



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

ESPERI@  
ALTA FORMAZIONE SPECIALISTICA  
E-LEARNING

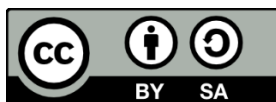
# **Potere sanzionatorio della Commissione sulle violazioni in materia di appalti**

**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

# Potere sanzionatorio della Commissione sulle violazioni in materia di appalti

## Introduzione

La Commissione UE ha come propria funzione istituzionale il ruolo di "guardiana dei Trattati" (ai sensi dell'art. 17 del Trattato sull'Unione europea), il quale prevede che la Commissione "promuove l'interesse generale dell'Unione e adotta le iniziative appropriate a tal fine. Vigila sull'applicazione dei trattati e delle misure adottate dalle istituzioni in virtù dei trattati. Vigila sull'applicazione del diritto dell'Unione sotto il controllo della Corte di giustizia dell'Unione europea". In altre parole, la Commissione ha il ruolo, e il dovere, di vigilare sull'attuazione delle norme UE nei vari settori, con diversi gradi di possibilità di intervento, che spaziano dalla possibilità di comminare sanzioni dirette alle imprese (come accade, ad esempio, in materia di concorrenza, in caso di intese, abusi di posizione dominante, concentrazioni), a quella di avviare procedure di infrazione nei confronti degli Stati membri **(SM)**.

## I poteri della Commissione nella materia degli appalti

Nel campo degli appalti, va, preliminarmente, precisato che la Commissione non è certamente l'unico organismo preposto alla vigilanza in questa materia. È, difatti, importante ricordare che, in base al principio di sussidiarietà, la vigilanza sull'applicazione della normativa comunitaria in materia di appalti è affidata capillarmente agli organi nazionali ad essa preposti in ciascuno degli SM a livello centrale, regionale e locale, nonché alla magistratura. Tuttavia, la vigilanza esercitata dalla Commissione possiede un carattere distintivo rispetto alla vigilanza nazionale, in quanto essa si esercita in una prospettiva diversa, una prospettiva europea, che ne influenza obiettivi e modalità. In effetti, agendo in questa prospettiva, la Commissione non tiene conto esclusivamente del rigoroso rispetto delle norme comunitarie ma anche dell'osservanza di quei principi, "immanenti" nelle stesse norme o da esse esplicitati, che sono alla base del funzionamento del mercato interno, segnatamente i principi generali di parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e mutuo

riconoscimento applicabili nell'ambito degli appalti (**Principi**).

La Commissione esercita tale potere/dovere, nel campo degli appalti e delle concessioni, d'ufficio – ossia attraverso un monitoraggio continuo (benché non sistematico) delle disposizioni adottate dagli SM, nonché attraverso l'acquisizione di informazioni anche a mezzo stampa, oppure tramite consultazioni "interservizi" su determinati argomenti, progetti, o fattispecie, che altri servizi della stessa Commissione stanno esaminando per finalità diverse –, mediante i propri poteri di interlocuzione e richiesta di informazione agli SM, che hanno un obbligo di collaborazione nei confronti delle istituzioni europee per quanto concerne l'applicazione delle norme UE.

Inoltre la Commissione può avviare indagini sulle violazioni delle norme in materia di appalti anche sulla base di segnalazioni, relative a supposti casi singoli di infrazione. La procedura d'infrazione costituisce uno strumento indispensabile per garantire il rispetto e l'effettività del diritto dell'Unione. La decisione relativa al suo avvio è una competenza esclusiva della Commissione, la quale, esercitando un potere discrezionale, può agire su denuncia di privati, sulla base di un'interrogazione parlamentare o di propria iniziativa.

Lo strumento giuridico principale a disposizione della Commissione è il procedimento per inadempimento contro gli SM di cui all'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (**TFUE**): è infatti opportuno ricordare che, ai fini del diritto comunitario, la responsabilità per la violazione delle norme in materia di appalti e concessioni è sempre attribuita allo SM a cui appartiene la stazione appaltante in questione, a prescindere dalla natura statale, regionale, locale o addirittura – nei casi di applicazione delle norme sui settori speciali – di impresa privata della stessa.

