

La recente giurisprudenza della Corte di giustizia UE in materia di appalti pubblici (2000-2010)

INDICE: 1. Premessa. 2 Il diritto dell'Unione europea in materia di appalti pubblici. 3. L'applicabilità del diritto dell'Unione europea in materia di appalti pubblici. 4. I contratti d'appalto e di concessione. 5. I soggetti interessati dalle direttive in materia di appalti pubblici. 6. Le procedure di aggiudicazione. 7. La giurisprudenza *Telaustria*. 8. La giurisprudenza *Teckal (in-house)*. 9. Le principali vie di ricorso alla luce della normativa UE. 10. Gli effetti della giurisprudenza europea negli ordinamenti degli Stati membri

Il presente studio riassume le interpretazioni, le nozioni ed i principi contenuti nelle sentenze pronunciate dalla Corte di giustizia UE nel periodo 2000-2010 in materia di appalti pubblici, nonché le considerazioni di maggiore interesse espresse al riguardo nelle conclusioni di alcuni Avvocati generali. Si tratta cioè di una rassegna a carattere espositivo della giurisprudenza riguardante un numero relativamente circoscritto di casi che la Corte ha esaminato nel corso degli ultimi anni in relazione a questo specifico settore, integrata da alcune considerazioni personali dell'autore¹. Si avverte, peraltro, che, nel contesto del suo scopo riepilogativo, questo studio si limita a riportare solo quegli aspetti di tale giurisprudenza che, secondo l'opinione dell'autore, possono maggiormente interessare un operatore economico o giuridico nazionale. Ne consegue, per un verso, che non vi sono menzionate tutte le sentenze pubblicate nel periodo considerato e, per un altro verso, che non è citata la giurisprudenza che ha analizzato in precedenza gli argomenti trattati dalla giurisprudenza esaminata nel corso del presente studio. La giurisprudenza mancante può comunque essere ricostruita attraverso la lettura delle sentenze riportate in questo studio che vi fanno direttamente o indirettamente riferimento.

Inoltre, si fa presente che una gran parte delle sentenze esaminate si riferisce a controversie disciplinate da direttive che, come si vedrà, sono state sostituite (nel caso

¹ A questo fine sono state esaminate le sentenze pronunciate fino alla data del 30/6/2010.

delle c.d. “direttive di consolidamento”) ovvero sono state modificate (nel caso delle c.d. “direttive ricorso”) da altre direttive. E’ logico, peraltro, ritenere che, nel maggior numero dei casi, le analisi svolte dalla Corte nelle sentenze oggetto di esame possano essere considerate altrettanto valide anche alla luce delle nuove direttive, dato che il testo di queste ultime, come rilevato dallo stesso giudice europeo in diverse occasioni, non ha apportato sostanziali cambiamenti alle corrispondenti disposizioni contenute nelle precedenti direttive. In questa ottica, si è, pertanto, ritenuto opportuno sia di riassumere la gran parte dei temi trattati dalla Corte come se fossero riferiti alle nuove direttive (nei casi in cui, a giudizio dell’autore, risulta possibile questa equiparazione) sia di sintetizzarli secondo un ordine logico che si sviluppa nel corso dei seguenti argomenti.

In primo luogo, è illustrato il quadro normativo che, anche dal punto di vista del giudice europeo, disciplina la materia in esame. In secondo luogo, sono indicati i criteri che, secondo lo stesso giudice, permettono di individuare, se ne ricorrono i presupposti, quali disposizioni di rango primario e/o secondario devono di volta in volta essere applicate al caso concreto. In terzo luogo, sono evidenziati i caratteri distintivi dei contratti di appalto e di concessione risultanti dalle direttive europee in materia di appalti pubblici. In quarto luogo sono descritti i criteri per individuare i soggetti interessati da tali disposizioni. In quinto luogo, sono riportati alcuni dei principi e delle norme che regolano il corretto svolgimento di una procedura di aggiudicazione. In sesto luogo, è esaminata la giurisprudenza della Corte (c.d. giurisprudenza *Telaustria*) che prevede l’applicabilità di norme e principi del Trattato ai contratti di appalto o di concessione non disciplinati dalle suddette direttive. In settimo luogo, è esaminata la giurisprudenza della Corte (c.d. giurisprudenza *Teckal*) che, in presenza di due condizioni di fatto, consente di escludere l’applicabilità del diritto europeo nel caso di aggiudicazioni c.d. “*in-house*”. In ottavo luogo, sono riassunte alcune vie di ricorso previste dal diritto dell’Unione europea per una tutela indiretta degli interessi dei privati pregiudicati da una violazione di tale diritto. Infine, sono evidenziati i principali effetti delle pronunce del giudice europeo sulle procedure e sui contratti che aggiudicano un appalto o una concessione.

2 Il diritto dell'Unione europea in materia di appalti pubblici

La Corte di giustizia ha innanzitutto più volte sottolineato che la materia degli appalti pubblici rientra nel contesto delle regole enunciate in particolare agli artt. 18 (non discriminazione), 49 (diritto di stabilimento) e 56 (libera prestazione dei servizi) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) (ex artt. 12, 43 e 49 del Trattato istitutivo della Comunità europea - TCE), nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione e cioè il principio della parità di trattamento ed il principio di trasparenza che quest'ultimo implica. Ne consegue, secondo una giurisprudenza costante, che il coordinamento a livello europeo delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci ed a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro, i quali intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro. (sentenza 13/11/2007, causa **C-507/03**, punti 26-27; sentenza 19/6/2008, causa **C-454/06**, p. 31-33)

Secondo la Corte di giustizia, il principio di parità di trattamento tra gli offerenti mira a favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed effettiva tra le imprese candidate. Esso richiede che situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, salvo che ciò non risulti obiettivamente giustificato. (sentenza 3/3/2005, causa **C-21/03**, p. 26-27) Il rispetto di tale principio deve permettere di garantire un confronto oggettivo delle offerte e si impone in tutte le fasi della procedura. Ciò implica, in particolare, che in tutte le procedure di aggiudicazione di un appalto gli offerenti devono trovarsi su un piano di parità sia al momento in cui preparano le loro offerte sia al momento in cui queste sono valutate dall'amministrazione aggiudicatrice. (sentenza 16/12/2008, causa **C-213/07**, p. 45)

Il giudice europeo ha, inoltre, osservato che l'obbligo di trasparenza ha anch'esso lo scopo di eliminare i rischi di favoritismo e arbitrarietà da parte delle autorità aggiudicatrici. Tale obbligo consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità della procedura di aggiudicazione. Inoltre, esso implica che

tutte le condizioni e modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, in modo che, da un lato, si permetta a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte dei partecipanti alla gara rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione. (conclusioni 27/10/2009, causa **C- 91/08**, p. 39-40)

A questo proposito, è inoltre opportuno menzionare che la Corte, nel ricordare che l'obbligo di trasparenza deriva dal diritto dell'Unione e, in particolare, dagli artt. 43 e 49 del TCE (attuali artt. 49 e 56 del TFUE), ha anche affermato che tali disposizioni hanno effetto diretto nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri e prevalgono su qualsiasi disposizione contraria del diritto nazionale. Lo stesso giudice ha, altresì, osservato che, in forza, in particolare, dell'art. 4, n. 3, TUE, spetta a tutte le autorità degli Stati membri garantire il rispetto delle norme del diritto dell'Unione nell'ambito delle loro competenze. Con la conseguenza che, come si dirà meglio nel successivo capitolo 10, spetta al giudice nazionale conferire alla legge nazionale che è chiamato ad applicare un'interpretazione per quanto possibile conforme ai precetti del diritto europeo e a consentire, in particolare, di garantire l'osservanza del suddetto obbligo di trasparenza. (sentenza 13/4/2010, causa **91/08**, p. 68-70)

Nel contesto ed alla luce di questo quadro normativo di rango primario, la materia degli appalti pubblici è, pertanto, attualmente disciplinata anche dal seguente quadro normativo di rango secondario. Si tratta di disposizioni espresse sotto forma di direttive che applicano i suddetti principi ed il suddetto obbligo di trasparenza, rendendo obbligatorie, nel caso delle c.d. "direttive di consolidamento", talune procedure di aggiudicazione. Le norme ed i principi del Trattato costituiscono, cioè, la base delle attuali direttive relative ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici ed il fondamento dell'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di assicurarne il rispetto. Lo scopo di queste direttive è quello di assicurare il coordinamento delle procedure nazionali concernenti l'aggiudicazione degli appalti pubblici. Tale coordinamento è diretto, in

particolare, ad aprire alla concorrenza il settore degli appalti pubblici nonché ad escludere sia il rischio che gli offerenti nazionali siano preferiti nell'aggiudicazione di un appalto sia la possibilità che un'autorità aggiudicatrice pubblica si lasci guidare da considerazioni estranee all'appalto in oggetto. (sentenza 16/12/2008, causa **C-213/07**, p. 53-54) Analogamente, le c.d. "direttive ricorso" prevedono mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto europeo in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscano tale diritto.

a) Direttiva 2004/18/CE, detta "direttiva classica" ovvero "direttiva generale", che disciplina gli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi e le concessioni di lavori, (GU L 134 del 30.4.2004), modificata da: Direttiva 2005/51/CE (GU L 257 del 01.10.2005), Direttiva 2005/75/CE (GU L 323 del 09.12.2005), Regolamento (CE) n°2083/2005 (GU L 333 del 20.12.2005), Direttiva 2006/97/CE (GU L 363 del 20.12.2006).

b) Direttiva 2004/17/CE, detta "direttiva speciale" in quanto disciplina i suddetti appalti e concessioni nei "settori speciali" dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (GU L 134 del 30.04.2004), modificata dalla Direttiva 2005/51/CE e dal Regolamento (CE) n°2083/2005 di cui sopra.

c) Direttiva 89/665/CEE GU L 395 del 30.12.1989 in materia di ricorsi riguardanti gli appalti e le concessioni di cui alla direttiva 2004/18/CE, modificata dalla Direttiva 2007/66/CE (GU L 335 del 20.12.2007).

d) Direttiva 92/13/CEE GU L 76 del 23.3.1992 in materia di ricorsi relativi ai "settori speciali" dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, modificata dalla Direttiva 2006/97/CE del Consiglio (GU L 363 del 20.12.2006) e dalla Direttiva 2007/66/CE di cui sopra².

Infine, la Corte di giustizia ha preso in considerazione in alcune sue sentenze l'opinione espressa dalla Commissione UE nei seguenti documenti.

e) Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto europeo degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) (2008/C 91/02) (Gazzetta ufficiale C 91 del 12.4.2008).

² Nel corso del presente studio le direttive di cui alle lettere a) e b) sono chiamate "direttive di consolidamento" mentre le direttive di cui alle lettere c) e d) sono chiamate "direttive ricorso".

f) Comunicazione interpretativa della Commissione, del 23 giugno 2006, relativa al diritto europeo applicabile all'aggiudicazione di appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive "appalti pubblici"[pubblicata nella Gazzetta ufficiale 2006, C 179, pag. 2].

g) Libro verde sulle partnership di tipo pubblico-privato e sul diritto europeo degli appalti pubblici e delle concessioni [COM(2004) 327 def.].

h) Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto europeo [Gazzetta ufficiale C 121 del 29.04.2000].

E' bene, peraltro, precisare che le comunicazioni interpretative della Commissione non hanno in genere una rilevanza tale da costituire una fonte di nuove norme giuridiche e, pertanto, non possono essere invocate a sostegno di un ricorso giurisdizionale. (sentenza 26/4/2007, causa **C-195/04**, p. 91) In altri termini, come ha osservato il Tribunale di prima istanza dell'Unione europea, una comunicazione non contiene nuove regole di aggiudicazione degli appalti pubblici che vadano al di là degli obblighi derivanti dal diritto comunitario vigente, per cui essa non produce effetti giuridici obbligatori idonei a incidere sulla situazione giuridica delle parti in una controversia in tale materia. (sentenza 20/5/2010, causa **T-258/06**, p. 162) Tuttavia, questo difetto di portata giuridica è in concreto mitigato da due ordini di considerazioni, particolarmente significative nell'ottica di una trattazione dedicata alla materia che interessa il presente studio. In primo luogo, non si deve dimenticare che la Corte di giustizia ha talvolta ammesso la ricevibilità di un ricorso diretto ad annullare una comunicazione della Commissione. La Corte ha, cioè, considerato che in certi casi la "comunicazione" può costituire un atto destinato a produrre degli effetti giuridici propri e che, in quanto tale, può essere oggetto di un ricorso per annullamento³. In secondo luogo, è evidente che, di fatto, le comunicazioni della Commissione sono chiamate a svolgere un ruolo essenziale nell'evoluzione del diritto europeo. Da una parte, perché tali comunicazioni esercitano un'indubbia influenza sul processo volitivo delle pronunce rese sia dal giudice europeo sia da quello nazionale. Da un'altra parte, perché

³ Sentenze 16 giugno 1993, *Repubblica francese c. Commissione CE*, causa C-325/91, e 20 marzo 1997, *Repubblica francese c. Commissione CE*, causa C- 57/95.

esse sono normalmente ancorate ad una solida base giurisprudenziale fornita dalle sentenze della Corte di giustizia.

3. L'applicabilità del diritto dell'Unione europea in materia di appalti pubblici

Ai fini di una migliore comprensione della problematica riguardante l'applicabilità del diritto dell'UE in tema di appalti pubblici ad una fattispecie concreta è opportuno esaminare l'argomento sotto tre aspetti diversi. Si tratta, in altre parole, di ripercorrere le fasi dell'indagine conoscitiva che un operatore giuridico o economico è tenuto a compiere allorché intende sapere se una determinata fattispecie è o meno sottoposta alla normativa europea di rango primario o secondario che concerne la materia degli appalti pubblici. In primo luogo, egli deve identificare quale delle due direttive (2004/17/CE o 2004/18/CE) è applicabile al caso concreto, tenuto conto del settore a cui questo appartiene. Un analogo esame deve, altresì, essere compiuto in relazione alle rispettive "direttive ricorso". In secondo luogo, occorre determinare la natura giuridica (la causa negoziale) del contratto in questione (appalto di lavori, forniture e servizi ovvero concessione di lavori) al fine di individuare quale disciplina interna alle suddette direttive regola il caso in questione. Infine, se nessuna disposizione di rango secondario si applica al caso concreto, occorre verificare se la fattispecie è comunque sottoposta alle norme ed ai principi del TFUE.

Ciò posto, è bene premettere che, secondo la Corte, le direttive 2004/17 e 2004/18 si applicano *ratione temporis* quando la procedura d'aggiudicazione oggetto della causa principale è stata avviata dopo la scadenza del termine fissato nelle suddette direttive per il loro recepimento (31 gennaio 2006). In altre parole, le dette direttive non sono applicabili nei confronti di una decisione adottata da un'entità aggiudicatrice prima della scadenza del termine per la loro trasposizione. Tale decisione continua invece ad essere disciplinata dalle corrispondenti direttive in vigore prima delle menzionate direttive di consolidamento. (sentenza 15/10/2010, causa C-138/08, p. 30) Inoltre, sempre al fine di determinare se al caso concreto si applica una direttiva di consolidamento ovvero quella precedente e corrispondente, si deve ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, le norme di procedura si applicano a tutte le controversie pendenti all'atto della loro

entrata in vigore, a differenza delle norme sostanziali, che, secondo la comune interpretazione, non riguardano, in linea di principio, rapporti giuridici definiti anteriormente alla loro entrata in vigore. (sentenza 14/2/2008, causa **C-450/06**, p. 27)

Il giudice europeo ha inoltre rilevato che, ai sensi degli articoli da 2 a 7 della direttiva 2004/17/CE, il coordinamento da questa effettuato non si estende a tutti i settori dell'attività economica, ma riguarda settori specificamente definiti (per questa ragione essa è denominata "*direttiva settoriale*"). Al contrario, l'ambito di applicazione della direttiva 2004/18/CE abbraccia quasi tutti i settori della vita economica (perciò denominata "*direttiva generale*"). Sulla base di tali considerazioni, la Corte ha, in primo luogo, ritenuto che la portata generale della direttiva 2004/18 e la portata ristretta della direttiva 2004/17/CE richiedono che le disposizioni di quest'ultima siano interpretate restrittivamente. In secondo luogo, lo stesso giudice ha affermato che le frontiere tra gli ambiti di applicazione di queste due direttive sono tracciate da disposizioni esplicite. Così, l'art. 20, n. 1, della direttiva 2004/17 dispone che questa non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori assegnano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli articoli da 3 a 7 della medesima direttiva. A tale norma corrisponde, nella direttiva 2004/18, l'art. 12, primo comma, il quale dispone che tale direttiva non si applica agli appalti pubblici che le amministrazioni aggiudicatrici, che esercitano una o più attività di cui ai suddetti articoli della direttiva 2004/17, aggiudicano per tali attività. Pertanto, il campo di applicazione della direttiva 2004/17 è strettamente circoscritto, il che non consente che le procedure ivi istituite vengano estese oltre tale campo di applicazione. (sentenza 10/4/2008, causa **C-393/06**, p. 25-31)

Il che vuol dire, in altre parole, che un ente aggiudicatore ai sensi della direttiva 2004/17/CE è tenuto ad applicare il procedimento previsto da tale direttiva unicamente per l'aggiudicazione degli appalti che sono in relazione con le attività che tale ente esercita in uno o più dei settori considerati negli articoli da 3 a 7 della detta direttiva. Lo stesso giudice ha, altresì, affermato che rientrano nella direttiva 2004/17/CE non solo gli appalti che sono aggiudicati nel settore di una delle attività espressamente considerate da questa direttiva, ma anche gli appalti che, pur essendo di natura differente e potendo così, in

quanto tali, rientrare di norma nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18, servono per l'esercizio delle attività definite nella direttiva 2004/17.

Ciò significa, altresì, che gli appalti aggiudicati da un ente che ha la natura giuridica di un'amministrazione aggiudicatrice⁴ rientrano nelle procedure previste dalla direttiva 2004/17/CE nella misura in cui gli appalti in questione hanno un nesso con un'attività che questa amministrazione esercita nei settori considerati negli articoli da 3 a 7 di tale direttiva. Per contro, tutti gli altri appalti aggiudicati da un siffatto ente in relazione con l'esercizio di altre attività rientrano nelle procedure previste dalla direttiva 2004/18/CE⁵. In questo contesto, la Corte ha poi ritenuto di dover precisare che ciascuna di tali due direttive trova applicazione senza distinzione tra le attività che il detto ente esercita per adempiere il suo compito di soddisfare bisogni d'interesse generale e le attività che esso esercita in condizioni di concorrenza, e anche in presenza di una contabilità intesa alla separazione dei settori di attività di tale ente, al fine di evitare i finanziamenti incrociati tra i detti settori. (84, sentenza 10/4/2008, causa C-393/06 p. 56-59)

Inoltre, è interessante osservare come la Corte abbia più volte rammentato che, in principio, il diritto dell'Unione europea e, in particolare, le disposizioni del Trattato relative alla libera prestazione dei servizi, nonché la regolamentazione adottata per la loro esecuzione, non sono applicabili a situazioni i cui elementi siano confinati all'interno di un solo Stato membro e che, pertanto, non presentino alcun elemento di collegamento con una delle situazioni considerate dal suddetto diritto. Per contro, essa si è sempre pronunciata su domande pregiudiziali vertenti su cause relative ad appalti pubblici o su contratti d'appalto pubblici in senso lato, anche quando i fatti di cui alla causa principale avrebbero portato a concludere per l'esistenza di una situazione puramente interna. E ciò si è verificato sia quando l'interpretazione richiesta riguardava disposizioni del diritto primario, segnatamente quelle relative alla libertà di prestazione di servizi, con l'unica eccezione rappresentata dalla causa RISAN⁶, sia, senza alcuna eccezione, quando detta

⁴ La nozione di amministrazione aggiudicatrice è illustrata nel successivo capitolo 5

⁵ Per un'analoga pronuncia concernente le corrispondenti direttive che disciplinavano in precedenza i suddetti ambiti di rispettiva competenza v. sentenza 16/6/2005, causa C-462/03, p. 37.

⁶ V. sentenza 9 settembre 1999, causa C-108/98, RLSAN, punti 21-23.

interpretazione riguardava le disposizioni delle direttive sugli appalti pubblici. In linea generale, la motivazione di questo indirizzo giurisprudenziale va ricercata, secondo la Corte, negli obiettivi stessi della normativa europea sugli appalti pubblici. Infatti, questa normativa intende garantire il più ampio accesso possibile ai suddetti contratti – senza discriminazione in base alla cittadinanza – e di promuovere una concorrenza effettiva e paritaria in materia. Poco importa, dunque, che tutti i concorrenti di una procedura di attribuzione di un appalto provengano dallo stesso Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice, allorché anche imprese stabilite in altri Stati membri potrebbero esservi interessate. (sentenza 16/12/2008, causa **C-213/07**, p. 28-30; conclusioni 8/10/2008 causa **C-213/07**, p. 16)

Sempre in tema di applicabilità della normativa in oggetto, una giurisprudenza costante della Corte ha ripetutamente ribadito che le disposizioni delle direttive che autorizzano deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti pubblici devono essere interpretate restrittivamente e che l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intende avvalersene. (sentenza 14/9/2004, causa **C-385/02**, p. 19; sentenza 14/10/2004, causa **340/02** p. 38) Questa giurisprudenza, valida anche per le direttive di consolidamento, ha naturalmente preso spunto dalle situazioni nelle quali le entità appaltanti fanno valere il più delle volte l'esistenza di motivi che giustificano l'aggiudicazione di un appalto pubblico mediante procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara. Le situazioni maggiormente interessate da richieste intese a far accogliere questo tipo di deroghe sono state le seguenti.

