

Appalti sottosoglia

## Procedure di affidamento di appalti «sottosoglia»

La circolare ministeriale in commento affronta il problema, assai dibattuto, dell'individuazione della normativa applicabile agli appalti pubblici di servizi, di forniture e di lavori di valore inferiore alla soglia comunitaria.

**CIRCOLARE DEL MINISTRO PER LE POLITICHE COMUNITARIE 6 giugno 2002 n. 8756**  
**Normativa applicabile agli appalti pubblici «sottosoglia»**  
 (G.U. n. 178, 31 luglio 2002, Serie Generale)

1. Il frequente ricorso ad appalti pubblici, con particolare riguardo al settore dei servizi di cui alla direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, aventi un importo inferiore alla soglia di applicazione prevista dalla legislazione comunitaria, rende opportuno fornire elementi interpretativi che chiariscano la normativa europea applicabile in *subjecta materia*, alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria (cfr. ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00, e sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324, Teleaustria c. Post & Telekom Austria), la quale ha ribadito che anche quando taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, ciò non significa che detti appalti di modesto rilievo economico siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario, pacifico essendo che le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono comunque tenute a rispettare i principi fondamentali del Trattato.

2. Con la presente circolare si intende allora mettere a fuoco i principi e le regole di condotta applicabili all'aggiudicazione di tali appalti, evidenziando le norme di diritto primario contenute nel Trattato CE, che, come tali, si applicano a tutti gli appalti pubblici, ivi compresi quelli che sfuggono all'applicazione di specifiche direttive. Si ricorda, in proposito, che una recente comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. C 121 del 29 aprile 2000) ha sottolineato che, benché il Trattato non contenga alcuna esplicita menzione degli appalti pubblici, né delle concessioni, molte delle sue disposizioni sono rilevanti in materia. Si tratta delle norme del Trattato che presidiano e garantiscono il buon funzionamento del mercato unico, ossia: le norme che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (art. 12, paragrafo 1, ex art. 6, paragrafo 1); le norme relative alla libera circolazione delle merci (articoli 28, ex 30, e seguenti), alla libertà di stabilimento (articoli 43, ex 52, e seguenti), alla libera prestazione di

servizi (articoli 49, ex 59, e seguenti) nonché le eccezioni a tali norme previste agli articoli 30, 45 e 46 (ex articoli 36, 55 e 56); le disposizioni dell'art. 86 (ex 90) del Trattato.

3. La Corte di giustizia ha in particolare statuito che «sebbene le direttive comunitarie che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si applichino soltanto ai contratti il cui valore supera un determinato limite previsto espressamente in ciascuna delle dette direttive, il solo fatto che il legislatore comunitario abbia considerato che le procedure particolari e rigorose previste in tali direttive non sono adeguate allorché si tratta di appalti pubblici di scarso valore, non significa che questi ultimi siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario» (v., in tal senso, ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00, punto 19). Già in precedenza il giudice comunitario aveva sottolineato la necessità del rispetto del principio di trasparenza anche per gli appalti non rientranti espressamente nella sfera di applicazione di una direttiva, ricordando che «nonostante il fatto che siffatti contratti, allo stadio attuale del diritto comunitario, siano esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38, gli enti aggiudicatori che li stipulano sono ciò nondimeno tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità in particolare» (sentenza 7 dicembre 2000, in C-324/98, Teleaustria c. Post & Telekom Austria, punto 60). Prendendo le mosse da siffatte considerazioni la Corte di giustizia ha rimarcato che anche per un appalto pubblico di lavori non eccedente il valore limite previsto dalla direttiva 93/37, «l'art. 30 del Trattato osta a che un'amministrazione aggiudicatrice inserisca nel capitolato d'onere relativo al detto appalto una clausola che prescrive per l'esecuzione di tale appalto l'impiego di un prodotto di una determinata marca senza aggiungere la menzione o "equivalente"» (Corte giust. ord. 3 dicembre 2001 cit. ove si mette in rilievo come la riserva del

mercato ai soli offerenti che intendano utilizzare materiali prodotti in un certo Stato, nella specie l'Irlanda, può ostacolare le correnti d'importazione nel commercio intracomunitario, in contrasto con l'art. 30 del Trattato; v., in tal senso, sentenza Corte giust. 24 gennaio 1995, causa C-359/93, Commissione/93).

