



Presidenza del Consiglio dei Ministri
**Dipartimento della
Funzione Pubblica**

ESPERI@
ALTA FORMAZIONE SPECIALISTICA
e-LEARNING

La nozione di appalto pubblico nel quadro normativo UE e nazionale

Formez  **PA**

Questo materiale didattico rientra nell'ambito dei Percorsi e-Learning di alta formazione specialistica del Progetto Esperi@ - Rafforzamento della capacità istituzionale ed amministrativa delle Regioni e degli Enti Locali del Mezzogiorno mediante il reclutamento di nuove figure professionali - Linea 7 Alta Formazione.

Finanziamento: Programmazione 2007-2013

Questo materiale è distribuito con Licenza [Creative Commons Attribuzione - Condividi allo stesso modo 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/).



Autore: Sabina Armati

Creatore: Formez PA

Diritti: Dipartimento della Funzione Pubblica

Data: Agosto 2017

La nozione di appalto pubblico nel quadro normativo UE e nazionale

Introduzione

Nell'ambito della gestione dei Fondi SIE, è espressamente previsto che le operazioni siano conformi al diritto applicabile dell'Unione e nazionale relativo alla sua attuazione (art. 6 del Reg. UE 1303/2013). In tale ambito, il tema degli appalti pubblici è di particolare rilievo perché costituisce anche un elemento importante per le condizionalità ex ante, ossia quel set di requisiti – normativi, di policy e istituzionali – che devono essere soddisfatti da ciascuno Stato membro per dimostrare di poter usufruire del sostegno dei Fondi SIE in maniera efficace (le condizionalità ex ante possono essere tematiche o generali, come quelle in materia di appalti).

Per ottemperare a tali obblighi, è fondamentale saper individuare con esattezza le operazioni che danno luogo a un appalto o a una concessione.

La nozione di appalto nelle Direttive – nozione generale

La nozione di appalto va ricercata, in prima battuta, nelle norme UE, da cui derivano quelle nazionali. È importante comprendere la finalità delle norme in materia di appalti, che è duplice, ossia:

- da un lato, vi è la finalità di corretta ed efficiente gestione delle risorse pubbliche da parte dei soggetti che ne hanno la disponibilità – correttezza contabile ed efficienza della spesa pubblica,
- dall'altro, vi è l'obiettivo, a livello UE, di creare un mercato unico in cui qualsiasi operatore economico (**OE**), stabilito in qualsiasi Stato membro (**SM**), può fornire prodotti, prestare servizi o realizzare lavori a favore di amministrazioni aggiudicatrici (**AA**) stabilite in qualsiasi altro SM, senza essere discriminato e sulla base di regole comuni e condivise, stimolando così una sana competitività tra le imprese a vantaggio, per le AA, della concorrenza sottesa alla libera circolazione. Ciò in quanto il mercato

degli appalti pubblici, ossia il mercato generato dalle scelte delle AA, corrisponde a una percentuale molto significativa del PIL dell'UE e consentirne una compartimentazione per SM metterebbe a rischio l'intera costruzione del mercato interno UE.

Ciò significa che la maggior parte delle norme e dei principi UE applicabili agli appalti sono volti a creare una situazione di parità di chance per tutti gli OE e a creare condizioni in cui non sussistano presupposti, di diritto o di fatto, che rendano più difficile agli OE stranieri la partecipazione alle procedure di aggiudicazione, rispetto agli OE nazionali, garantendo che qualsiasi condizione – anche necessaria – per selezionare i contraenti non abbia una portata più restrittiva di quanto strettamente indispensabile a raggiungere l'obiettivo perseguito dall'AA.

A questo proposito, si deve sottolineare che le AA sono sottoposte alle norme sugli appalti perché, essendo volte al soddisfacimento di interessi generali, potrebbero effettuare le proprie scelte contrattuali sulla base di considerazioni diverse, di natura politica – anziché sulla base delle migliori condizioni tecniche, economiche, ecc. – e, al limite, anche di stampo protezionistico. Questa è stata la principale preoccupazione delle norme sugli appalti fin dalla loro origine. Ad oggi, il settore si è molto evoluto ed è consentito alle AA di tenere conto di altre finalità "politiche" nei loro acquisti – ad esempio, considerazioni ambientali, o sociali – purché sempre nell'alveo di interessi tutelati a livello UE e a condizione che questo non restringa la partecipazione (e cioè il mercato) in maniera sproporzionata.