Al ricevimento di una segnalazione da parte di un qualsiasi soggetto, privato cittadino, impresa, ente o istituzione, incluse le interrogazioni parlamentari dei membri del Parlamento europeo, la Commissione è tenuta ad esaminare l'esistenza del "*fumus boni juris*", ossia la verosimiglianza dell'infrazione denunciata. Laddove tale verosimiglianza sia constatata, la Commissione è tenuta ad aprire un procedimento.

Tale procedimento si svolge dapprima in maniera informale, o piuttosto "pre-contenziosa", con l'invio di una richiesta di chiarimenti allo SM interessato. In base alla risposta dello SM, la Commissione verifica tutti gli elementi rilevanti e, nel caso in cui abbia riscontrato la

sussistenza dell'infrazione, prosegue il procedimento inviando una lettera di costituzione in mora, in cui l'infrazione viene qualificata giuridicamente e con cui viene assegnato allo SM un termine per presentare i suoi argomenti o porvi fine.

Quando tale termine trascorre inutilmente (per mancata risposta o risposta insoddisfacente dello SM), la Commissione constata l'infrazione, inviando un parere motivato ed assegnando un ulteriore termine allo SM per eliminare l'infrazione constatata. Qualora ciò non avvenga, e lo SM non si conformi, la Commissione ha il potere (non il dovere) di adire la Corte di giustizia UE (**Corte UE**), la quale emanerà una sentenza dichiarativa sull'esistenza, o meno, dell'infrazione. Ai sensi dell'art. 260 del TFUE, quando la Corte UE riconosca che uno SM ha mancato ad uno degli obblighi ad esso incombenti in virtù dei Trattati, tale SM è tenuto a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte UE comporta.

La Commissione, se ritiene che lo SM in questione non abbia preso le misure che l'esecuzione della sentenza della Corte UE comporta, dopo aver posto tale SM in condizione di presentare osservazioni, può adire nuovamente la Corte UE, precisando l'importo della somma forfettaria o della penalità, da versare da parte dello SM in questione, che consideri adeguato alle circostanze. La Corte UE, qualora riconosca che lo SM in questione non si è conformato alla sentenza, può comminargli il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità, intendendosi per tale una somma pagabile in maniera continuativa fino a che la relativa violazione non sia stata eliminata.

Da quanto esposto emerge chiaramente che l'azione di vigilanza della Commissione dipende, principalmente, dalle segnalazioni. Una volta avviato il procedimento, poi, ogni sua fase è regolamentata ed il passaggio ad una fase successiva o, al contrario, l'archiviazione del procedimento, devono essere giustificati da solide argomentazioni giuridiche. Questo spiega anche perché molti procedimenti che vertono su casi controversi o inediti appaiano "giacere" per lungo tempo prima di giungere ad una conclusione, positiva o negativa che sia.

Tale procedimento non varia in funzione della fonte di finanziamento dell'operazione illegittima, di volta in volta considerata, nel senso che esso può scattare anche in presenza di operazioni finanziate esclusivamente con fondi nazionali.

Tuttavia, nell'ambito dei controlli sulle spese relative ai Fondi strutturali e di investimento europei (Fondi SIE), la Commissione agisce d'ufficio, e può disporre rettifiche finanziarie

rispetto alle spese certificate dagli SM, riconoscendone il rimborso in misura ridotta, laddove riscontri un'irregolarità, anche nel campo delle infrazioni alle norme e ai Principi in materia di appalti. L'applicazione di queste rettifiche non necessita del procedimento di infrazione sopra descritto, quantunque, anche in questo caso, debbano essere garantiti i principi del contraddittorio – ossia la possibilità dello SM di rispondere ai rilievi della Commissione – e della tutela giurisdizionale: infatti, le decisioni di rettifica sono impugnabili davanti al Tribunale UE

## **Focus sulle rettifiche finanziarie nell'ambito dei Fondi SIE**

In particolare, 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 (ai sensi dell'art. 6 del Reg. UE 1303/2013).