4. Anche il Consiglio di Stato, riconoscendo la giurisdizione del giudice amministrativo in un appalto di servizi di importo inferiore a quello previsto dalla disciplina comunitaria, ai sensi dell'art. 33, lett. d), nel testo attuale del D.Lgs. n. 80 del 1998 e dell'art. 6, comma 1, della L. n. 205 del 2000, ha richiamato e condiviso gli orientamenti della Corte di giustizia, puntualizzando che norme comunitarie vincolanti ben possono imponersi oltre il ristretto ambito applicativo delle direttive sugli appalti e che i sistemi di scelta del contraente ispirati alla *par condicio* presentano sempre i medesimi requisiti strutturali e richiedono, sul fronte del contenzioso, le medesime tecniche di indagine e giudizio (cfr. decisione del Consiglio di Stato, sezione IV, 15 febbraio 2002, n. 934, Consiglio nazionale dei chimici c. Azienda elettrica città di Bolzano). In un'altra precedente decisione i giudici di Palazzo Spada avevano già esteso la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie pertinenti a gare ad evidenza pubblica di importo inferiore alla soglia comunitaria esperate da una società avente i caratteri sostanziali dell'organismo di diritto pubblico (cfr. decisione del Consiglio di Stato, sezione VI, 2 marzo 2001, n. 1206, relativa a Poste Italiane S.p.a.).

Nelle citate decisioni, i giudici amministrativi hanno richiamato la posizione della Commissione UE, secondo la quale, anche nei casi in cui non trova applicazione la direttiva sugli appalti di servizi (in particolare, nel caso delle concessioni di pubblici servizi) la scelta del contraente incontra i limiti indicati dalle norme del Trattato in materia di libera prestazione di servizi e dai principi generali del diritto comunitario, tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento, la trasparenza. Si impone così una scelta ispirata a criteri obiettivi e trasparenti, tali da assicurare in ogni caso la concorrenza tra i soggetti interessati (v. i progetti di comunicazione interpretativa della Commissione del 24 febbraio 1999 e del 12 aprile 2000; v. anche, per l'affermazione dei medesimi principi e per la rilevanza generale degli obblighi di trasparenza nella scelta dei contraenti, specie quando si tratta di servizi pubblici, Corte di giustizia CE, 7 dicembre 2000, C-324/98).

La giurisprudenza amministrativa, pur citando principi espressi dalla Corte di giustizia con riferimento alle concessioni di servizi pubblici, che è figura diversa dall'appalto di servizi, ha riconosciuto agli stessi «una portata generale che può adattarsi ad ogni fattispecie che sia estranea all'immediato ambito applicativo delle direttive sugli appalti. Del resto, è utile ricordare che la tradizione dell'ordinamento interno è sempre stata quella di favorire la libera scelta del concessionario, introducendo ampie deroghe al regime dell'evidenza pubblica, e di

considerare con maggior rigore, all'opposto, proprio la scelta del contraente appaltatore» (dec. n. 934/2002 cit.).

5. Per delimitare correttamente l'ambito di applicazione della presente circolare che intende fornire il quadro normativo applicabile agli appalti di servizi sottosoglia, e più in generale ai contratti di appalto ed alle fattispecie patrizie della pubblica amministrazione non interessate da normative comunitarie di dettaglio, è utile richiamare altre due circolari di questo Dipartimento (cfr. circolare n. 12727 in tema di «Affidamento a società miste della gestione di servizi pubblici locali», pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 264 del 13 novembre 2001 e circolare n. 3944 del 1° marzo 2002 in tema di «Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori» pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 102 del 3 maggio 2002) con le quali, con riferimento al regime di gestione dei servizi pubblici locali anteriore alle modifiche apportate all'art. 113 del D.Lgs. del 18 agosto 2000, n. 267, dall'art. 35 della legge finanziaria per il 2002 (L. 28 dicembre 2001, n. 448), si è precisata la normativa applicabile in tema di affidamento della gestione di servizi pubblici locali a società miste (pubblico-privato).