Per quanto riguarda il caso in cui un appalto può essere eseguito unicamente da un imprenditore determinato, risulta dalla giurisprudenza che l'applicazione di tale disposizione è soggetta a due condizioni cumulative, cioè, da un lato, che esistano particolarità tecniche dei lavori oggetto dell'appalto e, dall'altro, che tali particolarità tecniche rendano assolutamente necessario concedere il detto appalto ad un'impresa determinata. Per quanto riguarda, invece, la deroga costituita dall'estrema urgenza della prestazione richiesta, la giurisprudenza l'ha subordinata a tre presupposti cumulativi, vale

a dire l'esistenza di un evento imprevedibile, un'eccezionale urgenza inconciliabile con i termini imposti e con le condizioni richieste dall'apertura di una procedura concorrenziale e il nesso causale tra l'evento imprevedibile e l'eccezionale urgenza che ne deriva. (sentenza 2/6/2005, causa **C-394/02**, p. 33-40)

Ancora in questo contesto, il giudice europeo ha altresì ritenuto che le direttive appalti non sono applicabili a quelle prestazioni la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza rese necessarie dalla particolare natura della prestazione. (sentenza 16/10/2003, causa **C-252/01**, p. 36) Analogamente, lo stesso giudice ha esaminato la disposizione delle direttive appalti che autorizza il ricorso alla procedura negoziata, senza pubblicazione preliminare di un bando di gara, nel caso di nuovi lavori consistenti nella ripetizione di opere simili affidate all'impresa aggiudicataria di un primo appalto. In particolare, la Corte si è soffermata a valutare la portata dell'ultima frase di tale disposizione, dove questa prevede che si può ricorrere alla suddetta procedura limitatamente «al triennio successivo alla conclusione dell'appalto iniziale». A questo proposito, essa ha precisato, anche alla luce di un confronto delle versioni linguistiche della disposizione in esame, che occorre intendere l'espressione «conclusione dell'appalto iniziale» nel senso della conclusione del contratto iniziale e non nel senso della conclusione dei lavori sui quali verte l'appalto controverso⁷. (sentenza 14/9/2004, causa **C-385/02**, p. 33-34)

Infine, ancora nel quadro delle norme che regolano l'applicabilità delle direttive in questione (vecchie e nuove), è opportuno esaminare due ultime sentenze meritevoli di essere menzionate in ragione della rilevanza degli argomenti trattati. Si tratta cioè di due sentenze interessanti per il fatto che affrontano un problema sorto in relazione alle precedenti direttive e che è stato in parte risolto dalle nuove direttive di consolidamento anche grazie all'esigenza di chiarimento evidenziata dalla giurisprudenza del giudice europeo in merito allo specifico problema. In sostanza, nelle sentenze in esame la Corte ha preso in considerazione due situazioni nelle quali le rispettive amministrazioni aggiudicatrici avevano incaricato un'altra entità di fornire loro una determinata

⁷ Le eccezioni previste dal trattato sono descritte nel successivo paragrafo 7.

prestazione, direttamente o per il tramite di un'impresa terza. In entrambe le controversie il giudice europeo ha quindi esaminato la questione di sapere se e, nel caso, entro quali limiti tale rapporto di mandato (qualificabile come appalto di servizi) doveva essere sottoposto alla normativa europea in materia.

Nella prima sentenza (sentenza 20/10/2005, causa **C-264/03**) la Corte ha ritenuto di dover confermare una sua precedente decisione (sentenza 12 luglio 2001, causa **C-399/98**), nella quale aveva ammesso che, in determinate circostanze, un'amministrazione aggiudicatrice (nel caso di specie un Comune) ha la facoltà di delegare direttamente (cioè senza gara) ad un'altra entità il compito di realizzare un appalto di lavori per suo conto, a condizione che l'entità aggiudicataria applichi in sua vece le procedure di gara previste dalla normativa europea in materia (nel caso di specie si trattava di una precedente direttiva in materia di appalti di lavori). Nella nuova sentenza relativa alla causa C-264/03, essa ha ancora una volta affermato che l'effetto utile della normativa in questione sarebbe ugualmente garantito in una situazione nella quale una disposizione nazionale, nel riconoscere la legittimità di un'aggiudicazione attribuita senza gara da un'amministrazione aggiudicatrice ad un lottizzante titolare di una concessione edilizia, conferisse peraltro a questa amministrazione il potere di obbligare il detto lottizzante a realizzare le opere pattuite ricorrendo alle procedure per la scelta di un'impresa appaltatrice previste dalla normativa europea.

Più precisamente, con la sentenza in esame la Corte ha confermato una sua precedente sentenza che si situava nel contesto di una normativa particolare in materia urbanistica, in base alla quale il rilascio di una concessione edilizia comportava il versamento, da parte del suo titolare, di un contributo per gli oneri di urbanizzazione che il progetto implicava. Secondo tale normativa nazionale il titolare della concessione poteva però obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale della quota dovuta. In questo secondo caso il Comune non aveva cioè il potere di scegliere il soggetto incaricato di eseguire le opere di urbanizzazione, essendo tale soggetto individuato dalla legge in virtù della sua duplice qualità di proprietario dei terreni oggetto della lottizzazione e di concessionario.

Nel riesaminare questo caso precedente, la Corte ha di nuovo osservato che si trattava di una situazione nella quale, se si fossero verificate delle condizioni riguardanti la normativa nazionale, l'amministrazione comunale avrebbe legittimamente potuto non applicare le procedure di aggiudicazione previste dalla direttiva europea in materia nel suo rapporto con il lottizzante titolare della concessione. Essa ha cioè ancora una volta affermato che l'effetto utile di questa direttiva sarebbe risultato ugualmente garantito qualora la detta normativa avesse conferito all'amministrazione comunale il potere di obbligare il lottizzante a realizzare le opere pattuite ricorrendo alle dette procedure. La Corte ha, quindi, confrontato tale precedente situazione con quella verificata nel caso portato alla sua attenzione, costituita da un appalto di servizi che lasciava al committente la scelta del mandatario incaricato di aggiudicare l'appalto, ma non prevedeva un obbligo preventivo per quest'ultimo di realizzare le opere pattuite ricorrendo alle procedure previste dalla direttiva. Di conseguenza, essa ha ritenuto che anche quest'ultima situazione era contraria alle disposizioni delle direttive in materia di appalti pubblici proprio a causa della insussistenza nella legge nazionale di un obbligo in tal senso che potesse giustificare la mancanza di una gara per l'aggiudicazione del mandato.

E' interessante, inoltre, osservare come nella stessa sentenza il giudice europeo abbia anche constatato che, nella fattispecie, si trattava di un particolare contratto di mandato di committenza delegata, che riservava la funzione di committente delegato solo ad un elenco tassativo di persone giuridiche nazionali. Ora, la Corte ha concluso affermando che un contratto del genere costituiva anche una violazione dell'art. 56 del TFUE (ex art. 49 del TCE). Ciò nella considerazione che il suddetto art. 56 TFUE vieta le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione europea nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese dell'UE diverso da quello destinatario della prestazione. A questo proposito la Corte ha anzi ritenuto opportuno ricordare che, per costante giurisprudenza, tale norma prescrive l'eliminazione di qualsiasi restrizione, anche quando si applichi indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Stati membri, qualora sia tale da vietare o da ostacolare le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro in cui fornisce legittimamente servizi analoghi.

Nella seconda sentenza (sentenza 18/1/2007, causa C-220/05 p. 58-68) si trattava di sapere se, nel concludere una convenzione intesa a realizzare un appalto di lavori, l'entità aggiudicatrice fosse dispensata dal ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalla relativa direttiva (precedente alla corrispondente direttiva di consolidamento) in considerazione delle particolari disposizioni che caratterizzavano tale convenzione. La Corte ha cioè rilevato che, in conformità al diritto nazionale, tale convenzione poteva essere conclusa soltanto con determinate persone giuridiche, le quali avevano loro stesse la qualità di amministrazione aggiudicatrice ed erano tenute, a loro volta, ad applicare le dette procedure per aggiudicare eventuali appalti susseguenti.

Al riguardo, la Corte ha, anzitutto, ricordato che la direttiva all'epoca vigente, regolatrice della fattispecie, non conteneva disposizioni che consentissero di escludere la sua applicazione in caso di appalti pubblici di lavori affidati nel contesto di un rapporto tra due amministrazioni aggiudicatrici. Inoltre, essa ha considerato che la relativa convenzione non prevedeva in particolare l'obbligo per l'amministrazione aggiudicataria di subappaltare l'appalto iniziale in un'unica soluzione e nella sua totalità ad un successivo imprenditore. Per cui, anche se una norma nazionale prescriveva l'obbligo per questa seconda amministrazione di attuare le suddette procedure di aggiudicazione, in concreto poteva verificarsi un frazionamento dell'intero appalto, grazie al quale l'oggetto di ogni singolo appalto avrebbe rappresentato soltanto una quota dell'appalto originario. Con la conseguenza che il valore di ciascuno degli appalti attuati dall'amministrazione aggiudicataria sarebbe risultato inferiore alla soglia prevista dalla direttiva in questione, dando così luogo ad una sua elusione.

Di conseguenza, la Corte ha contestato la legittimità della suddetta aggiudicazione in quanto realizzata senza le necessarie procedure di gara, confermando nel contempo anche l'obbligo per ogni amministrazione a cui è stata aggiudicata regolarmente una gara di applicare a sua volta le procedure di pubblicazione del bando di gara previste dalla direttiva. Nello stesso contesto, essa ha poi anche evidenziato, per un verso, come l'art. 11 della direttiva 2004/18/CE preveda una deroga con riferimento alle amministrazioni aggiudicatrici che acquistano in particolare lavori facendo ricorso ad una centrale di

committenza, come definita all'art. 1, n. 10, della medesima direttiva, rilevando, peraltro, che tale disposizione non era applicabile *ratione temporis* ai fatti di cui alla causa principale. Per un altro verso, lo stesso giudice ha anche affermato che l'aggiudicazione come sopra contestata, pur essendo attuata tra due amministrazioni aggiudicatrici, non presentava le condizioni richieste dalla giurisprudenza "*Teckal*"⁸ per essere considerata una legittima aggiudicazione "*in-house*", non sottoposta quindi alle normative dell'Unione europea in materia.

In conclusione, dall'insieme delle motivazioni espresse in queste due sentenze si può desumere che, al di fuori della situazione giuridica eccezionale presa in considerazione dalla prima delle suddette due sentenze nonché al di fuori di un caso di aggiudicazione c.d. "*in-house*", un'entità aggiudicatrice non è, in principio, dispensata dal fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalle direttive di consolidamento per il fatto che, in conformità al diritto nazionale, tale convenzione può essere conclusa soltanto con determinate persone giuridiche che abbiano esse stesse lo status di amministrazione aggiudicatrice⁹. Per contro, le due sentenze in esame lasciano anche intendere che una procedura di aggiudicazione può essere considerata legittima alla luce del diritto europeo in materia di appalti pubblici se una procedura di aggiudicazione si svolge nel quadro di una situazione nella quale si verificano le seguenti condizioni cumulative. Una legge nazionale consente ad un'amministrazione aggiudicatrice di cui alla direttiva 2004/18/CE o ad un ente aggiudicatore di cui alla direttiva 2004/17/CE di affidare senza gara ad un'altra entità il compito di porre in essere la detta procedura di aggiudicazione in loro nome e per loro conto. L'entità delegata rientra nel concetto di Stato inteso in senso funzionale ed ha il compito di svolgere la funzione di centrale di committenza ai sensi delle suddette direttive. L'entità delegata realizza l'appalto in un'unica soluzione e nel rispetto delle disposizioni previste in materia dalle direttive in questione. La suddetta legge nazionale non pone condizioni contrarie al TFUE e, in

⁸ V. in proposito il successivo capitolo 8.

⁹ E' bene peraltro rammentare che l'art. 18 della direttiva 2004/18/CE consente alle amministrazioni aggiudicatrici di non fare ricorso alle procedure ad evidenza pubblica per gli appalti di servizi da esse aggiudicati ad altre amministrazioni aggiudicatrici in base ad un diritto esclusivo. Un'analoga eccezione è poi prevista dall'art. 25 della direttiva 2004/17/CE.

particolare, al disposto del suo art. 56 per quanto riguarda l'individuazione delle entità chiamate a svolgere la funzione di committente delegato, quale, ad esempio, quella di limitare questa funzione alle sole amministrazioni aggiudicatrici nazionali.

4. I contratti d'appalto e di concessione

Con riferimento ai criteri atti ad individuare le diverse cause negoziali relative ai contratti di appalto e di concessione, la Corte ha innanzitutto rilevato che l'ambito di applicazione della direttiva 2004/18/CE include, al suo art. 1, nn. 2, lett. a) e 4, definizioni dell'«*appalto di servizi*» e della «*concessione di servizi*» sostanzialmente analoghe a quelle corrispondenti che figurano all'art. 1, nn. 2, lett. a), e 3, lett. b), della direttiva 2004/17/CE. Lo stesso giudice ha poi precisato che tale analogia comporta che si possono formulare le medesime considerazioni per interpretare le nozioni di appalto di servizi e di concessione di servizi nei rispettivi ambiti di applicazione di entrambe le direttive. (34, sentenza 10/9/2009, causa **C-206/08** p. 42-43) Considerato che un'identica corrispondenza di termini è riscontrabile per quanto riguarda le altre figure di appalto e di concessione descritte nelle suddette direttive, ne consegue che lo stesso ragionamento può essere agevolmente esteso anche a queste ulteriori figure negoziali. La Corte ha altresì affermato che sia la definizione di appalto pubblico di lavori sia quella di appalto pubblico di servizi rientrano nell'ambito del diritto europeo. Essa ha anche aggiunto che, poiché le direttive appalti pubblici non contengono alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per la determinazione del loro senso e della loro portata, la qualificazione giuridica di detti contratti in diritto nazionale non è pertinente al fine di accertare se la convenzione rientri nell'ambito d'applicazione dell'una o dell'altra direttiva. (sentenza 18/1/2007, causa **C-220/05**, p. 40; sentenza 18/12/2007, causa **C-220/06**, p. 50) Parimenti, nemmeno la qualificazione di un contratto fornita dalle parti contraenti è determinante. (sentenza 29/10/2009, causa **C-536/07**, p. 54)

Per quanto concerne, in particolare, la definizione della nozione di «*appalto pubblico di lavori*» contenuta nelle direttive, la Corte ha, in primo luogo, sottolineato che questa nozione include tutte le operazioni nelle quali un contratto a titolo oneroso,

indipendentemente dalla sua qualifica formale, è concluso tra un'amministrazione aggiudicatrice e un operatore economico, e ha ad oggetto la realizzazione, da parte di quest'ultimo, di un'«opera». Il criterio essenziale, a tale riguardo, è che l'opera in questione sia realizzata conformemente alle esigenze precisate dall'amministrazione aggiudicatrice, essendo indifferenti i mezzi utilizzati ai fini della sua realizzazione. Inoltre, non è rilevante ai fini della qualificazione di un appalto di lavori il fatto che il contratto principale non preveda eventualmente un'opzione o un obbligo di riscatto da parte del committente riguardante i manufatti costruiti. A chiarimento di questo principio è poi opportuno richiamare l'attenzione sul fatto che la fattispecie concreta esaminata dalla Corte era costituita da un contratto intercorrente tra un ente pubblico e un'impresa privata ed avente ad oggetto la locazione, al primo, di sale di esposizione fieristica che la seconda doveva ancora erigere.

Secondo il giudice europeo si trattava cioè di un contratto che non aveva come obiettivo immediato la locazione d'immobili, dato che la loro costruzione non era ancora iniziata. In tal senso, l'obiettivo primario di tale contratto poteva logicamente essere solo la costruzione di dette opere, che dovevano successivamente essere messe a disposizione del committente tramite un rapporto contrattuale qualificato dalle parti come contratto di locazione. Inoltre, la Corte ha rilevato che le opere commissionate erano state effettivamente realizzate conformemente alle prescrizioni ben dettagliate indicate dal committente nel contratto principale. Essa ha, pertanto, concluso affermando che il contratto in questione, considerato nel contesto generale dell'operazione, costituiva un appalto pubblico di lavori. (sentenza 29/10/2009, causa **C-536/07**, p. 55-64)

E' opportuno, poi menzionare a questo proposito l'autorevole opinione dell'Avvocato generale Mengozzi, secondo il quale rientrano nella nozione di appalto di lavori pubblici, da un lato, lo svolgimento di specifici lavori, riconducibili ai tipi elencati nell'allegato I alla direttiva 2004/18/CE e, dall'altro, la realizzazione di opere. In altri termini, la suddetta nozione comprenderebbe sia attività di costruzione, indipendentemente dal fatto che il risultato di lavori costituisca un bene avente natura definita e/o conclusa, sia attività di realizzazione, eventualmente anche attraverso terze

parti, di specifici beni “compiuti”. Tali beni, la cui natura “compiuta” viene individuata dalla direttiva osservando che gli stessi esplicano “una funzione economica o tecnica”, sono normalmente definiti come “opere”. Lo stesso Avvocato generale ha poi rilevato che l'appalto di lavori è un contratto in cui alla prestazione dell'appaltatore corrisponde una controprestazione della pubblica amministrazione, non necessariamente in denaro, ma certo economicamente valutabile. Ad esempio, anziché pagare una somma di denaro la pubblica amministrazione può esentare un soggetto dal pagamento di taluni tributi. (conclusioni 17/11/2009, causa C-451/08, p. 28-31)

La relativa sentenza ha poi precisato quanto segue. Gli appalti pubblici sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto. Il carattere oneroso del contratto implica che l'amministrazione aggiudicatrice che abbia stipulato un appalto pubblico di lavori riceva, in base a tale contratto, una prestazione a fronte di una contropartita. Tale prestazione consiste nella realizzazione dei lavori che l'amministrazione aggiudicatrice intende ottenere. Una prestazione del genere, in ragione della sua stessa natura nonché in ragione del sistema e degli obiettivi della direttiva 2004/18/CE, deve implicare un interesse economico diretto per l'amministrazione aggiudicatrice. Detto interesse economico è chiaramente accertato ove si preveda che l'amministrazione aggiudicatrice divenga proprietaria dei lavori o dell'opera oggetto dell'appalto. Un siffatto interesse economico può peraltro essere riscontrato qualora sia previsto che l'amministrazione aggiudicatrice disponga di un titolo giuridico che le garantisca la disponibilità delle opere che sono oggetto dell'appalto, in vista della loro destinazione pubblica. L'interesse economico può inoltre risiedere nei vantaggi economici che l'amministrazione aggiudicatrice potrà trarre dal futuro utilizzo o dalla futura cessione dell'opera, nel fatto che essa abbia partecipato finanziariamente alla realizzazione dell'opera o nei rischi che essa assume in caso di fallimento economico dell'opera.

Infine, secondo lo stesso giudice europeo, la nozione di appalti pubblici di lavori richiede che l'aggiudicatario assuma, direttamente o indirettamente, l'obbligo di realizzare i lavori che sono oggetto dell'appalto e che l'esecuzione di tale obbligo sia esigibile in sede giurisdizionale secondo le modalità stabilite dal diritto nazionale. La Corte ha altresì

confermato che una convenzione con cui un'amministrazione aggiudicatrice affidi la realizzazione di un'opera può costituire un appalto pubblico di lavori, indipendentemente dal fatto che sia o meno previsto che tale amministrazione aggiudicatrice sia o divenga proprietaria in tutto o in parte di tale opera. Essa ha cioè ribadito il principio secondo il quale la nozione di appalti pubblici di lavori impone che i lavori oggetto dell'appalto siano eseguiti nell'interesse economico diretto dell'amministrazione aggiudicatrice, senza che sia necessario, tuttavia, che la prestazione assuma la forma dell'acquisizione in proprietà di un oggetto materiale o fisico. (sentenza 25/3/2010, causa C-451/08 p. 47-63)

Analogamente, la Corte ritiene che la questione se una determinata prestazione debba o meno essere qualificata come "*concessione di servizi*" o come "*appalto pubblico di servizi*" deve essere valutata esclusivamente alla luce del diritto europeo. La differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede nel modo con cui è pagato il corrispettivo della fornitura di servizi. Un appalto pubblico di servizi ai sensi delle direttive 2004/18 e 2004/17 comporta che il corrispettivo è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi. Invece, si è in presenza di una concessione di servizi allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione.