In quest'ottica, si deve precisare che situazioni in cui tutti gli OE che soddisfano determinate condizioni sono autorizzati a svolgere un determinato compito senza selettività, non dovrebbero essere considerate sistemi di appalto bensì semplici sistemi di autorizzazione (per esempio licenze per medicine o servizi medici). Conseguentemente, laddove manchi qualsiasi esclusività, ossia l'AA non operi una scelta tra i possibili contraenti, viene meno la necessità d'inquadrare l'azione ai sensi delle norme delle Direttive, per impedirle di attribuire un appalto favorendo gli operatori nazionali. La scelta di un'offerta e quindi di un aggiudicatario, sembra un elemento intrinsecamente legato alla nozione di "appalto pubblico" [Dr. Falck Pharma C-410/14].

La Direttiva 2014/24/UE (**Direttiva Appalti**) cui è stata data attuazione in Italia con il nuovo

codice dei contratti, D.Lgs. 50/2016 (**Codice Appalti**), come la precedente, definisce gli "appalti pubblici" come contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più OE e una o più AA aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi e specifica che tale nozione è indipendente dal fatto che i lavori, le forniture o i servizi siano considerati per una finalità pubblica o meno.

La Direttiva Appalti (al considerando 4) precisa che la nozione di appalto pubblico non copre tutte le forme di esborsi di fondi pubblici, ma solo quelle rivolte all'acquisizione di lavori, forniture o prestazioni di servizi a titolo oneroso per mezzo di un appalto pubblico. Mediante l'acquisto, le AA ottengono i vantaggi dei lavori, delle forniture o dei servizi in questione senza che sia necessariamente richiesto un trasferimento di proprietà dei relativi risultati. Quindi, non rientra nella nozione di appalto la concessione, da parte delle AA, di sovvenzioni alle imprese finalizzate al sostegno di attività delle imprese stesse (investimenti, formazione interna o altre attività di sviluppo delle imprese stesse) e che, come tali, sono sottoposte all'obbligo di restituzione qualora si accertasse il mancato utilizzo per gli scopi previsti. In questi casi, generalmente, i trasferimenti si configurano, invece, come aiuti di Stato e pertanto regolati da altra normativa.

Perché ci sia appalto:

- le prestazioni devono essere eseguite **nell'interesse economico diretto dell'AA**, ossia deve trattarsi di prestazioni che costituiscono un vantaggio per l'AA, o colmano una necessità dell'AA: il carattere oneroso del contratto implica che la AA riceva una prestazione a fronte di un corrispettivo, ossia abbia un interesse economico. L'interesse economico è accertato ove si preveda che la AA divenga proprietaria dei lavori o dell'opera, MA ANCHE qualora sia previsto che la AA disponga di un titolo giuridico che le garantisca la disponibilità delle opere, in vista della loro destinazione pubblica, OPPURE può risiedere nei vantaggi economici che la AA 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 [Helmut Müller GmbH, C 451/08];
- l'obbligo di eseguire la prestazione deve essere esigibile in sede giurisdizionale.

La nozione di appalto nelle Direttive – elementi specifici

Analizziamo i singoli elementi della nozione di appalto.

1. Per "**contratto**" s'intende, a livello UE, un incontro di volontà, indipendentemente dalla denominazione – convenzione, accordo, contratto – utilizzata concretamente.

L'incontro di volontà sussiste ogni qualvolta AA e OE siano soggetti distinti, tranne nel caso del cosiddetto affidamento *in house* in cui l'AA "[...] eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti [...] che la controllano". Questo concetto è stato, per la prima volta, sviluppato dalla Corte di giustizia UE (la **Corte**) nella sentenza Teckal, C-07/98 e dalla giurisprudenza successiva¹.

In questo caso, infatti, la distinzione tra i due soggetti è solo formale, in quanto l'aggiudicatario è, in realtà, un'emanazione dell'AA, priva di autonomia contrattuale. Pertanto, non essendoci un contratto, non c'è appalto e non trovano applicazione le relative norme. Si tratta di un istituto, il c.d. "*in house*", che è stato, in seguito a un vasto sviluppo giurisprudenziale, introdotto e codificato nella disposizione di cui all'art. 12 della Direttiva e dall'art. 5 del Nuovo Codice Appalti, secondo cui gli appalti (o concessioni) aggiudicati da un'AA a un'altra persona giuridica di diritto privato o pubblico, sono esclusi se (condizioni cumulative):