Si è in particolare chiarito che «la normativa europea in tema di appalti pubblici, in particolare di servizi, non trova applicazione (e pertanto l'affidamento diretto della gestione del servizio è consentito anche senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle norme comunitarie) solo quando manchi un vero e proprio rapporto giuridico tra l'ente pubblico e il soggetto gestore, come nel caso, secondo la terminologia della Corte di giustizia, di delegazione interorganica o di servizio affidato, in via eccezionale, «in house» (cfr. Corte di giustizia, sentenza del 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal).

In altri termini, quando un contratto sia stipulato tra un ente locale ed una persona giuridica distinta, l'applicazione delle direttive comunitarie può essere esclusa nel caso in cui l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa persona (giuridica) realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano. Segnatamente, ad avviso delle istituzioni comunitarie per controllo analogo s'intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario. In detta evenienza, pertanto, l'affidamento diretto della gestione del servizio è consentito senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle disposizioni comunitarie innanzi citate».

6. Dall'esame delle coordinate fin qui esposte si ricava il corollario alla stregua del quale anche per gli appalti pubblici sottosoglia, e più in generale per i contratti stipulati da pubblici soggetti in settori non regolamentati

sul versante europeo, il diritto comunitario considera il ricorso alla scelta diretta, in deroga ai principi di trasparenza e di concorrenza, quale evenienza eccezionale, giustificabile solo in presenza di specifiche ragioni tecniche ed economiche, necessitanti di adeguata motivazione, che rendano impossibile in termini di razionalità l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto, ovvero che evidenzino la non rilevanza di un'operazione sul piano della concorrenza nel mercato unico europeo. Alla stregua dei principi comunitari fin qui tratteggiati, si ricava, infatti, come le pubbliche amministrazioni, che intendono stipulare contratti non regolamentati sul piano europeo, pur non essendo vincolate da regole analitiche in punto di pubblicità e di procedura, siano comunque tenute ad osservare criteri di condotta che, in proporzione alla rilevanza economica della fattispecie ed alla sua pregnanza sotto il profilo della concorrenza nel mercato comune, consentano senza discriminazioni su base di nazionalità e di residenza, a tutte le imprese interessate di venire per tempo a cono-

scenza dell'intenzione amministrativa di stipulare il contratto e di giocare le proprie chances competitive attraverso la formulazione di un'offerta appropriata. Siffatti canoni devono in definitiva guidare l'amministrazione nel valutare e nel dosare il tipo di procedura congruo in relazione alle peculiarità del caso concreto, anche accedendo ad una interpretazione del quadro normativo interno che tenga conto della *primauté* del diritto europeo ora cristallizzata dal nuovo testo dell'art. 117, primo comma, della Costituzione.

Tali essendo i principi ricavabili dall'ordinamento comunitario, questo Dipartimento invita le amministrazioni interessate a conformarsi alle ricordate prescrizioni in sede di stipulazione di contratti sottosoglia e gestione delle relative procedure selettive.

Si segnala conclusivamente che le inosservanze delle regole comunitarie sopra descritte potrebbero rendere lo Stato italiano destinatario di procedure di infrazione da parte dell'Unione europea ed imporre l'attivazione di consequenziali provvedimenti.

## IL COMMENTO di Leonardo Masi

La circolare ministeriale in commento affronta il problema, di frequente verifica pratica e comunque assai dibattuto, dell'individuazione della normativa applicabile agli appalti pubblici di servizi, di forniture e di lavori di valore inferiore alla soglia comunitaria (1), con particolare riferimento alle procedure (ad evidenza pubblica o meno) di affidamento.

La genesi della questione è facilmente rinvenibile nella predisposizione da parte delle direttive comunitarie - in sede di determinazione dell'ambito oggettivo di loro applicazione - in materia di appalti di lavori, forniture e servizi di un valore soglia oltre la quale le dette direttive non trovano applicazione (2).

È accaduto pertanto che in sede di recepimento il legislatore nazionale abbia riprodotto la limitazione dell'ambito applicativo ai valori fissati in sede comunitaria (3), determinandosi così la bipartizione dell'intera materia in due ben distinte categorie, quella degli appalti al di sopra della soglia comunitaria, disciplinati dalla normativa di recepimento, e quella degli appalti «sotto-soglia», i quali, non interessati dalla nuova disciplina, sembrano caratterizzati da un vuoto normativo, vuoto che tuttavia, come precisa la circolare ministeriale, ma come peraltro era già desumibile da un'attenta lettura delle norme contenute nel nostro ordinamento, è soltanto apparente.