Il che significa, in altri termini, che il corrispettivo per la fornitura del servizio è corrisposto dai suoi utilizzatori. La Corte ha ravvisato l'esistenza di una concessione di servizi, in particolare, nei casi in cui la remunerazione del prestatore proveniva da pagamenti effettuati dagli utenti di un parcheggio pubblico, di un servizio di trasporto pubblico e di una rete di tele distribuzione. La Corte ha poi rilevato che l'art. 17 della direttiva 2004/18 dispone che, fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 3 della stessa direttiva, questa non si applica alle concessioni di servizi. Parimenti, l'art. 18 della direttiva 2004/17 ne esclude l'applicazione alle concessioni di servizi rilasciate da enti aggiudicatori che esercitano una o più attività di cui agli artt. 3-7, quando la concessione

ha per oggetto l'esercizio di dette attività¹⁰. (sentenza 15/10/2009, causa **C-196/08**, p. 38-44; sentenza 18/7/2007, causa **C-382/05**, p. 30-34)

In altre parole, nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, è sufficiente per qualificare quel contratto come concessione di servizi, dal momento che il rischio di gestione corso dall'amministrazione aggiudicatrice, per quanto in molti casi considerevolmente ridotto in conseguenza della naturale configurazione pubblicistica dell'organizzazione del servizio, è assunto dalla controparte contrattuale a carico completo o pressoché completo. (sentenza 10/9/2009, causa **C-206/08**, p. 80) In un'altra occasione la Corte ha poi sottolineato come le suddette considerazioni, affermate in relazione agli appalti e alle concessioni di servizi, valgano anche per distinguere gli appalti di lavori dalle "concessioni di lavori". Infatti, la concessione di lavori pubblici è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico 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, implicando così un trasferimento al concessionario del rischio legato alla gestione dell'opera. (sentenza 27/10/2005, causa **C-187/04**, p. 20; sentenza 13/11/2008, causa **C-437/07**, p. 27-31)

La Corte ha altresì chiarito quale criterio deve essere adottato per stabilire la disciplina applicabile ad un appalto pubblico che prevede più prestazioni a carattere misto. E' infatti importante poter determinare, in primo luogo, se un contratto avente ad oggetto tanto la fornitura di prodotti quanto la prestazione di servizi, debba essere considerato un appalto di forniture o un appalto di servizi e se il criterio applicabile a tal fine sia unicamente il valore dei diversi elementi di cui si compone l'appalto misto in questione. A questo riguardo, il giudice europeo ha ricordato che, quando un appalto ha ad oggetto tanto la fornitura di prodotti quanto la prestazione di servizi, la direttiva 2004/18/CE (ma il ragionamento è ugualmente valido per quanto concerne la direttiva 2004/17/CE) stabilisce un criterio di delimitazione affinché l'appalto in questione possa

¹⁰ Come si dirà nel successivo capitolo 7, la Corte di giustizia è partita da queste considerazioni per costruire la giurisprudenza relativa al caso *Telaustria*.

essere considerato un appalto di forniture o un appalto di servizi, vale a dire il valore rispettivo dei prodotti e dei servizi oggetto di tale appalto. Questo criterio ha carattere quantitativo, atteso che rimanda concretamente al valore del corrispettivo dovuto quale remunerazione della componente «prodotti» e della componente «servizi» oggetto dell'appalto in questione.

Viceversa, nel caso di un appalto pubblico riguardante la prestazione di servizi e l'esecuzione di lavori, la direttiva 2004/18/CE (e, coerentemente, la direttiva 2004/17/CE) adotta un altro criterio di delimitazione, quello dell'oggetto principale dell'appalto in questione. Il legislatore europeo ha ripreso tale criterio da quello formulato in relazione alle precedenti direttive nella sentenza della Corte concernente la causa *Auroux*, nella quale per l'appunto si trattava di un appalto avente ad oggetto lavori e servizi. (sentenza 11/6/2009, causa C-300/07, p. 61-62; sentenza 18/1/2007, causa C-220/05, p. 37 e 46) Deriva cioè dalla giurisprudenza della Corte (confortata dalle direttive di consolidamento) che, qualora un contratto contenga sia elementi riguardanti un appalto pubblico di lavori sia elementi riguardanti un altro tipo di appalto pubblico, è l'oggetto principale del contratto a determinare quale parte della direttiva di consolidamento interessata debba in linea di principio essere applicata.

Al riguardo è altresì utile ricordare che il giudice europeo ha confermato questa interpretazione, anche se con riferimento alla normativa stabilita dalle precedenti direttive in materia di appalti pubblici, per quanto concerne i contratti misti che regolano l'insieme delle tre prestazioni, lavori, forniture e servizi. Interpretazione che in principio dovrebbe essere applicabile anche alla luce delle corrispondenti disposizioni contenute nelle attuali direttive di consolidamento. A tale proposito la Corte ha precisato che l'assoggettamento o meno ad una particolare disposizione delle precedenti direttive appalti deve dipendere dall'oggetto principale dell'appalto, definito *inter alia*, e non esclusivamente, in base all'importo delle rispettive prestazioni. Ciò anche al fine di evitare di escludere gli appalti a componente mista con un valore stimato superiore alle soglie stabilite dalle dette direttive, sebbene inferiore ai margini da esse previsti in relazione agli appalti di lavori, per il semplice fatto che i lavori, benché di carattere accessorio, rappresentano la maggior

parte dell'intero valore dell'appalto. In altre parole, il valore dei lavori non può costituire, in ogni caso, il criterio idoneo ad escludere l'applicazione delle direttive di consolidamento ad un contratto misto, allorché questi lavori sono solo accessori.

In sostanza, il campo di applicazione delle direttive in questione (vecchie e nuove direttive), per quanto riguarda le disposizioni in materia di prestazioni di differente natura, nelle quali è anche presente la componente "lavori", è collegato all'oggetto principale del contratto, il quale deve essere determinato nell'ambito di un esame obiettivo dell'insieme dell'appalto cui si riferisce tale contratto. Questa determinazione deve avvenire tenendo conto degli obblighi essenziali che prevalgono e che, in quanto tali, caratterizzano tale appalto in opposizione a quelli che rivestono solo un carattere accessorio o complementare e sono imposti dall'oggetto stesso del contratto. Il valore rispettivo delle varie prestazioni presenti costituisce, a tal riguardo, solo un criterio tra altri da prendere in considerazione ai fini della determinazione dell'oggetto principale del contratto. (sentenza 21/2/2008, causa **C-412/04** p. 47-50; conclusioni 8/11/2006, causa **412/04**, p. 70-74) Lo stesso principio è poi valido anche nel caso delle concessioni, per cui quando l'esecuzione dei lavori presenta carattere accessorio rispetto all'oggetto principale di una concessione che consiste anche nella fornitura di un servizio, quest'ultima non può essere qualificata come "concessione di lavori pubblici". sentenza 15/10/2009, causa **C-196/08**, p. 45)

La Corte ha inoltre dichiarato che, al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, le modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto. La modifica di un appalto pubblico in corso di validità può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata. Del

pari, una modifica dell'appalto originario può considerarsi come sostanziale allorché essa estende l'appalto, in modo considerevole, a prestazioni inizialmente non previste. Una modifica può altresì considerarsi sostanziale allorché altera l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario dell'appalto in modo non previsto dai termini dell'appalto originario. (sentenza 19/6/2008, causa **C-454/06**, p. 34-37; sentenza 5/10/2000, causa **C-337/98**, p. 44-46)

Questo ragionamento è stato poi approfondito dall'Avvocato generale Yve Bot per quanto riguarda le concessioni, dove il concessionario si fa carico dell'organizzazione del servizio e dei relativi rischi di gestione. Più precisamente, egli ha considerato il carattere complesso e a lungo termine della concessione, in ragione del quale il concessionario deve disporre di un margine di manovra sufficiente per adattarsi alle condizioni del mercato e ai cambiamenti che possono intervenire nell'ambiente economico, tecnico o giuridico della concessione. Ha cioè riconosciuto che le cause di rinegoziazione di questo tipo di contratti sono molteplici, tenuto conto del fatto che gli oneri imprevedibili e gli incidenti di esecuzione sono inevitabili negli investimenti a lungo termine ed impongono perciò alle parti una particolare flessibilità e uno spirito di cooperazione. Tuttavia, lo stesso Avvocato generale ha anche sottolineato come alcune di queste cause possano essere fonte di abusi se portano a sovvertire l'economia del contratto, rendendo illusorie la trasparenza della procedura e la gara preliminare tra gli offerenti. Di qui la necessità di valutare, alla luce della giurisprudenza della Corte, se la prevista modifica costituisca una semplice appendice del contratto, giustificata da motivi legittimi, o se alla fine essa porti alla stipulazione di un nuovo contratto che, conformemente ai principi fondamentali del diritto europeo, deve essere oggetto di un adeguato livello di pubblicità e di una nuova procedura di gara. (conclusioni 27/10/2009, causa **C- 91/08**, p. 47-49)

Nella relativa sentenza (sentenza 13/4/2010, causa **C- 91/08**, p. 37-43) la Corte ha avuto, infine, modo di confermare in generale la sua giurisprudenza in materia, dichiarando, in particolare, che, qualora le modifiche apportate alle disposizioni di un contratto di concessione di servizi presentino caratteristiche sostanzialmente diverse da quelle che hanno giustificato l'aggiudicazione del contratto di concessione iniziale e siano,

di conseguenza, idonee a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale contratto, devono essere concessi, conformemente all'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato, tutti i provvedimenti necessari per reintrodurre la trasparenza nel procedimento, ivi compresa anche la possibilità di un nuovo procedimento di aggiudicazione. All'occorrenza, il nuovo procedimento di aggiudicazione deve essere organizzato secondo modalità adeguate alle specificità della prestazione di cui trattasi e permettere che un'impresa avente sede sul territorio di uno Stato membro diverso possa avere accesso ad adeguate informazioni relative a detta prestazione prima che essa sia attribuita.

E' opportuno peraltro richiamare l'attenzione sul fatto che la sentenza in esame ha affermato il suddetto principio in relazione alla concessione di servizi che, come detto, è una fattispecie di contratto esclusa dalla disciplina delle direttive di consolidamento. Per cui, come si vedrà nel successivo capitolo 7, il procedimento di aggiudicazione a cui si riferisce la Corte deve seguire le regole di pubblicità e di gara delineate nella sua giurisprudenza relativa alla causa *Telaustria*. Tuttavia, si può supporre che un'uguale esigenza di trasparenza si configuri anche nel caso di una procedura di aggiudicazione concernente una concessione di lavori e che una siffatta esigenza richieda, *mutatis mutandis*, un'analogo soluzione. Ciò significa, in buona sostanza, che il principio di cui sopra è applicabile anche nel caso delle concessioni di lavori. (sentenza 22/4/2010, causa C-423/07, p. 70-74) Con la conseguenza che, in presenza di modifiche sostanziali del relativo contratto originario, devono essere adottati tutti i provvedimenti richiesti dalle direttive di consolidamento per ripristinare la necessaria trasparenza del procedimento in questione, fino all'eventuale esperimento di una nuova procedura di aggiudicazione.

Come corollario di queste considerazioni, è infine opportuno richiamare l'attenzione sulle valutazioni espresse dalla Corte e da un suo Avvocato generale in merito ad altri criteri distintivi di una concessione di lavori, quali la durata del relativo rapporto e la titolarità del bene che il concessionario è chiamato a gestire. A questo proposito, l'Avvocato generale Mengozzi ha espresso l'opinione che la normativa europea in materia comporta due conseguenze. Da un lato, in generale, non possono essere attribuite

concessioni di durata illimitata nel tempo. Dall'altro lato, non può essere attribuita ad un soggetto una concessione di lavori su un bene di cui egli è già proprietario, salvo che, sulla base del diritto nazionale, dopo un determinato periodo la pubblica amministrazione acquisisca sul bene un diritto di proprietà o un diritto analogo. In conclusione, una concessione di lavori pubblici ai sensi della direttiva 2004/18/CE non può mai prevedere il riconoscimento al concessionario di un diritto illimitato nel tempo sul bene oggetto di concessione. (conclusioni 17/11/2009, causa **C-451/08**, p. 97-98) Nella relativa sentenza (sentenza 25/3/2010, causa **C-451/08**, p. 70-80) la Corte ha comunque confermato che, nelle circostanze constatate dal suo Avvocato generale, è escluso che ricorra una concessione di lavori pubblici ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 2004/18/CE.

5. I soggetti interessati dalle direttive in materia di appalti pubblici

Per quanto riguarda gli enti cui si applicano le rispettive disposizioni delle direttive che disciplinano la materia degli appalti pubblici, la Corte ha, innanzitutto, constatato che, mentre la direttiva 2004/18/CE si applica alle *"amministrazioni aggiudicatrici"*, gli enti contemplati dalla direttiva 2004/17/CE sono denominati, all'art. 2, *"enti aggiudicatori"*. Dal medesimo art. 2, n. 2, lett. a) e b), risulta poi che quest'ultima direttiva si applica non solo agli enti aggiudicatori che sono *"amministrazioni aggiudicatrici"*, ma anche a quegli enti che sono *"pubbliche imprese"* o imprese che beneficiano di *"diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro"*, nella misura in cui tutti questi enti esercitano una delle attività di cui agli artt. 3-7 della detta direttiva. (sentenza 10/4/2008, causa **C-393/06**, p. 25) E' bene poi precisare che le suddette direttive separano le *"amministrazioni aggiudicatrici"* in due categorie e cioè, da una parte, le entità che fanno parte dell'insieme costituito dallo Stato inteso in senso stretto e dai suoi enti locali e, dall'altra, due entità dalle caratteristiche soggettive differenti: gli *"organismi di diritto pubblico"* e le *"associazioni"* istituite dalle *"amministrazioni aggiudicatrici"*.

Le entità indicate con la nozione di *"organismo di diritto pubblico"* sono individuate dalle *"direttive di consolidamento"* sulla base di tre criteri distintivi. Si tratta, in buona sostanza, di un organismo istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse

generale aventi carattere non industriale o commerciale, dotato di personalità giuridica e la cui attività, il cui finanziamento e i cui organi direttivi sono strettamente dipendenti dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. Come dichiarato costantemente dalla Corte, questi tre requisiti hanno carattere cumulativo, per cui in assenza di uno solo di essi un organismo non può essere qualificato come “organismo di diritto pubblico” e, quindi, come “amministrazione aggiudicatrice”. (conclusioni 27/10/2009, causa **C-91/08**, che nei punti 86-119 espone gli argomenti svolti dalla giurisprudenza europea sul tema degli organismi di diritto pubblico) E’ poi opportuno ricordare che le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE riportano (direttamente o indirettamente) un elenco degli organismi in questione. La Corte ha peraltro precisato che tale elenco non riveste un carattere esaustivo, in quanto il suo grado di precisione varia notevolmente da uno Stato membro all’altro. Ciò significa, secondo il giudice europeo, che, se un determinato organismo non rientra nel detto elenco, si deve verificare, in ciascun caso di specie, la situazione di fatto e giuridica di tale organismo al fine di esaminare se esso soddisfi o meno un bisogno d’interesse generale. (sentenza 16/10/2003, causa **C-283/00**, p. 77)

Inoltre, considerato l’obiettivo delle direttive europee in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, la Corte ritiene che la nozione di “*organismo di diritto pubblico*” debba ricevere un’interpretazione funzionale, al fine di riunire in questa nozione tutte le entità che appartengono all’organizzazione dello Stato. (sentenza 10/4/2008, causa **C-393/06**, p. 37) La nozione di Stato inteso in senso funzionale può essere ricavata da un’interpretazione del concetto di Stato che è stata elaborata per la prima volta dalla Corte di giustizia nella ormai famosa sentenza relativa al caso “*Beentjes*”¹¹. Per giurisprudenza costante, con tale nozione si fa riferimento a quelle entità che, seppure giuridicamente separate dallo Stato e dai suoi enti territoriali, debbono essere comunque considerate Stato a tutti gli effetti in quanto fanno parte dell’organizzazione dell’autorità pubblica, essendo chiamate a svolgere funzioni inerenti a quest’ultima. Per contro, né le direttive né la giurisprudenza del giudice europeo forniscono una definizione esaustiva delle entità

¹¹ Sentenza 20/9/1988, causa **31/87**, p. 11. Sull’argomento vedi anche le relative conclusioni dell’Avv. Gen. Darmon in data 4/5/1988.

individuare con la nozione di “*associazioni*”. La Corte di giustizia, nell’altrettanto famosa sentenza relativa al caso “*BFI Holding*”¹² si è limitata a riconoscere che le “*associazioni*” costituiscono una categoria residuale delle “*amministrazioni aggiudicatrici*” e che, pertanto, esse sono delle entità diverse dagli “*organismi di diritto pubblico*”.

Mentre, di regola, non sorgono difficoltà per accertare se un determinato “*organismo di diritto pubblico*” è dotato di personalità giuridica, esiste una copiosa giurisprudenza sul modo in cui l’esistenza dei suddetti bisogni deve essere valutata. Secondo la Corte, occorre prendere in considerazione un insieme di elementi giuridici e di fatto che possono rivelarsi pertinenti, come le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell’organismo di cui trattasi o le condizioni in cui esso svolge le sue attività. Essa ha inoltre rilevato che i bisogni d’interesse generale possono essere soddisfatti anche da organismi di natura privata (punto 47 della sentenza riguardante il citato caso “*BFI Holding*”) e che “il carattere non industriale o commerciale costituisce un criterio diretto a precisare la nozione di bisogni d’interesse generale” (punto 32 della sentenza “*BFI Holding*”). A questo proposito la Corte ha poi avvertito che è importante innanzitutto verificare se un determinato organismo eserciti le sue attività in condizioni di mercato normali. A tal fine, il giudice europeo ha sottolineato che occorre tenere conto della situazione di concorrenza sul mercato dei prodotti e dei servizi per i quali il detto organismo è stato creato.

Tuttavia, sempre secondo la Corte, l’esistenza di una concorrenza può costituire un indice del fatto che un bisogno di interesse generale riveste carattere industriale o commerciale, ma si tratta di un indice non sufficiente. Pertanto, occorre anche esaminare se l’organismo persegue uno scopo di lucro, se subisce le perdite connesse all’esercizio della sua attività e in quali limiti beneficia di un finanziamento pubblico per lo svolgimento dell’attività di cui trattasi. (conclusioni 27/10/2009, causa 91/08, p. 93) In sostanza, al fine di determinare se un bisogno sia privo di carattere industriale o commerciale, spetta, a seconda del caso, al giudice nazionale (nel c.d. “rinvio pregiudiziale”) ovvero alla Commissione (nella c.d. “procedura di infrazione”) valutare le circostanze nelle quali tale organismo è stato costituito e le condizioni in cui esso esercita

¹² Sentenza 10/11/1998, causa 360/96, p. 27.

la propria attività, tra cui, in particolare, l'assenza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro a titolo principale, il finanziamento pubblico eventuale dell'attività in questione che assicura la mancanza di assunzione dei rischi collegati a tale attività. In altre parole, come ha affermato più volte la Corte, se l'organismo opera in condizioni normali di mercato, persegue uno scopo di lucro e subisce le perdite collegate all'esercizio della sua attività, è poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare siano di natura diversa da quella industriale o commerciale.

D'altra parte, lo stesso giudice ha osservato che, di fatto, in una tale ipotesi le direttive dell'Unione europea relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici non si applicherebbero, poiché un organismo che persegue uno scopo di lucro e che si assume i rischi connessi alla propria attività non si impegnerebbe di regola in un procedimento di aggiudicazione di un appalto a condizioni che non siano economicamente giustificate. Secondo una giurisprudenza costante, invece, lo scopo di tali direttive è di escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche. (sentenza 22/5/2003, causa **C-18/01**, p. 49-59)

E' bene poi sottolineare come la Corte, in relazione alla sua interpretazione funzionale del concetto di Stato, ritenga che possa rientrare nella categoria degli organismi di diritto pubblico anche un ente che riveste la forma di una società di capitali. Essa ha cioè considerato che, in determinate situazioni, indipendentemente dalla questione se vi sia un meccanismo ufficiale di compensazione delle eventuali perdite subite da una siffatta società, appare poco probabile che questa debba sopportare essa stessa i rischi economici collegati alla sua attività. Questo perché, in particolari circostanze, appare verosimile che nella sua qualità di azionista unico uno Stato, inteso in tutte le sue componenti, prenderebbe tutti i provvedimenti necessari al fine di evitare un eventuale fallimento della sua controllata. In tali circostanze, vi è quindi la possibilità che, in un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, la società in questione si faccia influenzare da

considerazioni non meramente economiche. Da qui la necessità, secondo la Corte, di ovviare a tale eventualità imponendo l'applicazione delle direttive europee in materia di appalti pubblici. (sentenza 16/10/2003, causa **C-283/00**, p. 91-92) In questo senso, in un caso analogo lo stesso giudice è arrivato a ritenere che, considerata l'importanza particolare attribuita dagli utenti alla prestazione fornita da un'entità privata detenuta da un'amministrazione comunale, quest'ultima non avrebbe mai autorizzato la soppressione di tale entità, anche se essa avesse dovuto funzionare in perdita. (sentenza 10/4/2008, causa **C-393/06**, p. 44)

Le stesse direttive indicano poi tre ulteriori criteri, alternativi, utili per determinare il verificarsi della suddetta situazione di stretta dipendenza: l'attività dell'organismo di diritto pubblico è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la sua gestione è soggetta al loro controllo oppure il suo organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico. A questo proposito la Corte ha precisato, in particolare, che detta dipendenza deve permettere ai poteri pubblici di influenzare le decisioni di un organismo di diritto pubblico. Come constatato da una giurisprudenza costante, un'entità di questo tipo risulta cioè in un rapporto di stretta dipendenza rispetto all'ente pubblico quando la sua gestione e i suoi organi di direzione, d'amministrazione o di vigilanza sono controllati da quest'ultimo. La Corte ha altresì ritenuto che, di regola, nei casi di rinvio pregiudiziale, spetta al giudice nazionale competente valutare se l'ente pubblico possa, tramite il diritto di veto di cui dispone in seno all'assemblea generale o tramite la composizione dei suddetti organi dell'impresa, assicurare un controllo attivo sulla gestione dell'entità stessa e influenzare, nella stessa maniera, le sue decisioni in materia di aggiudicazione di appalti o di concessioni. (conclusioni 27/10/2009, causa **C-91/08**, p. 119)

Per quanto riguarda poi il criterio basato sul finanziamento pubblico, la Corte ha precisato la portata di tale requisito nella sentenza relativa alla causa *University of Cambridge*. (sentenza 3/10/2000, causa **C-380/98**, p. 21-26) Secondo tale sentenza, soltanto le prestazioni che, mediante un aiuto finanziario versato senza specifica controprestazione,

finanzino o sostengano le attività dell'ente interessato possono essere qualificate come «finanziamento pubblico». Non rientrano, invece, in tale categoria le somme versate da un'amministrazione aggiudicatrice a titolo di corrispettivo di prestazioni contrattuali. La Corte ha precisato, inoltre, che l'espressione "in modo maggioritario" deve essere intesa nel senso di "più della metà" e che per valutare la percentuale di finanziamento pubblico occorre tener conto dell'insieme delle entrate delle quali tale organismo si avvale, ivi comprese quelle derivanti da una attività commerciale, ed il calcolo deve essere effettuato su base annuale.