Al fine di garantire la trasparenza del proprio operato e, dunque, la certezza del diritto, la Commissione ha adottato la Decisione C(2013) 9527 final - COCOF 13/9527 del 19.12.2013, recante "Orientamenti per la determinazione delle rettifiche finanziarie che la Commissione deve applicare alle spese finanziate dall'Unione nell'ambito della gestione concorrente in caso di mancato rispetto delle norme in materia di appalti pubblici" ("**Orientamenti rettifiche**").

Quando la Commissione rileva un'irregolarità connessa al mancato rispetto delle norme in materia di appalti pubblici, determina l'importo della rettifica finanziaria applicabile calcolato in base all'importo delle spese dichiarate riguardanti l'appalto (o la parte dell'appalto) interessato dall'irregolarità.

La percentuale si applica all'importo delle spese interessate che sono dichiarate alla Commissione per l'appalto in questione. Lo stesso tasso di rettifica va applicato anche ad eventuali future spese riguardanti lo stesso appalto interessato, prima che tali spese siano certificate alla Commissione.

Quantunque gli Orientamenti rettifiche siano stati emanati dalla Commissione con riferimento alle attività di controllo svolte da quest'ultima, gli stessi Orientamenti invitano le autorità competenti degli SM ad applicare gli stessi criteri e gli stessi tassi per rettificare le irregolarità

rilevate dai rispettivi servizi, fatta salva la possibilità di applicare norme più rigorose.

Si noti che gli Orientamenti rettifiche sono stati emanati con riferimento alle norme sui Fondi SIE e alle norme sugli appalti applicabili nella passata programmazione (2007-2013), ma sono applicabili, *mutatis mutandis*, anche nel quadro delle nuove norme, come espressamente ivi specificato. Infatti, nel testo degli Orientamenti si prevede che gli stessi siano *"applicabili a tutti i Fondi in gestione concorrente inclusi nel quadro finanziario pluriennale 2014-2020"*.

Per quanto riguarda la metodologia di applicazione delle rettifiche ai sensi degli Orientamenti rettifiche, si deve, in primo luogo, specificare che l'ambito normativo di riferimento non si limita alla verifica del rispetto delle norme UE in materia – ossia, in particolare, delle Direttive sugli appalti applicabili alla singola fattispecie – che potrebbero essere sia quelle vigenti fino al 2014 (Direttiva 2004/18 in materia di appalti e Direttiva 2004/17 in materia di appalti nei settori speciali), o quelle attuali (Direttiva 2014/23 in materia di concessioni, Direttiva 2014/23 in materia di appalti, e Direttiva 2014/25 in materia di appalti nei settori speciali) (le "Direttive"), ma si estende anche alla verifica del rispetto delle norme nazionali in materia, purché, ovviamente, compatibili con le disposizioni delle Direttive UE.

In particolare, per quanto riguarda la verifica sui singoli progetti, è importante determinare quali siano le norme applicabili nella fattispecie, poiché, da un lato, le norme applicabili si sono evolute nel tempo e, dall'altro, le soglie di rilevanza UE (le "Soglie") sono modificate ogni due anni e, dunque, un appalto sopra soglia in un determinato momento potrebbe non esserlo in un altro, con rilevanti conseguenze in relazione alla applicabilità, o meno, delle Direttive. A tale proposito occorre evidenziare che, come sottolineato dalla Corte di giustizia UE nella sua giurisprudenza (in particolare, sent. Commissione/Paesi Bassi, C-576/10), *"la direttiva applicabile è, in linea di principio, quella vigente nel momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice sceglie il tipo di procedura da seguire e risolve definitivamente la questione se sussista o meno l'obbligo di indire preventivamente una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico", in quanto "sarebbe in contrasto col principio della certezza del diritto determinare il diritto applicabile con riferimento alla data di aggiudicazione dell'appalto, in quanto tale data segna la fine del procedimento, mentre la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di procedere all'indizione preventiva di una gara o di rinunciarvi è di norma presa nella fase iniziale del procedimento"*.