È opportuno fin da subito precisare, anche al fine di cogliere la reale portata della circolare ministeriale in commento, che, in punto di procedure di affidamento (che costituisce per espressa indicazione l'oggetto prin-

cipale della circolare) l'esistenza del valore soglia, determinante la bipartizione di cui si diceva, assume un'importanza assai più sfumata per quanto riguarda gli appalti di lavori pubblici rispetto a quelli di servizi e forniture.

Infatti, con l'entrata in vigore - nel 1994 - della legge Merloni, contenente una disciplina sistematica della materia, non è più prevista (a differenza della precedente legge 19 dicembre 1991, n. 406, dichiaratamente applicativa della direttiva 89/440/CEE) una soglia di applicazione, né in via generale, né, più in particolare, quanto alle procedure di affidamento.

L'art. 20, comma 1, della legge Merloni prevede infatti che gli appalti di cui al precedente art. 19, senza pertanto alcuna distinzione quanto al loro valore, sono

### Note:

(1) 200.000 euro per gli appalti di servizi e forniture. Per gli appalti di lavori, l'art. 1, comma 1, D.Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 recepisce il limite di 5 milioni di Ecu. La norma, oggi abrogata dall'art. 231, comma 1, lett. v), D.P.R. 554/1999 aveva già perduto, in punto di procedure di affidamento, rilevanza pratica per effetto dell'entrata in vigore, nel 1994, della legge Merloni che provvede a ridisciplinare in maniera sistematica la materia.

(2) Cfr. rispettivamente le direttive 89/440/CEE e 93/37/CEE (art. 6, comma 1) per i lavori, 93/36/CEE (art. 5, comma 1) per le forniture e 92/50/CEE (art. 7, n. 1) per i servizi.

(3) Cfr. l'art. 1, comma 1, D.Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 (lavori), l'art. 1, comma 1, D.Lgs. 24 luglio 1992, n. 358 (forniture) ed infine l'art. 1, comma 1, D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157 per i servizi.

affidatati mediante pubblico incanto o licitazione privata.

Ugualmente, almeno fino alla recentissima novità costituita dalla legge 1° agosto 2002, n. 166 («disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti») (4), su cui torneremo di seguito, non esisteva alcuna soglia al di sotto della quale l'affidamento a trattativa privata era consentito *tout court*, prevedendo infatti l'art. 24, comma 1, che gli appalti inferiori a 300.000 Euro siano sì affidabili a trattativa privata, ma soltanto (a) nel rispetto delle norme sulla contabilità generale dello Stato ed in particolare dell'art. 41 del R.D. 23 maggio 1924, n. 827, confermandosi pertanto la limitazione ai casi di urgenza e di infruttuoso esperimento delle procedure ad evidenza pubblica, (b) in caso di ripristino di opere già esistenti e funzionanti, danneggiate da eventi imprevedibili di natura calamitosa, ed infine (c) in caso di lavori di restauro e manutenzione di beni mobili e superfici decorate di valore storico e artistico.

Quindi, anche per gli appalti di lavori inferiori a 300.000 Euro, non solo il ricorso alla trattativa privata è disciplinato dalla legge quadro, ma esso è confinato entro limiti assai ristretti.

Diverso, si diceva, è il caso per gli appalti pubblici di servizi e di forniture, per i quali, lo ripetiamo, laddove il loro importo sia inferiore alla soglia comunitaria non è prevista, specie in punto di procedure di affidamento, alcuna normativa *ad hoc*.

## La circolare n. 8756/2002 e le due precedenti su questioni sostanzialmente analoghe

Ai problemi che si è sinteticamente cercato di esporre, si prodiga nel tentativo di dare una risposta il Dipartimento delle politiche comunitarie presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il quale, con la circolare in commento, torna ad affrontare per la terza volta in meno di un anno - seppur prendendo le mosse da differenti spunti argomentativi - la questione relativa all'applicabilità del diritto comunitario in settori «scoperti» dalle direttive in materia di appalti pubblici. Nell'occasione, trattasi degli appalti pubblici (con particolare riguardo agli appalti pubblici di servizi) inferiori alla soglia comunitaria; nella precedenti, delle concessioni di lavori e di servizi, istituiti come noto distinti rispettivamente dagli appalti di lavori e dagli appalti di servizi.