In un altro caso la Corte ha anche sottolineato che non può esservi una differenza di valutazione a seconda che le risorse finanziarie transitino dal bilancio pubblico, in quanto lo Stato riscuote in primis un canone e mette poi i relativi introiti a disposizione di organismi pubblici che prestano un determinato servizio alla comunità, o che lo Stato conceda ai detti organismi il diritto di riscuotere essi stessi il relativo canone. Ha dunque concluso che un finanziamento che è originato da un atto dello Stato, è garantito da quest'ultimo ed è assicurato attraverso un sistema impositivo e di riscossione che rientra nell'ambito delle potestà di imperio, soddisfa il requisito del "finanziamento statale", ai fini dell'applicazione delle norme europee in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. (sentenza 13/12/2007, causa C-337/06, p. 47-49) Al riguardo, è peraltro opportuno rilevare che, nella gran parte delle cause originate da un rinvio pregiudiziale, anche in relazione a questo criterio distintivo spesso non risultano dagli atti elementi sufficienti per permettere alla Corte di valutare opportunamente l'insieme delle circostanze atte a determinarne la sussistenza nel caso concreto. Per cui, di regola, essa demanda al giudice del rinvio di esaminare l'effettiva portata di tali circostanze, essendo egli il solo a conoscere approfonditamente gli atti di causa.

In conclusione, secondo una costante giurisprudenza, la nozione di «*organismo di diritto pubblico*», nozione di diritto europeo che va interpretata in modo autonomo e uniforme in tutta l'Unione europea, è definita da un punto di vista funzionale con riferimento esclusivamente ai tre requisiti cumulativamente enunciati dalle direttive appalti. Ne consegue che, al fine di risolvere la questione della qualificazione eventuale di

un ente di diritto privato come organismo di diritto pubblico, si deve verificare unicamente se l'ente interessato soddisfi i tre requisiti cumulativamente enunciati da tali direttive, in quanto il carattere di diritto privato di tale ente non costituisce un criterio atto ad escludere la sua qualificazione quale amministrazione aggiudicatrice ai sensi di tali direttive. (sentenza 13/1/2005, causa C-84/03, p. 27-28) In altre parole, è indifferente che i bisogni di interesse generale siano anche soddisfatti o possano esserlo da imprese private. È importante, invece, che si tratti di bisogni ai quali, per ragioni connesse con l'interesse generale, lo Stato o una collettività territoriale scelgano in linea generale di provvedere essi stessi o nei confronti dei quali intendano mantenere un'influenza determinante. (sentenza 10/4/2008, causa C-393/06, p. 40)

Infine, è interessante richiamare l'attenzione su alcune considerazioni espresse di recente dal giudice europeo a proposito dei soggetti che sono legittimati ad offrire una prestazione alle amministrazioni o agli enti aggiudicatori. Secondo la Corte cioè le disposizioni della direttiva 2004/18/CE, ed in particolare quelle di cui al suo art. 1, nn. 2, lett. a), e 8, primo e secondo comma (ma si può ritenere che lo stesso ragionamento si applica alle corrispondenti disposizioni della direttiva 2004/17/CE), che si riferiscono alla nozione di «operatore economico», non hanno inteso restringere tale nozione unicamente agli operatori che siano dotati di un'organizzazione d'impresa, né introdurre condizioni particolari atte a porre una limitazione a monte dell'accesso alle procedure di gara in base alla forma giuridica e all'organizzazione interna degli operatori economici. Le suddette disposizioni devono invece essere interpretate nel senso che consentono anche a soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato, quali le università e gli istituti di ricerca nonché i raggruppamenti costituiti da università e amministrazioni pubbliche, di partecipare ad una gara per l'aggiudicazione di una determinata prestazione (nella fattispecie si trattava di un appalto pubblico di servizi). (sentenza 23/12/2009, causa C-305/08, p. 28-45)

6. Le procedure di aggiudicazione

Come detto, la Corte di giustizia ha costantemente affermato che il principio della parità di trattamento degli offerenti costituisce la base delle direttive relative alle procedure d'aggiudicazione degli appalti pubblici. Questo principio comporta, da un lato, che gli offerenti devono trovarsi su un piano di parità sia nel momento in cui essi preparano le loro offerte sia al momento in cui queste sono valutate dall'amministrazione aggiudicatrice. D'altro lato, il principio della parità di trattamento implica un obbligo di trasparenza, al fine di consentire di accertare il rispetto di tale principio e, nel contempo, di garantire il controllo sull'imparzialità dei procedimenti d'aggiudicazione. Il procedimento d'aggiudicazione di un appalto pubblico deve cioè rispettare, in tutte le sue fasi, tanto il principio della parità di trattamento dei potenziali offerenti quanto quello della trasparenza, affinché tutti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte. (sentenza 4/12/2003, causa **C-448/01**, p. 47, 49 e 56)

Ciò posto, è interessante innanzitutto menzionare la sentenza nella quale si è posta la questione di sapere se le direttive di consolidamento, essendo anch'esse delle direttive di coordinamento, consentono agli Stati membri la discrezionalità di mantenere o di emanare, in materia di appalti pubblici, disposizioni diverse da quelle previste da tali direttive. A questo proposito il giudice europeo ha, per un verso, riconosciuto che le direttive in questione non intendono stabilire un'armonizzazione completa del regime degli appalti pubblici negli Stati membri. Per un altro verso, egli ha, peraltro, osservato che tali direttive elencano in modo tassativo le procedure di aggiudicazione degli appalti che gli Stati membri sono autorizzati ad utilizzare. Infatti, lo stesso giudice ha rilevato che, ai sensi della direttiva 2004/18/CE, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad aggiudicare i loro appalti pubblici facendo ricorso vuoi alla procedura aperta o ristretta, vuoi, nelle circostanze specifiche rispettivamente previste dalla suddetta direttiva, al dialogo competitivo o ad una procedura negoziata. La Corte ha, pertanto, concluso affermando che gli Stati membri, nel contesto delle disposizioni comuni attualmente in vigore, non hanno la discrezionalità di adottare procedure di aggiudicazione diverse da quelle elencate nella direttiva 2004/18/CE (si può peraltro ritenere che un analogo

ragionamento valga anche per la direttiva 2004/17/CE). (sentenza 10/12/2009, causa C-299/08, p. 27-33)

Inoltre, emerge dalla giurisprudenza della Corte che, sebbene le direttive europee in materia di appalti pubblici non escludano, in teoria, che l'accertamento dell'idoneità degli offerenti e l'aggiudicazione dell'appalto possano avvenire contemporaneamente, ciò nondimeno queste due operazioni sono distinte e disciplinate da norme diverse. L'accertamento dell'idoneità degli offerenti viene infatti effettuato dalle amministrazioni aggiudicatrici in conformità dei criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica (c.d. "*criteri di selezione qualitativa*") previsti dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Per contro, l'aggiudicazione dell'appalto si fonda sui criteri (c.d. "*criteri di aggiudicazione*") stabiliti a questo fine dalle medesime direttive, cioè il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa. (sentenza 12/11/2009, causa C-199/07, p. 51-53, che si riferisce alle disposizioni delle precedenti direttive appalti, ma che può essere considerata valida anche in relazione alle direttive di consolidamento) Nel contesto di questi criteri di diversa natura è dunque opportuno richiamare l'attenzione su alcune sentenze del giudice europeo dirette a chiarirne la rispettiva portata.

In primo luogo, sembra ragionevole ritenere, sulla base di un analogo ragionamento svolto dalla Corte alla luce delle precedenti direttive, che le direttive di consolidamento non elencano in maniera tassativa i criteri di aggiudicazione che possono essere adottati dalle amministrazioni aggiudicatrici, come comprovato dall'uso dell'espressione "*ad esempio*" contenuta nell'art. 53 della direttiva 2004/18/CE (o "*quali*" di cui all'art. 55 della direttiva 2004/17/CE). (sentenza 12/11/2009, causa C-199/07, p. 54) In altri termini, la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa lascia alle amministrazioni aggiudicatrici (ovvero agli enti aggiudicatori diversi da queste) la facoltà di determinare i criteri di attribuzione dell'appalto che esse intendono adottare, purché tali criteri siano diretti a identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e non conferiscano all'amministrazione aggiudicatrice un'incondizionata libertà di scelta per l'aggiudicazione dell'appalto ad un offerente. Inoltre, le entità aggiudicatrici possono non solo scegliere liberamente i criteri d'aggiudicazione dell'appalto, ma anche stabilire la ponderazione di

questi ultimi, purché tale ponderazione consenta una valutazione sintetica dei criteri adottati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa. (sentenza 4/12/2003, causa **C-448/1**, p. 37-39)

In secondo luogo, il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva comportano che, al momento della valutazione delle offerte, i criteri d'aggiudicazione devono essere applicati in maniera obiettiva ed uniforme a tutti gli offerenti. Il che significa che i criteri d'aggiudicazione devono essere collegati all'oggetto dell'appalto, non devono conferire all'amministrazione aggiudicatrice (o all'ente aggiudicatore) una libertà incondizionata di scelta e devono essere formulati in maniera tale da consentire a tutti gli offerenti, ragionevolmente informati e normalmente diligenti, di interpretarli nello stesso modo. In altre parole, tutti i criteri presi in considerazione devono essere espressamente menzionati nel capitolato d'onere o nel bando di gara, se possibile nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita, affinché gli imprenditori siano posti in grado di conoscere la loro esistenza e la loro portata. (sentenza 4/12/2003, causa **C-448/01**, p. 48 e 57; sentenza 24/11/2005, causa **C-331/04**, p. 21-24)

Sulla base di questa considerazione la Corte ha quindi affermato che le direttive in esame, lette alla luce del principio di parità di trattamento degli operatori economici e dell'obbligo di trasparenza che ne discende, ostano a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, un'amministrazione aggiudicatrice (ovvero un ente aggiudicatore diverso da queste) determini in un momento successivo coefficienti di ponderazione e sottocriteri per i criteri di aggiudicazione menzionati nel capitolato d'onere o nel bando di gara. Ovvero, detto in altri termini, un'entità aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione o sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza di tutti gli offerenti. (sentenza 24/1/2008, causa **C-532/06**, p. 38-45) Inoltre, per lo stesso motivo, la Corte ha anche stabilito che l'entità aggiudicatrice ha l'obbligo di attenersi alla medesima interpretazione dei criteri d'aggiudicazione durante tutta la procedura nonché, a maggior ragione, che questi ultimi non devono subire alcuna modifica nel corso del procedimento d'aggiudicazione. (sentenza 4/12/2003, causa **C-448/01**, p. 92-93)

In questo contesto, la Corte ha, altresì, precisato che le direttive in esame non devono essere interpretate nel senso che ciascuno dei detti criteri d'aggiudicazione adottati dalle entità aggiudicatrici al fine di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa debba necessariamente essere di natura meramente economica. La Corte ha, pertanto, ammesso che, allorché decide di attribuire un appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, l'entità aggiudicatrice può adottare anche criteri ecologici, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano alla detta entità una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto dell'Unione, in particolare, il principio di non discriminazione. (sentenza 4/12/2003, causa **C-448/01**, p. 32-33)

Non sono, invece, considerati legittimi i criteri prescelti dall'amministrazione aggiudicatrice come "criteri di aggiudicazione", se vertono sull'esperienza e sulla capacità effettiva di garantire la corretta esecuzione di un appalto. Si tratta in questo caso di criteri riguardanti l'idoneità degli offerenti all'esecuzione della relativa prestazione (c.d. "*criteri di selezione qualitativa*") e non possono essere quindi utilizzati come "criteri di aggiudicazione". Sono, pertanto, esclusi come "criteri di aggiudicazione" quei criteri che non siano diretti ad identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma che siano essenzialmente collegati alla valutazione dell'idoneità degli offerenti ad eseguire l'appalto di cui trattasi. Può cioè accadere che i criteri applicati dall'entità aggiudicatrice come "criteri di aggiudicazione" riguardino essenzialmente l'esperienza, le qualifiche e i mezzi che possono garantire la corretta esecuzione di un appalto o di una concessione. In questo caso, a giudizio della Corte, si tratta di criteri che in realtà attengono all'idoneità degli offerenti a eseguire la relativa prestazione e che non costituiscono, quindi, "criteri di aggiudicazione" ai sensi delle direttive in esame. (sentenza 12/11/2009, causa **C-199/07**, p. 54-56; sentenza 24/1/2008, causa **C-532/06**, p. 30-31)

Sempre a questo proposito, il giudice europeo ha altresì dichiarato che i "criteri di selezione qualitativi", pur essendo tassativi, possono tuttavia essere integrati da altri criteri diretti ad assicurare la parità di trattamento. Più precisamente, la Corte ha ritenuto

che l'art. 24, primo comma, della precedente direttiva 93/37/CEE (ma anche questa considerazione può essere ragionevolmente estesa al testo delle corrispondenti disposizioni contenute nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) deve essere interpretato nel senso che esso elenca, in modo tassativo, le cause fondate su considerazioni oggettive di natura professionale, che possono giustificare l'esclusione di un imprenditore dalla partecipazione ad un appalto pubblico di lavori. Tuttavia, tale direttiva non osta a che uno Stato membro preveda altre misure di esclusione dirette a garantire il rispetto dei principi della parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza, purché, conformemente al principio di proporzionalità, siffatte misure non eccedano quanto necessario per raggiungere tale obiettivo. (sentenza 16/12/2008, causa **C-213/07**, p. 43-49)

7. La giurisprudenza *Telaustria*

Come si dirà meglio in seguito, questa giurisprudenza ha stabilito i principi che regolano l'aggiudicazione dei contratti di appalto e di concessione esclusi dalla disciplina delle direttive in materia di appalti pubblici. È opportuno premettere che la Corte di giustizia ha indirettamente confermato di recente che la giurisprudenza in esame, sorta in occasione delle precedenti direttive appalti, è applicabile anche nei confronti delle controversie relative ai contratti esclusi dal contesto delle direttive di consolidamento 2004/17/CE e 2004/18/CE, quanto meno in riferimento alle concessioni di servizi. (34, sentenza 10/9/2009, causa **C-206/08**, p. 42-44) Si tratta cioè di una giurisprudenza che ha avuto origine in occasione di una controversia riguardante i contratti di concessione di servizi pubblici, giudicata con la sentenza relativa alla causa *Telaustria e Telefonadress* (sentenza 7/12/2000, causa **C-324/98**, punti 58-62).

Tale giurisprudenza è stata poi costantemente confermata da una serie di pronunce successive, ma sempre in relazione ai diversi tipi di contratti che non rientravano nel quadro delle precedenti direttive. È, peraltro, ragionevole ritenere che tale indirizzo può essere esteso anche alla generalità dei contratti d'appalto o di concessione non disciplinati dalle nuove direttive di consolidamento. È bene inoltre richiamare l'attenzione sul fatto che la suddetta giurisprudenza ha sempre e solo riguardato le amministrazioni

aggiudicatrici, principali destinatarie delle norme e dei principi del Trattato in materia di appalti pubblici. Restava, pertanto, aperta la questione di sapere se tale giurisprudenza fosse applicabile anche nei confronti degli enti aggiudicatori diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici, quali quelli previsti dalla direttiva 2004/17/CE.

Ora, una recente sentenza del giudice europeo (sentenza 13/4/2010, causa **C-91/08**, p. 44-60) sembra lasciar intendere che la giurisprudenza in esame non si applica a tali enti aggiudicatori per il fatto che essi non rientrano nel concetto di Stato inteso in senso funzionale. Per arrivare a questa conclusione è bene riassumere le considerazioni svolte dal giudice europeo nell'ambito di una controversia la cui soluzione dipendeva dalla natura giuridica, pubblica o privata, di un ente concessionario che, nell'ambito della sua concessione di servizi, intendeva aggiudicare dei contratti di appalto senza rispettare il principio della trasparenza. La Corte ha innanzitutto vagliato se l'organismo portato alla sua attenzione poteva essere assimilato ad una pubblica autorità vincolata all'obbligo di trasparenza. A tal fine essa ha preso in considerazione taluni aspetti che definiscono la nozione di amministrazione aggiudicatrice nelle direttive appalti pubblici, giungendo alla determinazione che l'ente in questione non presentava i requisiti richiesti in tal senso.

Sulla base di questa valutazione, lo stesso giudice ha quindi escluso che un ente del genere sia vincolato all'obbligo di trasparenza derivante dagli attuali artt. 49 e 56 del TFUE (artt. 43 e 49 del TCE all'epoca della sentenza) nonché al principio della parità di trattamento e al divieto di discriminazione in base alla nazionalità qualora concluda un contratto relativo ad una concessione di servizi aggiudicatole da un'autorità pubblica. Alla luce delle suesposte considerazioni, è pertanto ragionevole ritenere che il suddetto quadro normativo, come si vedrà punto focale della giurisprudenza *Telaustria*, non sia applicabile all'insieme dei contratti con i quali un ente estraneo all'organizzazione dello Stato inteso in senso funzionale (e cioè un ente aggiudicatore diverso dalle amministrazioni aggiudicatrici) aggiudichi un appalto non disciplinato dalla menzionata direttiva 2004/17/CE.

Come accennato in precedenza, secondo la giurisprudenza *Telaustria*, benché alcuni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive appalti, le pubbliche

amministrazioni che li attribuiscono sono tenute a rispettare le norme fondamentali del Trattato (TFUE), i principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva. Ciò significa, nell'ottica della Corte, che detto obbligo di trasparenza impone all'autorità concedente di assicurare, a favore di ogni potenziale offerente, un "adeguato livello di pubblicità" che consenta l'apertura dei contratti pubblici d'appalto o di concessione alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle relative procedure di aggiudicazione. Ne consegue che, pur non comportando necessariamente un dovere di far ricorso ad una gara, l'assenza totale di procedura concorrenziale per l'aggiudicazione di un appalto o di una concessione non è conforme alle prescrizioni del Trattato. (sentenza 18/12/2007, causa **C-220/06**, p. 73-75; sentenza 13/11/2008, causa **C-324/07**, p. 25; sentenza 13/4/2010, causa **C-91/08**, p. 33-36) Le disposizioni del Trattato specificatamente applicabili comprendono in particolare gli attuali artt. 18 (divieto di discriminazione), 49 (libertà di stabilimento) 56 (libera prestazione dei servizi) e 106 n. 1 del TFUE, corrispondenti agli artt. 12, 43, 49 e 86 n. 1 del TCE .