- l'AA esercita sulla persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Il controllo può anche essere esercitato da un'altra persona giuridica, a sua volta soggetta allo stesso tipo di controllo (controllo indiretto). Il controllo è presunto se c'è influenza decisiva su:
 - obiettivi strategici, e
 - decisioni significative;
- più dell'80% delle attività di tale persona giuridica deriva dallo svolgimento dei

¹ Cfr. link: Teckal, 18.11.1999, C-07/98, Stadt Halle, 11.01.2005, C-26/03, Coname, 21.07.2005, C-231/03, Parking Brixen, 13.10.2005, C-458/03, Mödling, 10.11.2005, C-29/04, ANAV, 6.4.2006, C-410/04, Carbotermo, 11.05.2006 C-340/04, ASEMFO, 19.04.2007, C-295/05, Termoraggi, 10.04.2008, C-323/07, Comune di Mantova, 17.07.2008, C-371/05, Coditel, 13.11.2008, C-324/07, SEA, 10.09.2009, C-573/07, Acoset, 15.10.2009, C-196/08, Econord, 29.11.2012, C-182/11 e C-183/11, Politecnico di Amburgo, 8.05.2014, C-15/13, Centro Hospitalar de Setúbal EPE, 19.6.2014, C-574/12, Comune di Sulmona, 8.12.2016, C-553/15.

compiti ad essa affidati dalla AA controllante o da altre persone giuridiche controllate dalla AA;

- non vi è alcuna partecipazione diretta del capitale privato nella persona giuridica controllata, con l'eccezione di forme di partecipazione al capitale non di controllo, né di blocco, richieste dalla normativa nazionale applicabile, in conformità con i Trattati, che non hanno influenza decisiva sulla persona giuridica (ad esempio, partecipazioni meramente finanziarie).

Inoltre, nel caso del controllo congiunto, ossia nel caso di partecipazione da parte di più AA nello stesso soggetto è necessario che:

- gli organi decisionali siano composti da rappresentanti di tutte le AA partecipanti (un membro ne può rappresentare più di una: un esempio concreto è dato da enti in house contemporaneamente dell'amministrazione centrale e delle Regioni),
- vi sia l'esercizio congiunto di un'influenza decisiva, nel senso già individuato, da parte di tutte le AA partecipanti, e la persona giuridica controllata non persegua interessi contrari a quelli delle AA controllanti.

2. Per "**titolo oneroso**" s'intende la natura corrispettiva del contratto, ossia lo stesso non deve configurare una gratuità. Occorre sottolineare, in proposito, che l'onerosità del contratto non viene meno nel caso in cui il corrispettivo sia limitato al rimborso delle spese affrontate dal soggetto aggiudicatario (ASL di Lecce, C-159/11). Inoltre, la natura onerosa del contratto sussiste anche laddove l'AA non operi alcun trasferimento di denaro, ma rinunci a percepire somme che le spetterebbero (Ordine degli ingegneri - Scala di Milano - questione della compensazione degli oneri urbanistici, C-399/98).

3. La **stipulazione "per iscritto"** è necessaria al fine di delineare con nettezza il perimetro e le condizioni contrattuali. In mancanza di forma scritta, non è possibile stabilire se l'affidamento sia avvenuto e a quali condizioni.

4. La **nozione di "OE"** deve essere intesa nel senso più ampio possibile. Infatti, chiunque offra – anche occasionalmente e non in maniera strutturata – beni o servizi sul mercato può essere considerato un OE. La nozione comprende anche enti e altri soggetti pubblici, nonché soggetti privi di finalità di lucro. In particolare, la Corte ha stabilito che può presentare offerta o candidarsi qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati

in un bando di gara, sia idoneo a garantire l'esecuzione dell'appalto in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto, indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico e di essere attivo sul mercato in modo sistematico o solo occasionale, o ancora dal fatto di essere sovvenzionato tramite fondi pubblici o meno. Tuttavia, gli SM hanno il potere di autorizzare, o meno, talune categorie di OE a fornire certi tipi di prestazioni, disciplinando le attività dei soggetti, quali le università e gli istituti di ricerca, non aventi finalità di lucro, nonché autorizzando, o meno, tali soggetti ad operare sul mercato in funzione della circostanza che l'attività in questione sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statutari. Ma se – e nei limiti in cui – determinati enti siano autorizzati ad offrire taluni servizi contro corrispettivo sul mercato, anche a titolo occasionale, gli SM non possono vietare loro di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi ad oggetto la prestazione degli stessi servizi (CONISMA, C-305/08; Datamedical, C-568/13).