Infatti, con la circolare 19 ottobre 2001, n. 12727 («Affidamento a società miste della gestione di servizi pubblici locali») (5) era stato affrontato il problema del rapporto intercorrente tra l'ente locale titolare del servizio pubblico e la società a capitale misto pubblico - privato dal medesimo ente costituita per la gestione del servizio pubblico, ai sensi dell'allora vigente testo dell'art. 113, comma 1, lett. d), D.Lgs. 18 agosto 2002, n. 267, mutuato dal testo dell'art. 22, L. n. 142/1990. Ne aveva concluso il Ministero, conformemente alla giurisprudenza formatasi sulla scia della dottrina prevalente (6), (a)

mentro dall'ente locale alla società mista e (b) per la necessità che la società mista, *longa manus* dell'ente e comunque organismo di diritto pubblico, sia assoggettata alle regole dell'evidenza pubblica nel caso in cui decida di (sub) appaltare a terzi parte del servizio (7).

La circolare dell'ottobre 2001, peraltro, si rivela un interessante antecedente rispetto a quella da ultimo pubblicata, in quanto aveva incidentalmente affrontato la questione dell'assoggettamento o meno alle regole dell'evidenza pubblica in caso di affidamento di servizi pubblici a mezzo concessione, per concludere che «la necessità di seguire le procedure ad evidenza pubblica discende in linea retta dalle norme e dai principi stabiliti nel Trattato (articoli 49 e seguenti)» (8), in linea come vedremo con l'intervento ministeriale più recente, anch'esso teso a dare soluzione, come detto, al problema dell'individuazione della normativa applicabile ad ambienti non disciplinati dal diritto comunitario e dal diritto nazionale di recepimento.

Con la successiva circolare 1° marzo 2002, n. 3944 («Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori») (9) il Dipartimento delle politiche comunitarie ha affrontato più nello specifico il problema, come detto trattato soltanto incidentalmente dalla precedente circolare, dell'assoggettamento delle concessioni, sia di lavori, che di servizi, alle regole dell'evidenza pubblica. Con la differenza che mentre l'istituto della concessione di lavori trova la sua disciplina nell'art. 19, comma 2, L. n. 109/1994, e quindi l'imposizione delle procedure di affidamento aperte (incanto) o ristrette (licitazione) è contenuta direttamente nella legge Merloni al successivo articolo 20, comma 1 («Gli appalti di cui all'art.

Note:

(4) In G.U. n. 181 del 3 agosto 2002.

(5) In G.U. n. 26 del 13 novembre 2001.

(6) Cfr. tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Foro Amm.* 1998, 432; in dottrina M. Cammelli - A. Ziraldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini 1999, 285 ss. e dottrina e giurisprudenza ivi citate.

(7) È noto che le problematiche inerenti alla gestione dei servizi pubblici a mezzo di società miste sono ormai sostanzialmente superate per avere l'art. 35, comma 1, della L. 28 dicembre 2001, n. 448 (riformulante l'art. 113, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267) di fatto cancellato, per i servizi pubblici di rilevanza industriale, lo strumento della società mista quale modulo organizzativo di cui l'ente possa servirsi per la gestione del servizio, ed avendo per contro generalizzato l'obbligo di affidamento del servizio a mezzo gara, gara alla quale la società partecipava dall'ente locale affidante potrà, nel possesso dei requisiti necessari, senz'altro partecipare.

(8) Dalla distinzione strutturale tra appalto di servizi e concessione di servizi, ormai delineata a chiare lettere sia in dottrina che in giurisprudenza (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 253, in *Foro Amm.* 2002, fasc. 1) deriva l'inapplicabilità alle seconde della direttiva n. 92/50/CEE e del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157. Si ricorda che in sede di predisposizione della direttiva n. 92/50/CEE, la Commissione europea propose a più riprese l'estensione della direttiva anche alle concessioni di servizi (cfr. in particolare la comunicazione interpretativa 12 aprile 2000, in *GUCE C* 121 del 29 aprile 2000, ed in questa *Rivista* 10/2000, 1071 con nota di Leggiadro), ma la proposta non fu recepita dal Consiglio.

(9) In G.U. n. 102 del 3 maggio 2002.