Pertanto, secondo questa giurisprudenza, quando sia accertato che un contratto (di concessione o di appalto), pur se si colloca al di fuori del campo di applicazione delle direttive, presenta un interesse transfrontaliero certo, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale contratto ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto. Salvo che non sia giustificata da circostanze obiettive, siffatta disparità di trattamento, che, escludendo le imprese aventi sede in un altro Stato membro, opera principalmente a danno di queste ultime, costituisce una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata dal diritto dell'Unione europea. (sentenza 17/7/2008, causa **C-347/06**, p. 59-60; sentenza 29/11/2007, causa **C-119/06**, p. 63-64; sentenza 21/2/2008, causa **C-412/04**, p. 66 e 81; per un caso particolare di disparità di trattamento, vedi conclusioni 29/6/2010, causa **C-226/09**, non ancora giunta a sentenza)

Come detto, la giurisprudenza in esame, inizialmente sorta in relazione alle concessioni di servizi, è stata poi estesa anche agli appalti il cui valore non raggiunge la soglia di applicazione delle direttive (sentenza 14/6/2007, causa **C-6/05**; sentenza 18/12/2007, causa **C-220/06**; sentenza 15/5/2008, cause riunite **C-147/06 e 148/06**), nonché agli appalti di servizi che per loro natura, a prescindere dal loro valore, non devono essere aggiudicati a mezzo di una gara pubblica (sono i servizi elencati nell'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE e nell'allegato II B della direttiva 2004/18/CE). (sentenza 13/11/2007, causa **C-507/03**; sentenza 29/11/2007 causa **C-119/06**) Infine, il giudice europeo ha applicato la suddetta giurisprudenza anche ai contratti che aggiudicano una prestazione senza rivestire i caratteri formali richiesti al riguardo dalle direttive di consolidamento, quale ad esempio la necessaria forma scritta. (sentenza 18/12/2007, causa **C-532/03**, p. 15)

Ne consegue che, a seconda del caso, spetta alla Commissione (se si tratta di una procedura di infrazione) (sentenza 29/11/2007 causa **C-119/06**, p. 65) ovvero al giudice nazionale (nel caso di un rinvio pregiudiziale) (sentenza 15/5/2008, cause riunite **C-147/06 e 148/06**, p. 34) dimostrare che il contratto in questione presentava, per un'impresa con sede in uno Stato membro diverso da quello cui appartiene l'amministrazione aggiudicatrice interessata, un interesse certo e che tale impresa, non avendo avuto accesso ad informazioni adeguate prima dell'aggiudicazione dell'appalto, non ha potuto essere in grado di manifestare il suo interesse a partecipare alla relativa gara. E', poi, opportuno precisare che, secondo una giurisprudenza costante, espressa nell'ambito particolare delle procedure di infrazione, la Commissione ha l'onere di fornire alla Corte tutti gli elementi necessari alla verifica di un inadempimento del genere, senza potersi fondare su alcuna presunzione. (sentenza 13/11/2007, causa **C-507/03** p. 32-33)

E', altresì, interessante osservare come, secondo la Corte, per quanto riguarda i contratti non sottoposti alla disciplina delle direttive appalti, gli Stati membri non siano tenuti ad adottare, nella loro normativa di trasposizione di tali direttive, disposizioni che richiamano i presupposti per l'insorgere dell'obbligo di rispettare le norme ed i principi del Trattato. (sentenza 21/2/2008, causa **C-412/04**, p. 67 e 82) Lo stesso giudice ha, peraltro, considerato che una normativa nazionale può certamente stabilire, a livello statale o locale,

criteri oggettivi che indichino l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo. A suo giudizio, tali criteri potrebbero sostanziarsi, in particolare, nell'importo di una certa consistenza dell'appalto. Altri criteri potrebbero altresì escludere l'esistenza di un interesse del genere in considerazione, ad esempio, del luogo di esecuzione della prestazione richiesta, in concorso con un valore economico molto limitato dell'appalto in questione. Inoltre, sempre secondo la Corte, è necessario tenere conto del fatto che, in alcuni casi, le frontiere attraversano centri urbani situati sul territorio di Stati membri diversi e che, in tali circostanze, anche appalti di valore esiguo possono presentare un interesse transfrontaliero certo. (sentenza 15/5/2008, cause riunite **C-147/06 e 148/06**, p. 22)

In buona sostanza, possono essere considerati indicativi di un interesse transfrontaliero certo tutti quegli indizi atti a rivelare nel caso concreto la sussistenza dei criteri elaborati dalla Corte al riguardo, segnatamente quelli del luogo di esecuzione e del valore economico della prestazione. (sentenza 17/7/2008, causa **C-347/06**, p. 62)

Ciò posto, è necessario in primo luogo chiarire l'origine ed il fondamento del principio per il quale, come accennato in precedenza, il diritto primario non richiede che in tutti questi casi avvenga una vera e propria gara d'appalto. Al riguardo si ricorda che nella sentenza pronunciata nella causa *Coname* la Grande Sezione della Corte ha sottolineato espressamente che il principio di trasparenza invocato dalla Corte non comporta necessariamente un obbligo di fare ricorso ad una gara. (sentenza 21/7/2005, causa **C-231/03**, p. 21) Ora, la sentenza *Coname*, tenuto conto del quadro istituzionale in cui è stata pronunciata, è stata considerata da successive pronunce della stessa Corte come una decisione di principio, per cui si può ritenere che il principio in questione è stato affermato in modo definitivo. Ciò vuol dire, in particolare, che i contratti di appalto o di concessione esclusi dalle disposizioni delle c.d. "direttive di consolidamento", ma sottoposti alle norme ed ai principi del Trattato, possono essere aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici sulla base di una pubblicità adeguata, senza per questo comportare il ricorso alle formalità di gara previste dalle direttive di consolidamento. (sentenza 3/6/2010, causa **C-203/08**, p. 39-41) Infatti, come sottolineato dal giudice europeo, soltanto i contratti di aggiudicazione disciplinati dalle suddette direttive sono soggetti alle

procedure specifiche e rigorose previste da tali disposizioni. (sentenza 23/12/2009, causa C-376/08, p. 22; sentenza 15/5/2008, cause riunite C-147/06 e 148/06, p. 19)

In secondo luogo, occorre stabilire che cosa costituisca una pubblicità “adeguata” nel contesto di una specifica procedura di aggiudicazione affinché il suddetto obbligo di trasparenza sia rispettato. La Corte non si è ancora espressa con chiarezza sull’argomento, pur ritenendo che, in linea di principio, spetta all’amministrazione aggiudicatrice valutare, sotto il controllo dei giudici competenti, se le modalità di gara siano adeguate all’appalto in questione. Secondo l’Avvocato generale Sig.ra Sharpston, (conclusioni 18/1/2007, causa C-195/04, p. 83-98) quando un appalto esula dall’ambito di applicazione delle direttive, il livello appropriato di pubblicità dovrebbe essere stabilito con riferimento al potenziale mercato della relativa prestazione. L’amministrazione aggiudicatrice dovrebbe cioè garantire un livello di pubblicità adeguato per aprire il mercato di cui trattasi alla concorrenza e permettere il controllo sull’imparzialità della procedura di aggiudicazione. Pertanto, secondo il suddetto Avvocato generale, in linea di principio, deve sussistere un certo grado di pubblicità dell’appalto. In mancanza di tale pubblicità, risulterebbe difficile affermare che sussiste parità di trattamento o trasparenza.

Lo stesso Avvocato generale si chiede poi se le esigenze di pubblicità degli appalti in questione devono essere stabilite dal diritto dell’Unione europea oppure se la loro definizione vada lasciata al diritto nazionale. In proposito, essa ricorda che la Commissione ha pubblicato una comunicazione in cui espone in modo molto particolareggiato il proprio parere relativamente a quando, dove e in quale forma debbano essere «pubblicizzati» gli appalti che non ricadono nell’ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici. Si tratta della Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto europeo applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici, menzionata nel precedente capitolo 2. La Comunicazione suggerisce che spetta alle amministrazioni aggiudicatrici scegliere il mezzo più adeguato a garantire la pubblicità dei loro appalti, ma che la loro scelta deve essere guidata da una valutazione dell’importanza dell’appalto per il mercato interno. Quanto più interessante è l’appalto per i potenziali offerenti di altri Stati membri,

tanto maggiore deve essere la copertura della pubblicazione. La Comunicazione elenca quindi un certo numero di forme di pubblicità che, in particolari circostanze, possono essere considerate «adeguate», quali Internet, ivi compresi i siti ed i portali dell'amministrazione aggiudicatrice, la Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea e quelle dei singoli Stati membri, i bollettini nazionali specializzati nella pubblicazione di annunci di appalti pubblici, i quotidiani a diffusione nazionale o regionale, le pubblicazioni specializzate e i mezzi di pubblicazione locale quali i quotidiani, i bollettini d'informazione comunali o gli albi pretori.

La Sig.ra Sharpston non è peraltro convinta che una pubblicità del genere, quale auspicata dalla detta Comunicazione, possa risolvere il problema della certezza del diritto. Essa ritiene invece che spetti agli ordinamenti nazionali stabilire con un'apposita normativa i criteri utili ad assicurare un livello adeguato di pubblicità, in particolare per quanto concerne gli appalti di valore modesto. Su questa base, qualora in esito alla propria analisi la Commissione ritenesse che le norme nazionali in materia di appalti pubblici applicabili in un determinato Stato membro non assicurerebbero una sufficiente trasparenza e metterebbero quindi a rischio l'attuazione del principio della parità di trattamento, la stessa istituzione potrebbe esperire una procedura d'infrazione contro lo Stato membro in questione. In tal modo, a giudizio della Sig.ra Sharpston, le risorse della Commissione e della Corte potrebbero forse essere impiegate in modo più efficace di quello richiesto per esaminare presunte infrazioni commesse nell'aggiudicazione di singoli appalti di valore modesto.

Resta, infine, da considerare la problematica concernente le "circostanze obiettive" a cui ha fatto riferimento la suddetta sentenza relativa alla causa *Corame* e che possono legittimare il mancato rispetto delle norme e dei principi previsti dalla normativa di rango primario richiamata dalla giurisprudenza *Telaustria*. Al riguardo, il suddetto Avvocato Sharpston ha, in primo luogo, ricordato le disposizioni del Trattato che, secondo la Corte, condonano espressamente in via generale – anche se in presenza di determinati presupposti – le misure adottate dagli Stati membri in apparente violazione del diritto primario. In materia di appalti, rilevano innanzitutto le deroghe da applicare in situazioni

che possono compromettere la pubblica sicurezza, in particolare gli artt. 52, 346 e 347 del TFUE (ex artt. 46, 296 e 297 del TCE).

Tuttavia, a questo proposito è bene ricordare che la Corte ha anche più volte dichiarato che le deroghe previste dal Trattato riguardano ipotesi eccezionali chiaramente delimitate. La Corte ha, infatti, ripetutamente affermato che le deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti pubblici devono essere interpretate in modo restrittivo e che spetta allo Stato membro che intenda avvalersi di tali eccezioni fornire la prova che queste non superano i limiti delle suddette ipotesi eccezionali. Ne consegue che i provvedimenti che gli Stati membri adottano nel contesto delle legittime esigenze di interesse nazionale non sono sottratti, nel loro insieme, all'applicazione del diritto europeo per il solo fatto che questi provvedimenti intervengono nell'interesse della sicurezza pubblica o della difesa nazionale. Secondo la Corte, non è lecito cioè dedurre dalla formulazione di queste deroghe una riserva generale, inerente al Trattato, che escluda dall'ambito d'applicazione del diritto europeo qualsiasi provvedimento adottato per motivi di pubblica sicurezza. Per il giudice europeo, infatti, ammettere l'esistenza di una riserva del genere, prescindendo dai presupposti specifici stabiliti dal Trattato, rischierebbe di compromettere la forza cogente e l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione. (sentenza 8/4/2008, causa **C-337/05**, p. 42-44)

Gli Stati membri, in tutte le loro componenti, possono, altresì, appellarsi alle altre cause giustificative previste espressamente nel Trattato dal combinato disposto degli artt. 52 e 62 del TFUE (ex artt. 46 e 55 del TCE), quali l'ordine pubblico o la sanità. (sentenza 3/6/2010, causa **C-203/08**, p. 26) Un'ulteriore causa giustificativa espressa è poi quella relativa all'esercizio di pubblici poteri, basata sull'art. 51 del TFUE (ex art. 45 del TCE). Per quanto riguarda in particolare questa ultima eccezione è bene peraltro ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, i suddetti artt. 51 e 62 del TFUE, ponendo una deroga alla regola fondamentale della libertà di stabilimento, sono soggetti a un'interpretazione che ricade nella sfera di pertinenza del diritto dell'Unione e limita la loro portata a quanto è strettamente necessario per tutelare gli interessi che le stesse norme

permettono agli Stati membri di proteggere. Pertanto, la disciplina delle deroghe prevista da questi articoli va limitata alle attività che, considerate di per sé, costituiscono una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri. Ciò significa, secondo la Corte, che una siffatta partecipazione consiste in un esercizio sufficientemente qualificato di prerogative che esorbitano dal diritto comune, di privilegi di natura autoritaria o di poteri coercitivi. (sentenza in data 29/4/2010, causa C-160/08, p. 76-79) Si deve, in conclusione, sottolineare che, secondo una giurisprudenza ormai consolidata, perché sussista un "esercizio dei pubblici poteri" nel senso di cui al suddetto art. 51 debbono essere soddisfatti requisiti qualitativi elevati, contro i quali, sino ad oggi, si è quasi sempre infranto qualsiasi tentativo di invocare utilmente tale articolo. (conclusioni 11/2/2010, causa C-160/08, p. 62)

In secondo luogo, bisogna richiamare l'attenzione sulle cause giustificative non espressamente previste nel Trattato e, in particolare, sui c.d. motivi di interesse generale. Come detto, secondo costante giurisprudenza della Corte, applicata in linea di principio anche in materia di appalti, le restrizioni alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione di servizi possono essere ammesse solo qualora soddisfino determinati requisiti. Ciò significa che, per quanto riguarda queste ulteriori cause giustificative, secondo tale giurisprudenza le predette restrizioni devono essere giustificate da ragioni imperative di interesse generale, devono essere idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento del medesimo (c.d. "principio di proporzionalità"). Inoltre, devono applicarsi in modo non discriminatorio. (conclusioni 14/9/2006, causa C-532/03, p. 94-95) Ad esempio, l'obiettivo di tutela della sanità pubblica costituisce un'esigenza imperativa di interesse generale, in forza della quale gli Stati membri possono derogare al principio di libera circolazione delle merci, purché i provvedimenti adottati rispettino il suddetto principio di proporzionalità. (sentenza 14/6/2007, causa C-6/05, p. 60) La Corte ha inoltre precisato a proposito di queste deroghe che spetta alle autorità nazionali competenti dimostrare, da un lato, che la loro normativa risponde ad un interesse essenziale ai sensi dei suddetti artt. 51 e 52 del TFUE oppure ad un motivo imperativo d'interesse generale sancito dalla giurisprudenza e,

dall'altro, che, come detto, tale normativa è conforme al principio di proporzionalità. (sentenza 13/9/2007, causa C-260/04, p. 33)

Infine, vale la pena di menzionare una particolare eccezione ammessa dal giudice europeo in occasione di una controversia riguardante l'ambito delle concessioni di servizi. La Corte ha ricordato innanzitutto il principio per il quale una normativa nazionale non può prevedere la possibilità di rinviare l'assegnazione, mediante procedura ad evidenza pubblica, di una nuova concessione, prolungando la durata di una concessione esistente. Tale normativa costituirebbe, infatti, almeno durante il periodo del suddetto rinvio, una disparità di trattamento a danno delle imprese aventi sede in uno Stato membro diverso da quello dell'amministratore aggiudicatrice e che potrebbero essere interessate a tale concessione. Lo stesso giudice ha peraltro riconosciuto che una siffatta disparità di trattamento poteva nella fattispecie essere giustificata da circostanze oggettive, quali la necessità di rispettare il principio della certezza del diritto. La Corte ha, infatti, constatato che la concessione in questione era stata attribuita in un periodo precedente alla formulazione della sua giurisprudenza *Telaustria*, mentre la suddetta normativa nazionale non presentava i necessari requisiti di chiarezza, precisione e prevedibilità dei suoi effetti. Essa ha pertanto ritenuto che nel caso di specie il principio della certezza del diritto non soltanto consentiva, ma altresì esigeva che la risoluzione di siffatta concessione fosse corredata di un periodo transitorio per permettere alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili sia dal punto di vista delle esigenze del servizio pubblico, sia dal punto di vista economico. (sentenza 17/7/2008, causa C-347/06, p. 63-73)

8. La giurisprudenza *Teckal* (*in-house*)

Secondo una costante giurisprudenza del giudice europeo, un'amministrazione aggiudicatrice non è tenuta ad applicare il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici quando aggiudica una determinata prestazione ad un ente giuridicamente

distinto da essa amministrazione¹³, qualora due condizioni siano soddisfatte. Da un lato, l'amministrazione pubblica deve esercitare sull'ente in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e, dall'altro, l'ente di cui trattasi deve svolgere la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti pubblici che lo detengono. (per un quadro riassuntivo di tale giurisprudenza, vedi le conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak in data 4/6/2008, causa **C- 324/07**) La Corte ha inoltre chiarito che i suddetti due requisiti trovano applicazione non solo nell'ambito delle c.d. direttive di consolidamento, ma anche in quello del diritto europeo in materia di appalti in generale. Lo stesso giudice ha poi anche più volte precisato che, trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto europeo, tali due condizioni devono essere interpretate restrittivamente e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene. (sentenza 6/4/2006, causa **C-410/04**, p. 26)

Più precisamente, si tratta di una giurisprudenza che ha visto il suo inizio con la sentenza relativa alla causa *Teckal*¹⁴ e che, come detto, è stata poi sviluppata e applicata dalla Corte a tutte le norme dell'Unione europea in materia di appalti pubblici o di concessioni. Lo stesso giudice ha cioè evidenziato che detta giurisprudenza rileva sia per l'interpretazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE sia, nei casi di contratti di appalto o di concessione non sottoposti alla disciplina di tali direttive, per quella degli artt. 18, 49 e 56 del TFUE (ex artt. 12, 43 e 49 del TCE) nonché dei principi generali di cui essi costituiscono la specifica espressione. (sentenza 15/10/2009, causa **C-196/08**, p. 51-52; sentenza 10/9/2009, causa **C-573/07**, p. 40) In buona sostanza, ciò vuol dire che, quando ricorrono le suddette condizioni di fatto, un'amministrazione aggiudicatrice può richiedere una determinata prestazione ad un ente da essa giuridicamente distinto senza dover applicare le rilevanti disposizioni di rango primario o secondario che regolano la materia.

¹³ Questa situazione è generalmente definita "*quasi in-house*" per distinguerla dalla situazione di "*in-house*" in senso stretto, nella quale la prestazione è affidata ad un servizio interno dell'amministrazione interessata.

¹⁴ Sentenza 18/11/1999, causa **C-107/98**.

Nel corso della giurisprudenza in esame, la Corte ha, innanzitutto, osservato che, per valutare se un'autorità pubblica concedente esercita sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che l'ente aggiudicatario è soggetto a un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detto ente. A questo fine, vanno considerate, in particolare, la natura pubblica o privata degli enti che detengono il capitale dell'ente in questione, l'entità della loro partecipazione, la composizione degli organi decisionali di quest'ultimo e la portata dei loro poteri. (sentenza 13/11/2008, causa **C-324/07**, p. 26-29) Lo stesso giudice ha altresì rilevato come il diritto dell'Unione non imponga alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica dell'ente che esse hanno istituito per assicurare le loro funzioni di servizio pubblico. In altri termini, la circostanza che l'ente aggiudicatario si costituisca sotto forma di società di capitali non esclude in alcun modo l'applicazione dell'eccezione ammessa dalla giurisprudenza in esame.

La Corte ha cioè riconosciuto l'applicabilità di tale giurisprudenza anche nel caso in cui l'ente controllato sia una società di capitali. E' bene peraltro precisare che, secondo la Corte, il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice detenga, da sola o insieme ad altri enti pubblici, l'intero capitale di una società concessionaria potrebbe indicare che tale amministrazione aggiudicatrice esercita su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, ma il verificarsi di una siffatta circostanza non costituisce una prova decisiva dell'esistenza di un controllo del genere. (sentenza 10/9/2009, causa **C-573/07**, p. 41 e 45) Inoltre, come già accennato, questa giurisprudenza si applica anche nel caso in cui varie autorità pubbliche detengano un ente (anche a carattere societario) a cui affidano l'adempimento di una delle loro missioni di servizio pubblico. In altre parole, il controllo che dette autorità pubbliche mantengono sull'ente in parola costituisce un criterio valido ai fini dell'applicabilità della giurisprudenza in esame anche se tale controllo é da loro esercitato congiuntamente.