Una volta determinate la normativa e le soglie applicabili "*ratione temporis*", il controllo e l'eventuale applicazione delle rettifiche si basano:

1. per quanto riguarda gli appalti di importo superiore alla soglia,
  - a. sulle disposizioni delle Direttive, applicabili al momento della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice (AA) di indizione della gara o di aggiudicazione dell'appalto in mancanza di gara,
  - b. sui principi generali di parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e mutuo riconoscimento applicabili nell'ambito degli appalti, applicabili anche per interpretare correttamente le disposizioni delle Direttive e, soprattutto, per valutare i comportamenti delle AA che non sono del tutto regolamentati dalle Direttive stesse, ad esempio, nell'ambito delle attività di valutazione delle offerte, e
  - c. sulle disposizioni nazionali attuative delle Direttive;
2. di converso, per quanto riguarda gli appalti d'importo inferiore alle Soglie,
  - a. sulle disposizioni nazionali,
  - b. sui Principi, ma solo nella misura in cui l'appalto presenti un interesse transfrontaliero certo, secondo una valutazione che spetta all'AA condurre e dimostrare sulla base di indicatori specifici (si veda la sentenza della Corte UE Tecnoedi C-318/15).

I tassi di rettifica *standard* (che variano dal 5%, al 10%, al 25%, fino al 100% della spesa dichiarata) sono applicati quando non è possibile quantificare con precisione le implicazioni finanziarie dell'irregolarità rilevata per l'appalto. In ogni caso, la Commissione applica le rettifiche secondo criteri generali, in funzione della gravità dell'irregolarità, tenendo conto dei seguenti fattori: livello della concorrenza, trasparenza e parità di trattamento, e nel rispetto del principio di proporzionalità.

Concretamente, tale principio è applicato mediante la seguente metodologia:

1. per irregolarità di carattere puramente formale, senza incidenze finanziarie effettive o potenziali, non si applica alcuna rettifica;
2. se nella stessa procedura di gara sono rilevate diverse irregolarità, i tassi di rettifica



non sono cumulati, ma l'irregolarità più grave serve da indicazione per decidere il tasso di rettifica applicato all'intera procedura;

3. dopo l'applicazione di una rettifica per un certo tipo di irregolarità, se lo SM non adotta le misure correttive adeguate in relazione ad altre procedure di gara interessate dallo stesso tipo di irregolarità, i tassi delle rettifiche finanziarie possono essere innalzati a un livello superiore;
4. la rettifica finanziaria del 100% è riservata ai casi più gravi, quando l'irregolarità favorisce determinati offerenti/candidati o è connessa a una frode accertata da un'autorità giudiziaria o amministrativa competente.

L'applicazione delle rettifiche è considerata in maniera differenziata, in funzione delle diverse fasi in cui si articola la procedura, segnatamente:

1. fase di predisposizione della documentazione di gara e relativa pubblicità, in cui i livelli di gravità più elevati sono assegnati ai casi in cui la pubblicità a livello UE – o a livello nazionale, nel caso in cui si tratti di appalti d'importo inferiore alle Soglie – manca del tutto (affidamenti a trattativa privata) o laddove i contenuti della documentazione si rivelino discriminatori o non trasparenti, risultando una mancanza di concorrenza e .una disparità di trattamento;
2. fase di svolgimento della procedura di aggiudicazione, in cui le infrazioni più gravi sono identificate nel mancato rispetto o nella modifica dei criteri o degli elementi posti a base di gara;
3. fase di esecuzione del contratto, in cui le rettifiche più importanti sono previste per i casi in cui il contratto aggiudicato sia modificato, in maniera sostanziale, in modo da vanificare l'iniziale messa in concorrenza e, dunque, falsare la scelta iniziale degli operatori economici sulla partecipazione, o meno, alla gara o sulle caratteristiche dell'offerta presentata.