19 sono affidati mediante pubblico incanto o licitazione privata»), per le concessioni di servizi la fonte della predetta imposizione va ricercata nelle norme del Trattato UE e nei principi fondamentali del diritto comunitario ivi codificati. Si tratta segnatamente dei «principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e proporzionalità» e quindi degli artt. da 28 a 30 (ex articoli da 30 a 36), da 43 a 55 (ex articoli dal 52 al 66) del Trattato.

Le conclusioni, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria citata nella circolare (10), sono che «anche nell'eventualità di concessioni non assoggettate alle prescrizioni dettate da specifiche direttive o norme interne, la scelta del concessionario deve di regola essere conseguente a una procedura competitiva e concorrenziale ispirata ai principi dettati dal trattato istitutivo, in modo da consentire, anche attraverso idonee forme di pubblicità, la possibilità da parte delle imprese interessate di esplicitare le proprie *chances partecipative*» (11).

Venendo infine alla circolare in commento, essa costituisce il naturale e logico completamento del percorso tracciato dai due precedenti interventi. Il presupposto di fondo è il medesimo, e cioè l'esistenza di settori (nei casi precedenti, la concessione di lavori e di servizi, in questo gli appalti inferiori alla soglia comunitaria) non regolati da specifiche norme, né comunitarie, né interne.

Le conclusioni, rispetto alle precedenti circolari, non mutano. Anche gli appalti pubblici, in specie quelli di servizi, di valore inferiore alla soglia comunitaria, risultano assoggegnabili alle regole dell'evidenza pubblica, e ciò in forza delle norme del Trattato UE - di diretta applicazione - contenenti quei principi dei quali tali regole rappresentano la immediata estrinsecazione. Sono in particolare le norme del Trattato che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (art. 12, par. 1, ex art. 6, par. 1), quelle relative alla libera circolazione delle merci (articoli 28, ex 30, ss.), alla libertà di stabilimento (articoli 43, ex 52, ss.), alla libera prestazione di servizi (articoli 49, ex 59, ss.).

Il principio base da cui muove la circolare è che gli appalti «sottosoglia», per il solo fatto di costituire fattispecie di rilievo economico inferiore rispetto a quelle prese in considerazione delle direttive che negli anni hanno regolato la materia, non per questo cessano di rappresentare pur sempre contratti a titolo oneroso conclusi da un'amministrazione aggiudicatrice con un imprenditore, e come tali sono suscettivi di essere attratti nell'ambito applicativo del diritto comunitario, segnatamente di quei principi fondamentali che rappresentano le stesse radici fondanti dell'Unione Europea (libera concorrenza, non discriminazione, libertà di stabilimento, libertà di prestazione di servizi, etc.) (12).

Ne conclude il Dipartimento delle politiche comunitarie che «anche per gli appalti pubblici sottosoglia, e più in generale per i contratti stipulati da pubblici soggetti in settori non regolamentati sul versante europeo,

il diritto comunitario considera il ricorso alla scelta diretta, in deroga ai principi di trasparenza e di concorrenza, quale evenienza eccezionale, giustificabile solo in presenza di specifiche ragioni tecniche ed economiche, necessitanti di adeguata motivazione, che rendano impossibile in termini di razionalità l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto, ovvero che evidenzino la non rilevanza di un'operazione sul piano della concorrenza nel mercato unico».

La circolare in commento, si diceva, completa il percorso già intrapreso con i due precedenti interventi, nel senso che l'attività delle pubbliche amministrazioni aggiudicatrici, sia che essa si manifesti attraverso la stipulazione di contratti di appalto (o di altre tipologie negoziali), sia che essa si estrinsechi mediante l'utilizzo dello strumento della concessione a terzi dei servizi di cui sono titolari, saranno in ogni caso, ed a prescindere dall'importo economico dell'operazione, assoggettate alle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente o concessionario privato.

Il Dipartimento, senza peraltro farne mistero, visti i numerosi precedenti citati nella circolare, sembra particolarmente attento ai segnali sempre più inequivoci provenienti dalla giurisprudenza, sia comunitaria, che amministrativa, che contabile, segnali i quali tendono a ridurre in ambiti sempre più angusti il ricorso alla trattativa privata per la scelta del contraente delle pubbliche amministrazioni, quale che sia la tipologia negoziale che viene in esame. E a tale tendenza non possono sfuggire gli appalti, la figura contrattuale che storicamente più di ogni altra ha ricevuto le attenzioni del legislatore comunitario in punto di imposizione delle procedure consuali di affidamento.