A questo proposito il giudice europeo ha, infatti, precisato che il controllo esercitato sull'ente concessionario da un'autorità pubblica concedente deve essere analogo a quello che la medesima autorità esercita sui propri servizi, ma non identico ad esso in ogni elemento. L'importante è che il controllo esercitato sull'ente concessionario sia effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale. (sentenza 13/11/2008, causa **C-324/07**, p. 45-50) Ne discende, in particolare, che, se un'autorità pubblica diventa socia di minoranza di una società per azioni a capitale interamente pubblico al fine di attribuirle la gestione di un proprio servizio pubblico, il controllo che le autorità pubbliche associate a detta società esercitano su quest'ultima può essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, qualora esso sia esercitato congiuntamente dalle stesse. (sentenza 10/9/2009, causa **C-573/07**, p. 50-59)

Per quanto attiene alla seconda condizione, relativa all'attività dell'ente concessionario, la Corte ha affermato che un'impresa svolge la parte più importante della sua attività con l'ente che la detiene, ai sensi della citata sentenza *Teckal*, se l'attività di detta impresa è destinata principalmente all'ente in questione e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale. Inoltre, nel caso in cui diversi enti detengano un'impresa che fornisce loro una determinata prestazione, la suddetta condizione relativa all'attività può considerarsi adempiuta qualora tale impresa svolga la parte più importante della sua prestazione non necessariamente con questo o con quell'ente, ma con tali enti complessivamente considerati. Di conseguenza, l'attività da prendere in considerazione nel caso di un'impresa detenuta da vari enti è quella realizzata da detta impresa con tutti questi enti. (sentenza 17/7/2008, causa **C-371/05**, p. 31-32; sentenza 19/4/2007, causa **C-295/05**, p. 62; sentenza 11/5/2006, causa **C-340/04**, p. 63-70)

Ciò detto, la Corte ha, tuttavia, avvertito che, nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice attribuisse un appalto (o una concessione) senza attuare una gara ad una società che essa detiene interamente, da sola o con altre entità di natura pubblica, il fatto che, successivamente, ma sempre durante il periodo di validità di tale appalto, degli azionisti privati fossero ammessi a partecipare al capitale di detta società costituirebbe in principio un cambiamento di una condizione fondamentale dell'aggiudicazione, tale da

necessitare l'indizione di una gara. Questo perché, per giurisprudenza costante, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in principio che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi. (sentenza 10/9/2009, causa C-573/07, p. 46; sentenza 8/4/2008, causa C-337/05, p. 38; sentenza 11/1/2005, causa C-26/03, p. 49)

Lo stesso giudice ha peraltro chiarito, per un verso, che la mera previsione statutaria circa la possibilità per i privati di partecipare al capitale di una società aggiudicataria non è un indizio sufficiente per determinare la natura privata di tale ente. Egli ha, cioè, considerato che, per ragioni di certezza del diritto, l'eventuale obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere ad una gara d'appalto deve essere valutato, in via di principio, alla luce delle condizioni esistenti alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi. La Corte ha con questo voluto dire che, in assenza di una effettiva partecipazione di privati al momento della stipulazione di un contratto di aggiudicazione, non si può ritenere che la prima condizione, relativa al controllo dell'autorità pubblica, non è soddisfatta solo perché è presente una previsione statutaria del genere. Naturalmente, il giudice europeo non ha escluso la possibilità che le quote di una società aggiudicataria di un appalto pubblico siano vendute a terzi in un momento successivo. Tuttavia, lo stesso giudice ha concluso affermando che questa mera possibilità non giustifica, da sola, il fatto di sospendere indefinitamente la valutazione sul carattere pubblico o meno della società in questione, in quanto una decisione del genere non sarebbe conforme al principio di certezza del diritto.

Per un altro verso, a giudizio della Corte, circostanze particolari, segnatamente qualora risulti che l'apertura del capitale dell'ente interessato a soci privati era di fatto prevista sin dall'assegnazione del suddetto appalto pubblico, possono richiedere che sia presa in considerazione la partecipazione effettiva di detti soci intervenuta successivamente a tale assegnazione. In via eccezionale, situazioni particolari possono cioè richiedere che siano presi in considerazione avvenimenti intervenuti successivamente alla data di aggiudicazione dell'appalto in esame. È quanto avviene, in particolare, nel caso in

cui le quote della società aggiudicataria, precedentemente detenute interamente da un'amministrazione aggiudicatrice, siano in parte cedute ad un'impresa privata poco dopo l'aggiudicazione a tale società dell'appalto di cui trattasi nell'ambito di una costruzione artificiale diretta ad eludere le norme europee in materia. (sentenza 17/7/2008, causa C-371/05, p. 29-30)

In conclusione, l'esistenza effettiva di una partecipazione privata al capitale della società aggiudicataria deve essere verificata nel momento dell'affidamento dell'appalto pubblico di cui trattasi. Se a quella data non vi è alcun indizio concreto di una futura apertura del capitale di tale società ad investitori privati, la mera possibilità per i privati di partecipare al capitale di detta società non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo dell'autorità pubblica non è soddisfatta. L'apertura del capitale della società ad investitori privati può essere presa in considerazione solo se in quel momento esiste una prospettiva concreta e a breve termine di una siffatta apertura. Per cui, il fatto che, successivamente, ma sempre durante il periodo di validità dell'appalto, nell'ambito di una costruzione artificiale quale quella sopra accennata degli azionisti privati siano ammessi a partecipare al capitale di detta società costituirebbe un cambiamento di una condizione fondamentale dell'appalto, che richiederebbe l'indizione di una gara. (sentenza 10/9/2009, causa C-573/07, p. 47-53)

Ciò posto, è peraltro importante richiamare l'attenzione su una recente sentenza riguardante l'affidamento di un servizio pubblico a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente ai fini della fornitura di detto servizio e con un oggetto sociale esclusivo, in cui il socio privato era stato scelto mediante procedura ad evidenza pubblica (c.d. "*partenariati pubblico-privati istituzionalizzati*"). (sentenza 15/10/2009, causa C-196/08, p. 55-63) In un caso del genere, secondo la Corte, l'affidamento del servizio pubblico in questione alla società mista pubblico-privata senza indizione di gara specifica è legittima se la gara d'appalto, finalizzata all'individuazione del socio privato cui affidare la gestione della prestazione, è stata effettuata nel rispetto degli artt. 49 e 56 del TFUE (ex artt. 43 e 49 del TCE) nonché dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione a motivo della nazionalità, così come dell'obbligo di trasparenza che ne discende. Al

riguardo è bene, tuttavia, evidenziare il fatto che nella fattispecie esaminata dal giudice europeo l'aggiudicazione riguardava una concessione di servizi. Si trattava cioè di un tipo di contratto a cui si applicavano le norme ed i principi del Trattato, nei termini della menzionata giurisprudenza *Telaustria*, essendo escluso per sua natura dalla disciplina delle "direttive di consolidamento". Inoltre, sulla base dell'iter logico seguito dalla Corte nella sentenza in esame, sembra ragionevole supporre, per le ragioni esposte in precedenza, che il principio espresso in tale sentenza sia anche valido per qualsiasi altro tipo di prestazione esclusa dalle disposizioni delle suddette direttive.

La Corte ha cioè ritenuto legittima l'adozione di una procedura, quale quella prevista dalla giurisprudenza *Telaustria*, che riuniva in uno stesso contesto la scelta di un socio economico privato e l'aggiudicazione della prestazione alla società a capitale misto da istituire a tale esclusivo scopo. Secondo la Corte, nel quadro di questa procedura i candidati alla posizione di socio devono provare, oltre alla capacità di diventare azionisti, anzitutto la loro perizia tecnica nel fornire il servizio nonché i vantaggi economici e di altro tipo derivanti dalla propria offerta. Cosicché, sempre secondo la Corte, non si giustificerebbe una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario. Nel contempo, lo stesso giudice ha, tuttavia, sottolineato che una società a capitale misto, pubblico e privato, come quella esaminata nella suddetta sentenza deve mantenere il medesimo oggetto sociale durante l'intera durata della concessione, con la conseguenza che qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe un obbligo di indire una nuova gara.

A proposito di questa sentenza è, peraltro, importante richiamare l'attenzione su due ulteriori aspetti riguardanti lo stesso contesto, aspetti che il giudice europeo non ha avuto l'opportunità di affrontare e che, pertanto, rimangono in attesa di un suo chiarimento. In primo luogo, resta, infatti, ancora incerta la questione di sapere se il suddetto principio, che permette di aggiudicare una prestazione senza un'apposita gara alle società miste nelle quali il socio privato è stato individuato nel rispetto delle procedure volute dalla giurisprudenza *Telaustria*, sia estensibile anche alle aggiudicazioni disciplinate dalle direttive di consolidamento, nelle quali detto socio privato dovrebbe essere selezionato

sulla base delle procedure di aggiudicazione previste da tali direttive. In altre parole, il giudice europeo deve ancora chiarire se il principio in questione sia anche applicabile nel caso in cui la prestazione da aggiudicare è disciplinata dalle suddette direttive e se, di conseguenza, la scelta del socio privato possa essere effettuata dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base di tali direttive. In secondo luogo, la Corte deve anche chiarire se una scelta del socio privato effettuata nei suddetti termini è legittima solo nel contesto di una costituenda società (come è appunto il caso nella sentenza in esame) oppure se tale procedura può essere considerata legittima anche nell'ipotesi in cui una siffatta apertura al capitale privato avvenga nel quadro di un ente già costituito "*in-house*".

Infine, sempre nell'ambito della giurisprudenza *Teckal*, è opportuno richiamare l'attenzione su una sentenza della Corte (sentenza 9/6/2009, causa **C-480/06**) che prende in esame una situazione giuridica del tutto anomala rispetto a quella normalmente riscontrabile in un rapporto "*in-house*". Nella fattispecie si trattava infatti di un contratto stipulato tra i servizi di alcuni enti locali tedeschi, inteso a istituire un'iniziativa di cooperazione intercomunale tra le parti contraenti, al fine di assicurare la funzione di smaltimento dei rifiuti prodotti nell'ambito territoriale degli enti interessati da tale accordo. L'accordo in questione aveva inoltre lo scopo di consentire la costruzione e la gestione da parte di uno di tali enti di un impianto di trattamento di rifiuti alle condizioni economiche più favorevoli grazie agli apporti dei rifiuti prodotti dagli enti locali limitrofi, facenti parte dell'accordo. La Corte ha considerato che detto contratto era stato stipulato soltanto da autorità pubbliche, senza la partecipazione di una parte privata, e non prevedeva né pregiudicava l'aggiudicazione degli appalti eventualmente necessari per la costruzione e la gestione dell'impianto di trattamento dei rifiuti.

In altri termini, l'oggetto della causa riguardava unicamente il contratto stipulato tra i servizi degli enti locali limitrofi, destinato ad assicurare la messa in comune del trattamento dei loro rifiuti e non il contratto con cui dovevano essere definite le relazioni tra uno di tali servizi ed il gestore del costruendo impianto di trattamento dei rifiuti in questione. Inoltre, il contratto controverso istituiva una cooperazione tra enti locali finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a

questi ultimi, ossia lo smaltimento di rifiuti. Una siffatta cooperazione non aveva peraltro dato luogo alla creazione di un organismo di diritto pubblico a cui delegare il compito di svolgere la suddetta funzione di interesse generale.

La Corte ha, pertanto, concluso affermando che una cooperazione del genere tra autorità pubbliche non è in contrasto con l'obiettivo principale delle norme europee in materia di appalti pubblici, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri. Ciò in quanto l'attuazione di tale cooperazione era retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico. Inoltre, risultava salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati, cosicché nessuna impresa privata veniva posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti. L'originalità di questa sentenza deriva dal fatto che la fattispecie prevedeva una prestazione di servizi ad andamento orizzontale, nel senso che questi servizi erano scambiati all'interno degli enti partecipanti alla suddetta cooperazione intesa allo svolgimento di una funzione pubblica. Nel caso di un'aggiudicazione *in-house*, invece, la prestazione di un servizio avviene in forza di una delegazione a carattere verticale, stipulata da una o più amministrazioni aggiudicatrici con un ente da esse controllato.

9. Le principali vie di ricorso alla luce della normativa UE

Occorre premettere che i privati non sono legittimati ad agire dinanzi alla Corte di giustizia UE per chiederle di accertare o addirittura eliminare un pregiudizio da essi subito a causa di una violazione del diritto dell'Unione europea in materia di appalti pubblici commessa da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore diverso da quest'ultima. Gli interessati possono ricorrere a tale giurisdizione solo indirettamente, per mezzo della Commissione UE o del giudice nazionale. Nel primo caso ogni persona fisica o morale che ritenga di aver subito un pregiudizio a causa di un atto o di un comportamento illegittimo di un'amministrazione aggiudicatrice può denunciare tale violazione alla Commissione, che è tenuta ad esaminarne la consistenza in quanto "guardiana dei Trattati". Nel secondo caso, ogni interessato può, se lo ritiene utile per il

buon esito di una controversia di cui sia parte dinanzi ad un giudice nazionale, suggerire a tale giudice di esperire il rinvio pregiudiziale previsto dall'art. 267 TFUE (ex art. 234 TCE), allo scopo di chiarire la portata di una norma europea rilevante ai fini della soluzione della controversia.

A proposito della suddetta prima via di ricorso indiretto, è opportuno aver presente che, conformemente alla procedura prevista all'art. 258 TFUE (ex art. 226 TCE), la Commissione UE può adire la Corte quando reputi che uno Stato membro, in ogni sua componente, abbia mancato a uno degli obblighi che gli incombono in forza del Trattato. Tale articolo non contiene alcuna condizione relativa al grado di gravità dell'inadempimento. Come risulta da una giurisprudenza costante, spetta alla Commissione valutare l'opportunità di agire contro uno Stato membro, individuare le disposizioni che esso avrebbe violato e scegliere il momento in cui iniziare il procedimento per inadempimento nei suoi confronti. Ne discende che qualsiasi violazione del Trattato, a prescindere dalla sua gravità, può essere oggetto di un ricorso ai sensi dell'articolo in esame. (sentenza 2/6/2005, causa **C-394/02**, p. 15-16) Vale poi la pena di ricordare che, per costante giurisprudenza, nell'ambito del procedimento per inadempimento è possibile esaminare non solo la conformità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative di uno Stato membro con il diritto europeo, ma anche accertare una violazione di tale normativa commessa da un'autorità di uno Stato membro in un caso specifico. (sentenza 28/1/2010, causa **C-456/08**, p. 41)

Inoltre, è bene sottolineare che, sempre secondo una giurisprudenza costante, la data di riferimento per valutare l'esistenza di un inadempimento ai sensi dell'art. 258 TFUE (così come dell'art. 260 TFUE) si colloca alla scadenza del termine fissato nel c. d. "*parere motivato*" che, in forza della suddetta disposizione, la Commissione UE indirizza allo Stato membro che essa ritiene inadempiente. Si tratta del termine entro il quale lo Stato membro in questione deve sanare o giustificare il presunto inadempimento. Per quanto possa occorrere, si rammenta, inoltre, che tale parere costituisce l'atto con il quale in sostanza la Commissione determina gli aspetti controversi che di volta in volta la inducono ad esperire la c.d. "*procedura d'infrazione*" nei confronti dello Stato membro inadempiente.

Procedura che si conclude, qualora lo Stato membro continui ad essere inadempiente, con un ricorso della Commissione inteso a far accertare dalla Corte l'avvenuta violazione del diritto europeo. Ora, secondo questo giudice, un ricorso per inadempimento è irricevibile se, alla scadenza del suddetto termine, il contratto in questione ha già esaurito tutti i suoi effetti in quanto la relativa prestazione, ancorché aggiudicata in violazione della normativa europea, è stata integralmente eseguita. (sentenza 29/11/2007, causa **C-119/06**, p. 30-31; sentenza 27/10/2005, causa **C-525/03**, p. 13-15) Per contro, l'inadempimento sussiste se si accerta che la convenzione oggetto del ricorso era, alla detta data, in corso di esecuzione in quanto ad esempio i lavori non erano del tutto compiuti e l'appalto non aveva, pertanto, esaurito tutti i suoi effetti. (sentenza 4/10/2007, causa **C-217/06**, p. 21; sentenza 2/6/2005, causa **C-394/02**, p. 18-19)

In altre parole, la Corte, senza fare distinzione tra contratti di appalto di lavori, di forniture o di servizi (ma un uguale ragionamento dovrebbe valere anche per i contratti di concessione in generale), ha costantemente giudicato che gli effetti illegittimi persistono durante l'intera esecuzione dei contratti conclusi in violazione delle disposizioni europee di rango primario o secondario vigenti in materia. Inoltre, lo stesso giudice ha precisato che questo principio vale anche ai fini di un ricorso ai sensi dell'art. 260 TFUE (ex art. 228 TCE). (sentenza 18/7/2007, causa **C-503/04**, p. 29-34) Ne consegue che, per le ragioni che saranno esposte nel successivo capitolo 10, l'operatore economico o giuridico pregiudicato da una presunta violazione della normativa nazionale o europea in materia di appalti pubblici ha tutto l'interesse a denunciare quanto prima alla Commissione l'esistenza di tale violazione, a prescindere da una sua eventuale azione dinanzi al giudice nazionale. A questo ultimo proposito è infine opportuno segnalare che, per il giudice europeo, la proposizione di un ricorso dinanzi ad un giudice nazionale contro il provvedimento di un'autorità competente oggetto di un ricorso per inadempimento e la decisione di tale giudice non possono avere rilevanza sulla ricevibilità o sul merito del ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione. Infatti, secondo la Corte, l'esistenza di azioni esperibili dinanzi ai giudici nazionali non può impedire la proposizione del ricorso previsto dall'art. 258 TFUE (all'epoca della sentenza in esame art. 226 TCE), poiché le due

azioni perseguono scopi ed hanno effetti diversi. (sentenza 22/4/2010, causa **C-423/07**, p. 80)

Il c.d. "*rinvio pregiudiziale*" previsto dall'art. 267 TFUE (ex art. 234 TCE) costituisce, invece, uno strumento di cooperazione giudiziaria grazie al quale la Corte fornisce ai giudici nazionali gli elementi d'interpretazione del diritto europeo che possono essere loro utili per valutare gli effetti di una disposizione di diritto nazionale nell'ambito della controversia che essi sono chiamati a giudicare. Il procedimento istituito dall'art. 264 TFUE si basa su una netta separazione delle funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, ove quest'ultima è autorizzata a pronunciarsi soltanto sull'interpretazione del Trattato nonché sull'interpretazione o la validità degli atti considerati dal detto articolo del TFUE. In tale contesto non spetta alla Corte né di pronunciarsi sull'interpretazione delle disposizioni del diritto nazionale né di stabilire se l'interpretazione datane dal giudice del rinvio sia corretta. Parimenti, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità della sua decisione giurisprudenziale, valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. (sentenza 18/1/2007, causa **C-220/05**, p. 25-26)

In buona sostanza, la Corte, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale, non è competente ad applicare le norme europee ad una fattispecie determinata né a valutare la compatibilità delle disposizioni del diritto nazionale con tali norme. Essa può tuttavia fornire al giudice nazionale tutti gli elementi di interpretazione del diritto dell'Unione europea che potrebbero essergli utili nel valutare gli effetti delle disposizioni di quest'ultimo diritto.(sentenza 18/12/2007, causa **C-220/06**, p. 36) Ne consegue, per un verso, che, al fine di consentire al giudice europeo di espletare la sua funzione in conformità al Trattato, è indispensabile che i giudici nazionali chiariscano, nel caso in cui non risultino inequivocabilmente dal fascicolo, i motivi per i quali essi ritengono necessaria alla definizione della controversia la soluzione delle questioni da loro proposte. (sentenza 4/12/2003, causa **C-448/01**, p. 78) Per un altro verso, pur se, come detto, la Corte,

nell'ambito dell'art. 267 TFUE, non è competente ad applicare le norme di diritto europeo né a valutare la loro compatibilità con le disposizioni del diritto nazionale, essa può comunque fornire al giudice nazionale tutti gli elementi interpretativi di diritto europeo che possano consentirgli di dirimere la controversia sottopostagli, a prescindere dal fatto che egli vi abbia fatto o meno riferimento nel formulare la sua questione.(sentenza 24/1/2008, causa **C-532/06**, p. 23)

Per quanto riguarda un esame degli argomenti che, nel contesto di questa via di ricorso, interessano maggiormente ai fini del presente studio è, in primo luogo, opportuno richiamare l'attenzione sulla nozione di "*giurisdizione nazionale*" a cui fa riferimento il suddetto art. 267 TFUE. Secondo giurisprudenza costante, per valutare se l'organo remittente posseda le caratteristiche di "*organo giurisdizionale*", questione anch'essa unicamente di diritto europeo, la Corte tiene conto di un insieme di elementi quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente. (sentenza 18/6/2002, causa **C-92/00**, p. 25) A questo riguardo non si può peraltro sottacere il fatto che, secondo un Avvocato generale, alcune decisioni della Corte pronunciate in materie estranee agli appalti pubblici lascerebbero intendere che nell'ambito della giurisdizione europea esisterebbe tuttora un'incertezza giuridica circa la nozione di organo giurisdizionale di uno Stato membro contenuta nel suddetto art 267 TFUE. (conclusioni 19/1/2006, causa **C-259/04**, p. 25-26)

In secondo luogo, occorre esaminare la portata che la Corte ha attribuito alla nozione di «*decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici*» espressa dall'art. 1, n. 1 della menzionata direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE. Come noto, con questa nozione si vuole indicare l'ambito dei provvedimenti, adottati da tali amministrazioni, suscettibili di comportare a giudizio di un ricorrente una presunta violazione della normativa europea in materia di appalti pubblici. Posto che la detta nozione non viene espressamente definita in tali direttive, la Corte ha ritenuto opportuno delimitarne la portata sulla base del tenore letterale delle pertinenti disposizioni della suddetta direttiva. Al riguardo, secondo la Corte, la direttiva 89/665/CEE deve essere

interpretata nel senso che qualsiasi decisione di un'amministrazione aggiudicatrice che ricada sotto le norme europee in materia di appalti pubblici e sia idonea a violarle sia assoggettata al controllo del giudice nazionale, senza alcuna distinzione a seconda del contenuto di tale decisione o del momento della sua adozione.

