*, 2009, 606; M. G. Vivarelli, *Ancora sulla sorte del contratto in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione: nuove e vecchie prospettive*, in *Riv. trim. appalti*, 2009, 327; R. Barbagallo, *Le conseguenze sul contratto d'appalto derivanti dall'annullamento dell'atto di aggiudicazione della gara*, in *Giur. it.*, 2009, 1274; M. Benincasa, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto stipulato medio tempore: problemi di riparto della giurisdizione*, in *Giur. it.*, 2009, 1283; P. Santoro, *La caducazione del contratto per invalidità derivata ed il giudizio di ottemperanza*, in *Riv. trim. appalti*, 2009, 5.

³⁶ F. Tallaro, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Rivista neldiritto*, 2009, 1195; G. Ferrari - L. Tarantino, *Obbligo della stazione appaltante di*

Ove il contratto sia già stato stipulato il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'**inefficacia**³⁷ del contratto, precisando se l'inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva, se: a) l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso; b) l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti; c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio (art. 121 e 122, *Codice del processo amministrativo*).

Nei casi in cui il giudice amministrativo non possa disporre la perdita di efficacia, deve consentire, ove possibile, il **risarcimento dei danni per equivalente**³⁸ monetario, (Cons. Stato, V, 15 giugno 2010, n. 3759 nel caso in cui rimangono ormai pochi mesi alla conclusione del contratto).

formulare una nuova graduatoria di gara, in Urb. e app., 2009, 1385; M. Sinisi, Il potere di autotutela nell'ambito delle procedure di gara fra annullamento dell'intera procedura e annullamento dei singoli atti della medesima sequenza procedimentale, in Foro Amm.-Tar., 2009, 31; M. Didonna, Il subentro nel contratto di appalto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, in Urb. e app., 2010, 588; V. De Gioia, Autotutela demolitoria e risarcimento dell'aggiudicatario, in Urb. e app., 2009, 429.

³⁷ **INEFFICACIA:** G. Crepaldi, *La revoca dell'aggiudicazione provvisoria tra obbligo indennitario e risarcimento*, in *Foro Amm. – C.d.S.*, 2010, 868; G. M. Racca, *Contratti pubblici e comportamenti contraddittori delle pubbliche amministrazioni: la responsabilità precontrattuale*, in *Rivista nel diritto*, n. 2/2009, 281; H. Simonetti, *Il giudice amministrativo e la liquidazione del danno: temi e tendenze*, in *Foro it.*, 2009, III, 313.

³⁸ **RISARCIMENTO PER EQUIVALENTE:** E. Boscolo, *L'intervenuta esecuzione dell'opera pubblica: il limite all'annullamento e la sequenza accertamento-risarcimento*, in *Urb. e app.*, 2010, 89; A. Reggio d'Acì, *Il G.A. riduce le prospettive di risarcimento per mancata aggiudicazione*, in *Urb. e app.*, 2009, 557.

La **quantificazione del danno**³⁹ derivante dall'illegittima aggiudicazione di una gara di appalto, deve essere direttamente rapportata all'utile che l'impresa avrebbe conseguito, a seguito dell'aggiudicazione illegittimamente negata (la misura del 10% prevista dall'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F è solo indicativa e deve essere provata), nonché al cosiddetto "danno curriculare" per omessa acquisizione dell'appalto che la medesima avrebbe avuto titolo a conseguire e che in linea di massima è rapportabile a valori compresi fra l'1% e il 5% dell'importo globale del contratto (Cons. Stato, VI, 27 aprile 2010, n. 2384).

In tema di **termine dilatorio** (*standstill period*), il legislatore italiano ha recepito le previsioni comunitarie (art. 11, co. 10, *Codice dei contratti pubblici*; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 14 luglio 2010, n. 16776) e si è avvalso della possibilità di prevedere le deroghe di cui alla direttiva CE n. 66/2007, art. 2^{ter} (art. 11, co. 10^{bis}, *Codice dei contratti pubblici*).

6. WEB SITES

www.gazzettaufficiale.it Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana

www.cortecostituzionale.it Corte Costituzionale

³⁹ **QUANTIFICAZIONE DEI DANNI:** G. Crepaldi, *La revoca dell'aggiudicazione provvisoria tra obbligo indennitario e risarcimento*, in *Foro Amm. – C.d.S.*, 2010, 868; G. M. Racca, *Contratti pubblici e comportamenti contraddittori delle pubbliche amministrazioni: la responsabilità precontrattuale*, in *Rivista neldiritto*, n. 2/2009, 281; H. Simonetti, *Il giudice amministrativo e la liquidazione del danno: temi e tendenze*, in *Foro it.*, 2009, III, 313.

www.quirinale.it Presidenza della Repubblica

www.parlamento.it Parlamento italiano

www.camera.it Camera dei deputati

www.senato.it Senato della Repubblica

www.governo.it Governo italiano Presidenza del Consiglio dei Ministri

www.sviluppoeconomico.gov.it Ministero dello Sviluppo economico

www.cnel.it Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro

www.cortedicassazione.it Corte Suprema di Cassazione

www.giustizia-amministrativa.it Consiglio di Stato – Tribunali Amministrativi Regionali

www.corteconti.it Corte dei Conti

www.agcm.it Autorità garante della concorrenza e del mercato

www.agcom.it Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

www.bancaditalia.it Banca d'Italia

www.garanteprivacy.it Autorità garante per la protezione dei dati personali

www.avcp.it Autorità per la vigilanza sui Contratti pubblici

www.consip.it: Consip S.p.A.

www.cnipa.gov.it Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione

www.autorita.energia.it Autorità per l'energia elettrica e il gas

www.giustizia-amministrativa.it Consiglio di Stato

www.appaltiecontratti.it Appalti e contratti

www.giustamm.it Giustizia amministrativa

www.neldiritto.it Neldiritto:

<http://dejure.giuffre.it> DeJure

www.astrid-online.it Astrid

www.lexitalia.it Lexitalia

www.consip.it/on-line/Home/Pressroom/QuaderniConsip.html Quaderni Consip

www.diritto-amministrativo.org Associazione italiana professori di diritto amministrativo

www.progetto-oplab.org OPLAB Laboratorio sulle opere pubbliche

www.planpublicprocurement.org/main/ Procurement law academic network

www.contrats-publics.net/inhalte/home.asp Public contracts in legal globalization