Le conclusioni cui perviene la circolare n. 8756, di per sé apprezzabili alla luce dell'auspicabile sempre maggiore penetrazione nell'ordinamento nazionale dei principi dettati dal Trattato UE, e comunque difficilmente contestabili sul piano strettamente giuridico, lasciano tuttavia aperte alcune problematiche.

Viene da chiedersi, in primo luogo, se l'obbligo di se-

Note:

(10) Corte di Giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Teleustria*, in questa *Rivista* 5/2001, 48; Corte di Giustizia, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94, *Bus Wallons*; Corte di Giustizia, 19 aprile 1994, causa C-331/92, *Gestion Hoteliere*, in *Cons. Stato* 1994, II, 1017; Corte di Giustizia, 5 dicembre 1989, causa C 3/88, *Data processing*, in *Foro Amm.* 1991, 977.

(11) Anche il Consiglio di Stato era giunto alle medesime conclusioni nella pregevole, per l'accurata ricostruzione sistematica, sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 253, *cit.*

(12) Cfr in particolare i punti 19 e 20 dell'ordinanza Corte di Giustizia, 3 dicembre 2001, causa C-59/00, in *Foro It.* 2002, IV, 67, secondo cui l'apposizione in un capitolato d'onori, relativo ad un appalto di lavori pubblici inferiore alla soglia prevista dalla direttiva 9337/CEE, di una clausola che prescrive l'utilizzo in via esclusiva di una singola marca di prodotti, è illegittima laddove non accompagnata dalla menzione «o equivalente», in quanto contrastante con l'art. 28 (ex art. 30) del Trattato.

guire le regole dell'evidenza pubblica per l'aggiudicazione di appalti «sottosoglia» sussista unicamente per le «pubbliche amministrazioni» (espressamente solo ad esse si riferisce la circolare), oppure non sia da estendersi anche ad altre figure soggettive alle quali notoriamente si applicano sia le direttive comunitarie, che la normativa nazionale di recepimento sugli appalti «soprasoglia»; il riferimento è evidentemente ai cd. organismi di diritto pubblico.

Altro problema consiste nel verificare come possa operare in concreto la diretta applicabilità delle norme del Trattato richiamate dalla circolare, e cioè quale sia il regime di tutela del privato di fronte al Giudice amministrativo nell'ipotesi di atti che, autorizzando il ricorso alla trattativa privata in caso di appalti di servizi o forniture «sottosoglia», si pongano perciò in contrasto con gli articoli del Trattato ricordati dalla circolare (13).

La questione richiederebbe una specifica trattazione, siccome investente problematiche pregiudiziali assai complesse, prima tra tutte quella relativa all'individuazione dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale, in termini cioè, secondo le due note tesi sul tappeto, di separazione ovvero di integrazione.

Basti dire che, riconosciuta - come conferma la circolare - l'efficacia diretta delle norme del Trattato UE che vengono in esame, è preferibile la tesi che vuole esse rappresentare parametro diretto di verifica della legittimità dell'atto amministrativo contrastante, atto che in caso di violazione accertata dal Giudice amministrativo, sarà soggetto al normale regime di annullabilità (14).

Un terzo nodo da sciogliere lo pone la recente e citata L. 1° agosto 2002, n. 166, la quale, all'art. 7, comma 1, lett. p), modifica l'art. 24 della legge Merloni consentendo che per gli appalti di lavori inferiori a 100.000 Euro si possa ricorrere sempre e comunque alla trattativa privata, pur in assenza, cioè, delle specifiche ragioni di urgenza o di previo infruttuoso esperimento delle procedure ad evidenza pubblica, come invece richiedeva l'art. 24 nella sua precedente versione.

Ci si domanda allora se la nuova disposizione sia da considerarsi in contrasto con gli articoli del Trattato UE ricordati dalla circolare n. 8756, articoli che, direttamente applicabili nel nostro ordinamento nei termini precisati dalla circolare medesima, escludono che si possa procedere all'incondizionato affidamento diretto.

La norma nazionale, in questo senso, potrebbe essere oggetto di disapplicazione da parte del giudice nazionale (15).