5. Il **concetto di "AA"** comprende:

- amministrazioni pubbliche ed enti pubblici non economici
- organismi di diritto pubblico (OdP).

Per quanto riguarda le amministrazioni pubbliche, la loro individuazione deriva dal quadro normativo nazionale di ciascuno SM.

Gli OdP sono, di converso, definiti dalle stesse Direttive, come soggetti, di qualsiasi natura giuridica che non devono perciò necessariamente avere natura o forma pubblica, possono essere anche soggetti di natura societaria che:

- a) sono istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
- b) sono dotati di personalità giuridica;
- c) sono finanziati per la maggior parte dallo Stato, dalle autorità regionali o locali o da altri OdP; o la loro gestione è posta sotto la vigilanza di tali autorità o OdP; o il loro organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri OdP.

I motivi per cui tali soggetti sono sottoposti alle norme sugli appalti attengono al rischio,

già menzionato, di atteggiamenti protezionistici: trattandosi di soggetti influenzabili da parte di AA, il rischio di discriminazione è lo stesso paventato per le AA. Inoltre, in un'ottica di contabilità pubblica, questi soggetti gestiscono e sono finanziati da fondi pubblici il cui utilizzo va assoggettato agli stessi obblighi e controlli di quelli in carico delle amministrazioni pubbliche.

Questi concetti sono stati precisati dalla giurisprudenza della Corte, la quale ha, in particolare, chiarito che

- i requisiti suddetti sono cumulativi e la percentuale relativa delle attività svolte dal soggetto in questione nel soddisfacimento dell'interesse generale è irrilevante (Mannesmann, C-44/96);
- per la verifica del carattere non industriale o commerciale, l'esistenza di una concorrenza sul mercato non è irrilevante (Agorà, C-223/99), ma non è decisiva (Adolf Truley, C-373/00); ciò che conta è il fatto che il soggetto in questione debba sopportare i propri costi e le proprie perdite (Korhonen, C-18/01);
- dipendenza stretta dallo Stato (o da altri OdP) può essere determinata da un forte controllo sulla gestione, mentre una semplice revisione ex post dei dati contabili non è sufficiente (Adolf Truley, C-373/00). Il finanziamento può essere anche indiretto, ossia attraverso tariffe imposte agli utenti e regole di esazione stabilite e basate su poteri pubblici (Bayerischer Rundfunk, C-337/06), SALVO casi in cui c'è un ampio margine di autonomia (Ärzttekammer, C-526/11).

6. L'oggetto del contratto deve consistere nell' "**esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi**".

In particolare, sono

- "**appalti pubblici di lavori**" quelli aventi per oggetto una delle seguenti azioni:
 - i. l'esecuzione, o la progettazione e l'esecuzione, di lavori relativi a una delle attività di cui all'Allegato II del Codice Appalti;
 - ii. l'esecuzione, oppure la progettazione e l'esecuzione di un'opera; oppure
 - iii. la realizzazione, con qualsiasi mezzo, di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dall'AA che esercita un'influenza determinante sul tipo, o sulla progettazione, dell'opera.

L'esecuzione deve avvenire sulla base delle esigenze specificate dall'AA. In particolare, per l'esistenza di un "appalto pubblico di lavori", occorre che la realizzazione dell'opera risponda alle esigenze specificamente formulate dall'AA (Auroux, C-220/05): ciò accade quando quest'ultima abbia adottato provvedimenti allo scopo di definire le caratteristiche dell'opera o, quantomeno, di esercitare un'influenza determinante sulla progettazione della stessa (Helmut Müller, C-451/08), anche mediante un quadro esigenziale predisposto ai fini della locazione, laddove l'AA ha il diritto di verificare, prima di ricevere l'opera, la conformità della stessa a detto quadro esigenziale e dunque di esercitare un'influenza determinante sulla progettazione dell'opera da costruire (Pizzarotti & C. SpA, C-213/13);

- **"appalti pubblici di forniture"**: appalti pubblici aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con, o senza, opzione per l'acquisto, di prodotti. Un appalto di forniture può includere, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione;
- **"appalti pubblici di servizi"**: appalti pubblici aventi per oggetto la prestazione di servizi diversi da quelli ricompresi nei lavori.