Pertanto, l'obbligo degli Stati membri di garantire la possibilità di mezzi di ricorso efficaci e rapidi contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici si estende anche alle decisioni adottate al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto e prima di un atto di formale messa in concorrenza, in particolare alla decisione che determina se un determinato appalto rientra nell'ambito di applicazione *ratione personae* e *ratione materiae* delle direttive appalti. In altri termini, la Corte ha dato un'interpretazione in senso ampio della nozione di decisione impugnabile, ampliando di conseguenza la facoltà per gli interessati di impugnare le decisioni di un'amministrazione aggiudicatrice emesse in violazione del diritto dell'Unione¹⁵. E' questo il caso, ad esempio, di un'amministrazione aggiudicatrice che decide di non avviare una procedura di aggiudicazione per il fatto che, a suo avviso, l'appalto in questione non ricade nell'ambito di applicazione delle norme europee pertinenti. Per la Corte, una decisione siffatta costituisce in assoluto la prima decisione suscettibile di controllo giurisdizionale. (sentenza 11/1/2005, causa **C-26/03**, p. 41) Analogamente, la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di revocare il bando di gara per un appalto pubblico di servizi può costituire oggetto di ricorso ed essere eventualmente annullata in quanto contraria al diritto europeo in materia di appalti pubblici o alle norme nazionali che recepiscono tale diritto. (sentenza 2/6/2005, causa **C-15/04**, p. 30)

In terzo luogo, è bene menzionare le considerazioni svolte dalla Corte in merito ai soggetti ai quali è consentito di proporre ricorso nei confronti delle suddette decisioni. A tale proposito è sufficiente constatare come, secondo il giudice europeo, gli Stati membri debbano garantire l'accesso alle procedure di ricorso per lo meno a chiunque abbia o abbia

¹⁵ E' peraltro ragionevole supporre che lo stesso ragionamento sia applicabile per analogia anche agli enti aggiudicatori diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici, ai sensi delle "direttive ricorso" 92/13/CEE e 2007/66/CE. Si deve altresì ritenere che tale ragionamento riguardi la violazione di qualsiasi norma europea in materia, sia di rango primario sia di rango secondario.

avuto interesse a ottenere l'affidamento di un determinato appalto pubblico e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione denunciata. Pertanto, la formale qualità di offerente o candidato non è stata ritenuta necessaria a questo fine. Inoltre, come detto, tale facoltà di ricorso può essere esercitata a partire dal momento in cui viene manifestata la volontà dell'amministrazione aggiudicatrice idonea a produrre effetti giuridici. (sentenza 11/1/2005, causa **C-26/03**, p. 40-41) Infine, vale la pena di sottolineare che, nel contesto di un rinvio pregiudiziale, alla Corte non interessa se la violazione del diritto europeo comporta la nullità del contratto di aggiudicazione quando è prevista dal diritto nazionale per contrarietà ad una sua norma. Importa invece che l'interessato abbia la facoltà di ricorrere contro tale violazione. (sentenza 18/3/2004, causa **C-314/01**, p. 40 e 50)

In quarto luogo, secondo il giudice dell'Unione, le "direttive ricorso" non ostano ad una normativa nazionale la quale preveda che qualsiasi ricorso avverso una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice¹⁶ vada proposto nel termine all'uopo previsto, a condizione che il termine in parola sia ragionevole. In altre parole, i termini di decadenza nazionali, ivi comprese le modalità della loro applicazione, non devono di per sé essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti eventualmente riconosciuti all'interessato dall'ordinamento dell'Unione europea (c.d. "*principio di effettività*"). Lo stesso giudice ha poi affermato che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione, invocata a sostegno di un siffatto ricorso, deve essere sollevata nel suddetto termine, a pena di decadenza, di modo che, scaduto tale termine, non è più possibile impugnare la suddetta decisione o eccepire la presunta irregolarità. Egli ha, infatti, considerato che la completa realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva 89/665/CEE sarebbe compromessa se ai candidati ed agli offerenti fosse consentito di far valere in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione infrazioni alle norme sull'affidamento degli appalti, obbligando quindi l'amministrazione aggiudicatrice a ricominciare l'intero procedimento al fine di correggere tali infrazioni. (sentenza 11/10/2007, causa **C-241/06**, p. 50-52)

¹⁶ E' peraltro ragionevole supporre che lo stesso ragionamento sia applicabile per analogia anche agli enti aggiudicatori diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici, ai sensi delle "direttive ricorso" 92/13/CEE e 2007/66/CE.

A questo proposito la Corte ha altresì osservato, anche alla luce della “direttiva ricorso” 2007/07/CE, che il termine di decadenza per i ricorsi diretti ad ottenere un risarcimento danni e le azioni volte ad ottenere l’accertamento di una violazione della normativa in materia di appalti pubblici decorre solo dal momento in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della presunta violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. La ratio delle norme che disciplinano i termini aventi come effetto la decadenza dell’azione viene individuata dalla Corte nell’obiettivo di far sì che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici¹⁷, dal momento in cui sono note agli interessati, siano denunciate e rettificate il più presto possibile. Spetta ovviamente al giudice del rinvio determinare il momento nel quale l’interessato è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione delle norme in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.

Tuttavia, secondo la Corte, la mera circostanza che l’offerente o candidato sia venuto a conoscenza del mancato accoglimento della sua offerta non gli consente ancora, di per sé, di essere al corrente di eventuali violazioni della normativa in questione. Ne consegue che detto evento non può, da solo, far decorrere il termine per la proposizione di un rimedio giuridico per la tutela del diritto derivato. Ciò perché l’offerente o candidato escluso non può fondare il proprio ricorso sul semplice fatto che la sua offerta non è stata accolta. Solo nel momento in cui l’offerente o il candidato escluso venga a conoscenza dei motivi sostanziali che hanno condotto alla mancata aggiudicazione dell’appalto si può, in linea di massima, affermare che egli sia venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. A giudizio della Corte, infatti, solo a partire da quel momento egli potrà preparare in maniera compiuta un eventuale ricorso e valutare le probabilità di un suo esito positivo. Al contrario, prima di conoscere tali motivazioni, l’interessato non è, di

¹⁷ E’ peraltro ragionevole supporre che lo stesso ragionamento sia applicabile per analogia anche agli enti aggiudicatori diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici, ai sensi delle “direttive ricorso” 92/13/CEE e 2007/66/CE.

regola, in grado di avvalersi del proprio diritto di proporre ricorso dinanzi al giudice nazionale. (conclusioni 29/10/2009, causa **C-406/08**, p. 39-44; sentenza 28/1/2010, causa **C-406/08**, p. 30-35)

Al riguardo la Corte ha anche rilevato che il termine di decadenza di 60 giorni applicabile in materia di appalti pubblici in forza della relativa normativa italiana risulta ragionevole sotto il profilo sia dell'obiettivo della direttiva 89/665/CEE (ma è logico presumere che il ragionamento sia applicabile all'insieme delle "direttive ricorso") sia del principio della certezza del diritto. Inoltre, essa ha constatato che un siffatto termine, che, come detto, decorre dalla data di notifica dell'atto o dalla data in cui risulta che l'interessato ne ha avuto piena conoscenza, è conforme anche al menzionato principio d'effettività, in quanto non è idoneo, di per sé, a rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti eventualmente riconosciuti all'interessato dal diritto europeo. Tuttavia, secondo lo stesso giudice, non si può escludere che, in particolari circostanze, l'applicazione di tale termine possa comportare una violazione del detto principio. Per cui, ai fini dell'applicazione del principio d'effettività, ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto dell'Unione deve essere esaminato tenendo conto, in particolare, del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, nonché dello svolgimento e delle peculiarità di quest'ultimo. (sentenza 27/2/2003, causa **C-327/00**, p. 54-56)

Infine, sempre ragionando nel contesto di un rinvio pregiudiziale, la Corte ha esaminato la questione posta da un giudice di uno Stato membro dinanzi al quale un concorrente aveva chiesto l'annullamento di una decisione ritenuta illegittima (nella fattispecie si trattava di una decisione che revocava un bando di gara) in quanto presunta contraria al diritto dell'Unione. Il problema nasceva dal fatto che il diritto nazionale non consentiva di giudicare tale domanda. Si trattava, in altri termini, di una norma del diritto di uno Stato membro applicata in modo tale per cui veniva negata ad un offerente la possibilità di presentare un ricorso. Il giudice nazionale aveva quindi posto la questione di sapere se, ed eventualmente a quali condizioni, fosse tenuto, ai sensi del diritto europeo, a

dichiarare ricevibile un siffatto ricorso di annullamento. Al riguardo il giudice europeo ha ancora una volta ribadito che l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di raggiungere il risultato da quest'ultima previsto, nonché il loro dovere, ai sensi dell'art. 4, par. 3, del Trattato sull'Unione europea (ex art. 10 TCE), di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito della loro competenza, quelli giurisdizionali.

La Corte ha quindi confermato anche in questa circostanza una sua giurisprudenza costante, secondo la quale il giudice nazionale è tenuto a dare ad una disposizione di diritto interno, avvalendosi per intero del margine di discrezionalità consentitogli dal suo ordinamento nazionale, un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle prescrizioni del diritto europeo. Inoltre, se una siffatta applicazione conforme non è possibile, e se il diritto europeo è incondizionato e sufficientemente preciso per poter essere invocato nei confronti di un'amministrazione aggiudicatrice, il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto europeo e di tutelare i diritti che quest'ultimo conferisce ai singoli, disapplicando, se necessario, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno (c.d. "*effetto diretto*" del diritto europeo). Ciò nel presupposto che, come precisato dalla Corte, le disposizioni di cui agli articoli 1, n. 1, e 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665/CEE sono incondizionate e sufficientemente precise per fondare un diritto di presentare un ricorso a favore di un singolo che quest'ultimo può eventualmente far valere nei confronti di un'amministrazione aggiudicatrice. (sentenza 2/6/2005, causa **C-15/04**, p. 30-39; per un'analogia applicazione del suddetto principio vedi anche sentenza 11/7/2007, causa **C-241/06**, p. 62-64 e sentenza 18/12/2007, causa **C-357/06**, p. 28-29) E' bene peraltro precisare che la suddetta giurisprudenza, per ragioni analoghe a quelle evidenziate nel precedente capitolo 7, risulta essere limitata alle controversie riguardanti le sole amministrazioni aggiudicatrici, con esclusione quindi degli enti aggiudicatori diversi da tali amministrazioni, previsti dalla menzionata direttiva 2004/17/CE.

10. Gli effetti della giurisprudenza europea negli ordinamenti degli Stati membri

Occorre, infine, esaminare la giurisprudenza europea che ha preso in considerazione gli effetti, diretti ed indiretti, di una sentenza della Corte di giustizia che accerta una violazione del diritto europeo in materia di appalti pubblici. Si tratta cioè di effettuare un esame dei possibili effetti derivanti sia da una sentenza d'inadempimento, emessa al seguito di una procedura di infrazione, ai sensi degli artt. 258 e 260 TFUE (ex artt. 226 e 228 TCE) sia da una sentenza emessa a seguito di un c.d. "rinvio pregiudiziale" ai sensi dell'art. 267 TFUE (ex art. 234 TCE), che evidenzia, sia pure indirettamente, una violazione del genere. In questo contesto è opportuno valutare, in particolare, le conseguenze che possono prodursi a seguito di tali sentenze sia nei confronti di una decisione assunta da un soggetto aggiudicatore (amministrazione aggiudicatrice ovvero ente aggiudicatore diverso da tali amministrazioni) nel corso di una procedura di aggiudicazione sia nei confronti di un contratto che, al termine di tale procedura, aggiudica un appalto o una concessione. Occorre peraltro richiamare l'attenzione sul fatto che la Corte non ha ancora avuto modo di esaminare delle controversie riguardanti quest'ultimo, specifico aspetto, sorte dopo l'entrata in vigore della menzionata "direttiva ricorso" 2007/66/CE, per cui gli argomenti svolti in prosieguo potrebbero presto rivelarsi superati per alcuni profili, dato che questa direttiva ha introdotto delle nuove disposizioni che hanno modificato alcuni punti della normativa europea in materia di ricorsi dinanzi al giudice nazionale concernenti le procedure ed i contratti di aggiudicazione.

Ciò detto, nel contesto delle considerazioni svolte nell'ambito di un "rinvio pregiudiziale" riguardante la precedente versione della "direttiva ricorso" 89/665/CEE, la Corte di giustizia ha innanzitutto osservato che la normativa europea in materia di appalti pubblici impone all'amministrazione aggiudicatrice di revocare la gara d'appalto qualora, prima della stipulazione del contratto di aggiudicazione, una decisione concernente uno degli atti facenti parte della relativa procedura si riveli illegittima in quanto assunta in violazione del diritto dell'UE in materia e sia per questo motivo annullata dall'organo giurisdizionale competente per i ricorsi. (sentenza 4/12/2003, causa **C-448/01**, p. 94-95) E' peraltro ragionevole ritenere che a questa affermazione della Corte possa essere attribuito anche un significato più esteso. Sembra cioè lecito supporre che sia consentito

all'amministrazione in questione di limitarsi a sostituire la decisione ritenuta illegittima dal giudice nazionale con un'altra conforme al diritto europeo, senza necessità di revocare l'intera procedura di gara, allorché tale giudice ritenga che questa sostituzione non arreca un pregiudizio irrimediabile ad uno dei concorrenti (anche potenziali).

Per contro, lo stesso giudice europeo ha anche rilevato, nel corso del medesimo rinvio pregiudiziale, che l'accertamento da parte del giudice nazionale dell'illegittimità di una decisione riguardante una procedura di gara non comporta in tutti i casi l'annullamento della conseguente aggiudicazione. A questo proposito, la Corte ha preso atto della possibilità offerta agli Stati membri dalla suddetta "direttiva ricorso" di concedere un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa da una violazione della normativa europea in materia di appalti pubblici. Essa ha, pertanto, ritenuto che, allorché il ricorso sia presentato dopo la conclusione del contratto e lo Stato membro interessato si sia avvalso della detta facoltà, qualora l'organo adito constati che una decisione relativa ad una procedura d'aggiudicazione è illegittima, esso non è tenuto ad annullare la detta decisione, ma può limitarsi a disporre il risarcimento dei danni. (sentenza 4/12/2003, causa **C-448/01**, p. 89-90) Occorre, peraltro, precisare che l'argomentazione in esame può essere applicata solo alle controversie sorte prima dell'entrata in vigore della menzionata direttiva 2007/66/CE in materia di ricorsi. Per quanto riguarda invece le controversie sorte successivamente a tale data, è opportuno ricordare che la suddetta direttiva ha introdotto (con l'art. 2 *quinquies*) la possibilità, in alcuni casi determinati, di richiedere al giudice nazionale la risoluzione di un contratto di aggiudicazione anche se il relativo ricorso è presentato dopo la conclusione di tale contratto.

A quest'ultimo proposito, vale anzi la pena di richiamare l'attenzione su una sentenza che, anche se pronunciata nell'ambito di una procedura di inadempimento, presenta un particolare interesse nel contesto della giurisprudenza della Corte riguardante la problematica in esame per le seguenti due ragioni. In primo luogo, questa sentenza prevede un'importante eccezione alla suddetta regola vigente nel contesto delle precedenti direttive ricorso, in ragione della quale un contratto di aggiudicazione non doveva essere risolto a causa di un'accertata violazione della normativa in materia di

appalti pubblici da parte del giudice nazionale se il relativo ricorso era formulato dopo la stipulazione di tale contratto. In secondo luogo, le conclusioni della suddetta sentenza hanno precorso, trovando così un'autorevole conferma della loro validità, una disposizione di analogo contenuto oggi prevista dal menzionato art. 2 *quinquies* della "direttiva ricorso" 2007/66/CE. Nella motivazione la stessa Corte ha, infatti, ritenuto opportuno rimarcare che, sebbene il termine per la trasposizione di tale direttiva fosse scaduto solamente dopo il verificarsi dei fatti di cui alla causa principale, le suddette conclusioni erano suffragate dalle modifiche apportate alla direttiva 89/665/CEE dalla menzionata direttiva 2007/66/CE.

La controversia portata al giudizio della Corte riguardava una normativa di uno Stato membro che disciplinava le modalità di ricorso dinanzi ad un giudice nazionale nei confronti di una decisione con la quale un'autorità aggiudicatrice, prima della conclusione di un contratto di aggiudicazione, sceglie l'offerente con il quale concludere tale contratto. Al riguardo, la Corte ha in sostanza constatato che la normativa in questione non concedeva agli interessati un lasso di tempo utile per esperire tempestivamente un ricorso contro l'atto di aggiudicazione prima dell'esecuzione del relativo contratto. Essa ha poi ricordato che gli Stati membri erano tenuti in ogni caso a prevedere, anche nel contesto della precedente "direttiva ricorso" 89/665/CEE, una procedura di ricorso che consentisse al ricorrente di ottenere l'annullamento di una decisione del genere se esistevano le relative condizioni, indipendentemente dalla possibilità di ottenere un risarcimento dei danni qualora il contratto fosse stato concluso. Pertanto, essa ha concluso affermando che, non prevedendo un termine obbligatorio per la notificazione, da parte dell'autorità aggiudicatrice, della decisione di aggiudicazione di un appalto a tutti gli offerenti e non prevedendo un termine di attesa obbligatoria tra l'aggiudicazione di un appalto e la conclusione del contratto, lo Stato membro in questione era venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza dell'art. 2, n. 1, lett. a) e b), della menzionata "direttiva ricorso" 89/665/CEE¹⁸. (sentenza 3/4/2008, causa **C-444/06**, p. 37-46 e 58)

¹⁸ E' bene peraltro segnalare che la Corte ha espresso analoghe motivazioni nella sentenza 24/6/2004, causa **C-212/02**, p. 21-21. Inoltre, queste motivazioni sono state succintamente confermate dalla Corte nella sentenza 28/1/2010, **C-456/08**, p. 33.

Sempre nell'ambito di un rinvio pregiudiziale, è poi importante richiamare l'attenzione su una recente sentenza (sentenza 13/4/2010, causa C-91/08, p. 61-65) nella quale il giudice europeo ha esaminato se e, nel caso, entro quali limiti le autorità di uno Stato membro hanno l'obbligo di risolvere i contratti di aggiudicazione che non sono disciplinati dalle direttive che regolano il settore degli appalti pubblici (nella fattispecie si trattava di un contratto di concessione di servizi). Più precisamente, al giudice europeo è stata posta la questione di sapere se il principio della parità di trattamento e il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, sanciti dagli artt. 49 e 56 del TFUE (ex artt. 43 e 49 TCE), nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, (nei termini delineati dalla menzionata giurisprudenza *Telaustria*), impongano da un lato, alle autorità nazionali, di risolvere un contratto concluso in violazione dell'obbligo di trasparenza e, dall'altro, ai giudici nazionali di concedere all'offerente la cui offerta non sia stata accolta il diritto ad ottenere un'ingiunzione diretta a prevenire l'imminente violazione o a far cessare una violazione già commessa di tale obbligo.

A questo proposito, la Corte ha innanzitutto ricordato che, secondo una sua giurisprudenza costante, in assenza di una disciplina dell'Unione europea, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro prevedere le vie di ricorso atte a garantire la salvaguardia dei diritti che i cittadini possono vantare in base al diritto europeo. Essa ha anche rammentato che tali vie di ricorso non devono essere meno favorevoli delle analoghe vie di ricorso di natura interna (c.d. "principio di equivalenza") e non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (c.d. "principio di effettività"). Ne consegue, secondo la Corte, che il principio della parità di trattamento e il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, sanciti dai detti artt. 49 e 56 del TFUE, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva non impongono alle autorità nazionali di risolvere il contratto né ai giudici nazionali di concedere un'ingiunzione in ogni caso di asserita violazione di detto obbligo nell'aggiudicazione dei contratti in questione.

Spetta cioè all'ordinamento giuridico interno disciplinare le vie di ricorso idonee a garantire la salvaguardia dei diritti che i soggetti possono vantare in base a tale obbligo,

nel rispetto dei menzionati principi di equivalenza e di effettività e, beninteso, del diritto europeo in generale. E' bene peraltro richiamare l'attenzione sul fatto che il giudice europeo ha svolto le suddette argomentazioni solo in relazione alle controversie sorte in sede di rinvio pregiudiziale, mentre non sembra che tali motivazioni possano essere estese all'ambito delle procedure d'infrazione. Inoltre, per le ragioni evidenziate nel precedente capitolo 7, è lecito supporre che esse non riguardino le controversie concernenti gli enti aggiudicatori diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici.

Sempre nel contesto delle sentenze del giudice europeo pronunciate a seguito di un procedimento di rinvio pregiudiziale a norma dell'art. 267 TFUE é, altresì, opportuno ricordare che, per giurisprudenza costante, queste sentenze, in via di principio, hanno efficacia retroattiva. In altri termini, secondo la Corte, una sentenza pregiudiziale ha valore non costitutivo bensì puramente dichiarativo, con la conseguenza che i suoi effetti risalgono alla data di entrata in vigore della norma interpretata. (conclusioni 11/9/2008, causa C-351/07, p. 68) Inoltre, una sentenza del genere vincola non solo il giudice di rinvio che l'ha richiesta, ma si estende anche alle controversie che nascono al di fuori del contesto processuale che l'ha provocata. Per cui, di regola, tali sentenze si applicano anche a decisioni delle entità aggiudicatrici assunte in precedenza e non ancora divenute definitive. Al riguardo, la Corte ha, in particolare, affermato che l'interpretazione di una norma di diritto europeo compiuta nell'esercizio della competenza attribuitale dall'art. 267 TFUE (ex art. 234 TCE) chiarisce e precisa, quando ve ne sia bisogno, il significato e la portata di detta norma, quale deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore. Ne consegue che una norma di diritto europeo così interpretata deve essere applicata da un organo amministrativo nell'ambito delle sue competenze anche a rapporti giuridici non definitivi costituiti prima del momento in cui è sopravvenuta la sentenza in cui la Corte si pronuncia sulla richiesta di interpretazione.

Una giurisprudenza altrettanto consolidata limita l'efficacia nel tempo di una pronuncia pregiudiziale solo in circostanze eccezionali, qualora sussistano due condizioni cumulative. Infatti, la Corte ha finora fatto ricorso a tale soluzione soltanto in presenza di circostanze ben precise, quando, da un lato, sussisteva il rischio di gravi ripercussioni

economiche dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa ritenuta validamente vigente e quando, dall'altro, risultava che i singoli e le autorità nazionali erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa dell'Unione in ragione di un'obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni dell'Unione, incertezza alla quale avevano eventualmente contribuito gli stessi comportamenti tenuti da altri Stati membri o dalla Commissione. (sentenza 13/4/2010, causa **C-73/08**, p. 93, riassuntiva della giurisprudenza in esame anche se estranea alla materia degli appalti pubblici) Al contrario, nella procedura per inadempimento ai sensi dell'art. 258 TFUE (ex art. 226 TCE) non è prevista la possibilità di un'efficacia retroattiva delle relative sentenze. (conclusioni 14/9/2006, causa **C-507/03**, p. 82)

In questo contesto è, peraltro, necessario menzionare un'altra sentenza del giudice europeo che, seppure anch'essa estranea alla materia degli appalti pubblici, occorre richiamare in questa sede sia per il fatto che le sue motivazioni precisano il contenuto della suddetta giurisprudenza concernente l'efficacia retroattiva delle sentenze pregiudiziali sia per la rilevanza riflessa di tali motivazioni nell'ambito della materia in oggetto. Nella sentenza in esame la Corte ha infatti sottolineato che la certezza del diritto è inclusa tra i principi generali riconosciuti nel diritto dell'Unione europea. In questo senso, il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza. Da ciò deriva che il diritto europeo non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo.

La Corte ha, tuttavia, anche affermato che, in circostanze particolari, un organo amministrativo nazionale può essere tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art. 4, par. 3 del TFUE (ex art. 10 del TCE), a riesaminare una decisione amministrativa divenuta definitiva in seguito all'esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni, al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto europeo nel frattempo accolta dalla Corte. Il che significa, in altri termini, che il riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva prima di una sentenza della Corte che

statuisce su una questione pregiudiziale interpretativa può essere richiesto da chi è pregiudicato da tale decisione amministrativa, ma solo entro certi limiti ed a determinate condizioni. (sentenza 12/2/2008, causa **C-2/06**, p. 34-39 e 59-60)

Diverse appaiono, invece, le conseguenze di una sentenza della Corte che accerta, ai sensi del menzionato art. 258 TFUE, una violazione del diritto europeo in materia di appalti pubblici commessa da un'amministrazione aggiudicatrice. Anche in questo caso, infatti, la Corte, in una sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 226 TCE (come noto, sostituito dal suddetto art. 258 TFUE), ha, in primo luogo, di nuovo considerato che la direttiva 89/665/CEE ha accordato agli Stati membri la facoltà di prevedere negli ordinamenti nazionali una norma per la quale, dopo la conclusione del contratto che segue l'aggiudicazione di un appalto, l'organo competente per i ricorsi deve limitarsi alla concessione del risarcimento del danno a qualsiasi persona lesa da una violazione del diritto europeo. Tuttavia, lo stesso giudice ha anche dichiarato che, benché detta disposizione autorizzi gli Stati membri a mantenere gli effetti di contratti conclusi in violazione delle direttive sull'aggiudicazione degli appalti pubblici e tuteli così il legittimo affidamento delle controparti contrattuali, essa non può, salvo ridurre la portata delle disposizioni del Trattato che istituiscono il mercato interno, avere come conseguenza che il comportamento delle amministrazioni aggiudicatrici nei confronti dei terzi debba essere considerato conforme al diritto europeo successivamente alla conclusione di tali contratti. (sentenza 18/7/2007, causa **C-503/04**, p. 33; sentenza 10/4/2003, causa **C-20/01**, p. 39)

In altri termini, come messo in evidenza dall'Avvocato generale Trstenjak, una disposizione nazionale che escludesse la possibilità di risolvere un contratto di aggiudicazione stipulato in violazione del diritto europeo sarebbe rilevante esclusivamente per lo sviluppo della tutela giuridica individuale nei confronti delle decisioni di aggiudicazione illegittime negli Stati membri. Per contro essa non può riguardare la tutela dell'interesse dell'Unione europea, da distinguere chiaramente dall'interesse individuale dell'offerente pregiudicato da tale violazione (conclusioni 28/3/2007, causa **C-503/04**, p. 79). Ne consegue che l'avvenuta introduzione di una normativa del genere non esclude affatto la possibilità e l'opportunità di una procedura di

inadempimento. Al contrario, le parti potenzialmente lese possono avere un interesse a siffatta declaratoria da parte della Corte. (conclusioni 24/6/2004, causa **C-126/03**, p. 42) Infatti, è bene ricordare che una sentenza d'inadempimento chiarisce e rafforza la posizione giuridica di terzi interessati e contribuisce così ad una tutela giuridica effettiva dei privati, con la conseguenza che in un'azione di risarcimento intentata dinanzi al giudice nazionale la violazione del diritto europeo è giuridicamente stabilita. (conclusioni 28/11/2002, causa **C-20/01**, p. 59)

In sostanza, la Corte ha per un verso osservato che la lesione alla libera prestazione di servizi, arrecata dall'inosservanza delle disposizioni contenute nell'insieme del diritto europeo in materia di appalti pubblici, sussiste per l'intera durata dell'esecuzione dei contratti stipulati in violazione di tale diritto. Per un altro verso, essa ha affermato che, in ragione della sua specificità, la suddetta disposizione delle precedenti "direttive ricorso" non può essere considerata tale da regolare anche il rapporto tra uno Stato membro e l'Unione europea, rapporto disciplinato nell'ambito degli allora artt. 226 e 228 TCE (attuali artt. 258 e 260 TFUE). La Corte ha, infatti, precisato che la facoltà prevista dalla menzionata "direttiva ricorso" 89/665/CEE di concedere il solo risarcimento dell'eventuale danno non solo non incideva sull'applicazione dell'art. 226 TCE, ma non poteva nemmeno incidere sull'applicazione dell'art. 228 TCE, pena, appunto, la riduzione della portata delle disposizioni del Trattato che istituiscono il mercato interno.

Inoltre, per ciò che riguarda, i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, il principio *pacta sunt servanda*, nonché il diritto fondamentale di proprietà, lo stesso giudice ha sottolineato che, anche se tali principi e tale diritto possono essere fatti valere, ai sensi della normativa nazionale, da una controparte contrattuale minacciata dalla risoluzione di un contratto di appalto, un'amministrazione aggiudicatrice non può, in ogni caso, avvalersene per giustificare la mancata esecuzione di una sentenza della Corte che accerta un inadempimento ai sensi dell'art. 226 TCE e sottrarsi in tal modo alla propria responsabilità nascente dal diritto dell'Unione europea. (sentenza 18/7/2007, causa **C-503/04**, p. 35-36) Anzi, secondo il giudice europeo, il fatto che il comportamento di un'autorità nazionale incaricata di applicare il diritto dell'UE sia in contrasto con tale

diritto, non può giustificare l'esistenza, in capo ad un operatore economico, di un legittimo affidamento basato sull'assunto di poter beneficiare di un trattamento in contrasto con il suddetto diritto (sentenza 4/10/2007, causa **C-217/06**, p. 23)

In conclusione, a giudizio della Corte, l'Unione europea usufruisce di un sistema di tutela giuridica ben ponderato e diversificato per reprimere le decisioni di aggiudicazione illegittime prese da autorità nazionali, sistema che tiene conto dei diversi interessi in gioco. Infatti, alla procedura prevista dalle "direttive ricorso", che tutela gli interessi individuali, si affianca il procedimento per inadempimento inteso a servire l'interesse della stessa Unione europea a creare o a ripristinare una situazione legittima. In questo contesto istituzionale, come ha più volte ricordato una giurisprudenza costante, nell'ambito del procedimento per inadempimento ai sensi dell'art. 226 TCE (attuale art. 258 TFUE) la Corte è unicamente tenuta a constatare che una disposizione di diritto dell'UE è stata violata. Ai sensi dell'art. 228, n. 1, TCE (attuale art. 260 TFUE), incombe allo Stato membro interessato adottare i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte comporta. La questione di sapere quali siano i provvedimenti necessari per l'esecuzione di una sentenza che accerta un inadempimento ai sensi del suddetto art. 226 TCE è, secondo la Corte, estranea all'oggetto di una sentenza del genere. (sentenza 18/7/2007, causa **C-503/04**, p. 15)

Ora, tutte queste considerazioni preliminari costituiscono la necessaria premessa che porta del tutto naturalmente ad un'ultima indagine conoscitiva. Rimane cioè da esaminare se, nel caso di specie, uno Stato membro sia tenuto sotto il profilo giuridico a risolvere un contratto di aggiudicazione illegittimo alla luce del diritto dell'Unione europea oppure se esso possa invece ricorrere ad altri provvedimenti per ottemperare all'obbligo posto a suo carico ai sensi del suddetto art. 260 TFUE. In altri termini, si pone la questione di sapere se, secondo il giudice europeo, una violazione constatata in un procedimento per inadempimento deve in principio essere eliminata, ponendo fine al contratto controverso e dando luogo ad un nuovo bando di gara, in vista di un'attuazione il più efficace possibile del diritto europeo in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. Ciò in considerazione del fatto che, come più volte osservato dal giudice europeo, in forza, in

particolare, dell'art. 4, n. 3 del TUE, spetta a tutte le autorità degli Stati membri garantire il rispetto delle norme del diritto dell'Unione nell'ambito delle loro competenze.

Per dare una risposta a questa importante questione, è opportuno richiamare in particolare l'attenzione sulle motivazioni espresse dalla Corte in due sentenze che, seppure pronunciate a distanza di tempo, sembrano voler arrivare ad un'identica conclusione. Nella prima sentenza, emessa ai sensi dell'allora art. 226 del TCE (oggi art. 258 del TFUE) il giudice europeo ha accertato l'esistenza di un inadempimento commesso da uno Stato membro in considerazione del fatto che questo, alla data di scadenza del termine impartito nel parere motivato, non aveva ancora provveduto ad eliminare gli effetti contrastanti con il diritto europeo di alcuni appalti "non ancora eseguiti o, per quanto possibile, ancora annullabili"¹⁹. Nella seconda sentenza, emessa ai sensi dell'art. 228 TCE (attuale art. 260 TFUE) e già menzionata per la sua particolare rilevanza nell'ambito dell'argomento in esame, la Corte ha innanzitutto constatato che l'inadempimento rilevato nel contesto di una precedente sentenza emessa ai sensi del suddetto art. 226 TCE perdurava alla data del parere motivato relativo alla procedura d'infrazione conclusa da questa successiva sentenza. Di conseguenza, egli ha osservato che tale inadempimento era in sostanza costituito dal fatto che l'amministrazione in questione non aveva ancora provveduto alla suddetta data a risolvere un contratto di aggiudicazione come richiesto dalla precedente sentenza d'inadempimento. (sentenza 18/7/2007, causa C-503/04, p. 20)

Ora, alla luce di queste inequivocabili affermazioni, sembra ragionevole ritenere che la Corte intenda tuttora risolvere con una risposta affermativa di principio la questione di sapere se un'amministrazione aggiudicatrice sia tenuta ad annullare un contratto concluso in violazione del diritto dell'Unione europea, in adempimento dell'obbligo espresso dal menzionato art. 260 TFUE di prendere i provvedimenti che l'esecuzione di una sentenza della Corte comporta. In buona sostanza, è pur vero che la tutela giudiziaria offerta dalle attuali "direttive ricorso" ed il procedimento per inadempimento previsto dagli artt. 258 e

¹⁹ Sentenza 28/10/1999, causa C-328/96, p. 44 e 79. Si tratta di una sentenza che è opportuno menzionare anche se emessa nel periodo precedente a quello oggetto del presente studio. Vedi anche le relative conclusioni 19/1/1999, causa C-328/96, p. 83.

260 del TFUE hanno il medesimo scopo, e cioè quello di assicurare il rispetto del diritto dell'Unione europea relativo all'aggiudicazione degli appalti pubblici. Tuttavia, mentre la possibilità di ricorso prevista dalle menzionate direttive riguarda in primis il rapporto nascente nell'ambito delle giurisdizioni nazionali tra i terzi interessati e l'amministrazione aggiudicatrice inadempiente, il procedimento per inadempimento si fonda sul rapporto di responsabilità istaurato dal diritto dell'Unione europea nei confronti degli Stati membri e non può che comportare, in principio, la risoluzione dei contratti di appalto stipulati in violazione di tale diritto. Ciò detto per quanto riguarda l'affermazione di tale principio, è lecito, peraltro, supporre che la futura giurisprudenza in materia sia anche disposta ad accogliere delle esimenti analoghe a quelle previste dalla nuova "direttiva ricorso" 2007/66/CE per giustificare in alcuni casi la mancata attuazione di un'altrimenti inevitabile risoluzione contrattuale.

Sempre in questo contesto, occorre infine richiamare l'attenzione su due ulteriori aspetti che appaiono connessi alla problematica relativa agli effetti delle sentenze del giudice europeo sulle procedure di aggiudicazione attuate da un'amministrazione aggiudicatrice in violazione della normativa europea in materia di appalti pubblici. Al riguardo si ricorda, in primo luogo, che, secondo una costante giurisprudenza, il primato dell'ordinamento dell'Unione europea impone, in presenza di un conflitto tra norme e qualora ne ricorrano i presupposti, l'obbligo per lo Stato membro inteso in tutte le sue componenti di disapplicare il diritto nazionale non conforme al diritto europeo e, se del caso, l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari per agevolare la piena efficacia di questo diritto. In particolare, la Corte, nonostante le critiche di certa dottrina, ha più volte confermato l'estensione di tale principio alla sfera della pubblica amministrazione, cui incombe ugualmente l'obbligo di disapplicare le norme nazionali incompatibili con quelle europee.

La principale obiezione sollevata nei confronti di tale giurisprudenza deriva proprio dal meccanismo pregiudiziale previsto dall'art. 267 TFUE, poiché non è apparso condivisibile a molti l'assunto che un'autorità amministrativa, priva del potere di proporre un rinvio, abbia, comunque, l'obbligo di disapplicare le norme di diritto interno. Ciò nella

considerazione che il giudice nazionale può sempre contare sull'ausilio interpretativo della Corte di giustizia, garantito dal dialogo pregiudiziale, mentre l'amministrazione agisce in assenza di tale ausilio. (conclusioni 25/6/2009, causa **C-205/08**, p. 51, con in nota i riferimenti alle menzionate critiche della dottrina. Queste conclusioni, estranee alla materia degli appalti pubblici, riassumono, peraltro, lo stato della giurisprudenza europea concernente l'estensione del suddetto principio alla sfera della pubblica amministrazione, principio espresso in modo esplicito dalla Corte proprio nell'ambito degli appalti pubblici nella sentenza relativa al caso *Fr.lli Costanzo*²⁰)

Ciò detto, alla luce di una costante giurisprudenza in merito, si deve peraltro ritenere che il suddetto principio è comunque applicabile quando già esiste una sentenza della Corte che prefigura e chiarisce l'illegittimità dell'atto che l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a non compiere ovvero a disapplicare. Ciò in quanto, per la medesima giurisprudenza, ogni amministrazione appartenente all'organizzazione dello Stato ha l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari per agevolare la piena efficacia del diritto europeo, tra cui, di conseguenza, è necessario comprendere anche quelli diretti ad assicurare il legittimo svolgimento di una procedura di aggiudicazione. Occorre inoltre ricordare che, sempre per giurisprudenza costante, in forza, in particolare, dell'art. 4, n. 3, TUE, spetta a tutte le autorità degli Stati membri garantire il rispetto delle norme del diritto dell'Unione nell'ambito delle loro competenze. (sentenza 13/4/2010, causa **91/08**, p. 69). E questo obbligo deriva, in particolare, dalla circostanza che l'illegittimità del comportamento che l'amministrazione aggiudicatrice si accinge a compiere o ha appena compiuto è chiaramente individuata da una sentenza del giudice europeo, a prescindere dal fatto che tale sentenza sia stata emessa a seguito di un rinvio pregiudiziale ovvero di una procedura di infrazione (sentenza 13/1/2004, causa **C-453/00**, p. 20-22; conclusioni 17/6/2003, causa **C-453-00**, p. 54-58).

In secondo luogo, si deve altresì rammentare che, sempre in forza di un'affermata giurisprudenza, una violazione del diritto europeo è manifesta e grave quando persiste nonostante la pronuncia di una sentenza della Corte resa in sede pregiudiziale dalla quale

²⁰ Sentenza 22/6/1988, , causa **103/88**, p. 31.

risulti l'illegittimità del comportamento in questione. In questa giurisprudenza, la stessa Corte ha ritenuto di precisare che, in un caso all'esame, la sentenza disattesa forniva, attraverso l'interpretazione di norme identiche, una risposta chiara ad un problema posto in termini analoghi. (sentenza 28/6/2001, causa C-118/00, p. 44) In altri termini, come osservato dall'Avvocato generale Léger nelle relative conclusioni, il fatto che uno Stato membro o un'autorità amministrativa ritenga di non applicare la soluzione adottata dal giudice europeo in una situazione identica, soluzione evidenziata ad esempio da una sentenza pregiudiziale o da una giurisprudenza consolidata, da cui risulterebbe tale illegittimità, costituisce una violazione grave e manifesta di tale diritto. (conclusioni 15/3/2001, causa C-118/00, p. 76-79)

Si può, inoltre, ragionevolmente ritenere che questo principio, affermato dalla Corte in ambiti diversi da quello relativo agli appalti pubblici, sia ugualmente applicabile a quest'ultimo ambito e sia a maggior ragione estensibile alle sentenze pronunciate a seguito di una procedura d'infrazione. Ora, si ricorda che nella sua giurisprudenza legata al caso *Francovich* (sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e a.*), la Corte di giustizia ha affermato il principio della responsabilità dello Stato e le condizioni in cui da questa deriva un obbligo di risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto europeo che sono imputabili a qualsiasi entità appartenente al concetto di Stato inteso in senso funzionale. Come noto, si tratta delle seguenti condizioni: la norma violata deve attribuire diritti al singolo, la violazione deve essere grave e manifesta, deve esistere un vincolo di causalità tra la violazione ed il danno.

In sostanza, esiste una responsabilità di natura extracontrattuale dello Stato nei confronti dei singoli, che la Corte di giustizia, mancando un'espressa previsione nel Trattato, ha ritenuto di dover elaborare in una serie di interventi dottrinari a partire dalla famosa sentenza *Francovich*. Il fondamento della responsabilità dello Stato risiede nel suo dovere di adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal Trattato o da fonti di diritto derivato e di facilitare all'Unione europea l'adempimento dei propri compiti. Come evidenziato anche da una sentenza della Corte concernente la materia degli appalti pubblici, ciò comporta che, se si

verifica una violazione del diritto europeo e questa violazione è commessa da un'entità appartenente all'amministrazione dello Stato, accanto alla responsabilità principale di tale entità si pone quella, presumibilmente sussidiaria, dello stesso Stato²¹. Per cui, in presenza di una sentenza della Corte di giustizia che, direttamente o indirettamente, individua i termini di una determinata violazione del diritto europeo, il singolo può utilizzare le motivazioni di tale sentenza non solo per far valere dinanzi al giudice nazionale l'illiceità di un'analogo fattispecie che lo pregiudica, al fine di ottenere l'annullamento del provvedimento che ha originato tale illegittimità, ma anche per agevolare il risultato di una sua eventuale azione di responsabilità extracontrattuale nei confronti dello Stato inadempiente²².

Avv. Giannangelo Marchegiani

²¹ Sentenza 28/10/1999, causa **C-328/96**, p. 75.

²² La mancanza di provvedimenti emessi al riguardo nel periodo considerato dal presente studio non consente di esaminare un argomento strettamente legato al tema trattato in questo capitolo. Si tratta dei provvedimenti cautelari che la Corte di giustizia può emettere nel contesto di una controversia in materia di appalti pubblici, ai sensi dell' art. 279 TFUE (ex art. 243 TCE) e degli artt. 83-88 del suo Regolamento di procedura. Per chi fosse interessato ad approfondire anche questa problematica, si segnalano le ordinanze del Presidente della Corte in data 20/7/1988, relativa alla causa 194/88 R, e 31/1/1992, relativa alla causa C-272/91 R.