Come si è visto, la circolare pur ad una prima lettura, suscita spunti problematici di notevole interesse, che sarà soltanto l'esperienza pratica e applicativa delle raccomandazioni fornite dalla circolare a poter dirimere.

## Una soluzione in linea con il sistema normativo nazionale

A ben guardare, la soluzione proposta dal Dipartimento delle politiche comunitarie e dalla giurisprudenza

su cui la circolare fonda il proprio iter argomentativo, non si discosta da quanto l'interprete avrebbe potuto ricavare - senza «scomodare» il diritto comunitario - dalla lettura delle norme interne previgenti, e da alcuni arresti giurisprudenziali, forse sottovalutati.

Più in particolare, affrontando preliminarmente l'istituto della concessione di pubblici servizi, stranamente il Dipartimento - nelle prime due circolari, ma il ragionamento è ripreso da quella in commento - muove dal presupposto che l'istituto non sia, quanto a procedure di affidamento, oggetto di specifiche norme di diritto interno che impongono le regole dell'evidenza pubblica.

Invece, l'art. 267 del R.D. 14 settembre 1931, n. 1175, abrogato soltanto con l'art. 35, L. 28 dicembre 2001, n. 448, che ha imposto la gara per l'affidamento dei servizi pubblici di rilevanza industriale, prevedeva testualmente che le concessioni servizi «devono, di regola, essere precedute da asta pubblica», e che soltanto «quando circostanze speciali in rapporto alla natura dei servizi lo consigliano, il prefetto può consentire che i contratti seguano la licitazione o la trattativa privata». Era ed è pertanto principio immanente del nostro ordinamento giuridico che la scelta del concessionario avvenga attraverso lo strumento concorsuale, da considerarsi per contro la procedura ristretta o negoziale eccezione imposta da circostanze oggettive.

Lo era in virtù dell'art. 267 citato (16). Lo è oggi,

### Note:

(13) Che le norme del Trattato UE, laddove contenenti precetti sufficientemente chiari e precisi, siano direttamente efficaci nell'ordinamento giuridico di ciascuno degli Stati componenti l'Unione Europea, rappresenta principio consolidato. Da ultimo Corte Giustizia, Sez. II, 29 aprile 1999, n. 224, *Ciola*, in *Foro Amm.* 2000, 328.

In particolare, è stata riconosciuta la diretta applicabilità degli artt. 28 ss. (ex 30 ss.) sulla libera circolazione delle merci (Corte Giustizia, 22 marzo 1977, causa 74/76, *Iannelli*, in *Raccolta* 101; Corte Giustizia, 9 dicembre 1968, causa 13/68, *Salgoil*, *ivi*, 673) e degli artt. 43 ss. (ex 52 ss.) sulla libertà di stabilimento (Corte Giustizia, 21 giugno 1974, causa 2/74, *Reyners*, *ivi* 651).

In dottrina, per la chiara ricostruzione dei rapporti tra atto amministrativo interno e diritto comunitario F. Caringella, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano 2002, pp. 1508 ss.; v. anche G. Greco, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in M. P. Chiti - G. Greco (diretto da), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Milano 1997, 555 ss.

(14) Così F. Caringella, *cit.*, 1530 ss. a cui si rinvia per l'illustrazione delle motivazioni per le quali la tesi del regime di invalidità-annullabilità dell'atto amministrativo contrastante con il diritto comunitario direttamente applicabile sia preferibile alla tesi della disapplicabilità del suddetto atto.

(15) Per una fattispecie in cui, in materia di appalti «sottosoglia», il giudice amministrativo ha disapplicato la norma nazionale (art. 17, comma 4, L. 109/1994) in contrasto con gli artt. 12, 48, 49 e 50 del Trattato UE, e sulla cui base era stato adottato un provvedimento di esclusione da una gara, T.A.R. Molise 1999, 10 agosto 1999, n. 432, in questa *Rivista* 2000, 557 con nota di Romano.

(16) La giurisprudenza, anche recentemente, non ha mancato di sottolineare come le ragioni eccezionali che possano consentire la deroga al principio sancito dall'art. 267, R.D. 1175/1931, e quindi legittimare il ricorso alla trattativa privata, «non possono essere quelle connesse alla mera presunta maggiore convenienza tecnico-economica dell'intervento, ma

(segue)

perché l'art. 113, comma 5, D. Lgs. 267/2000 (nel testo modificato dall'art. 35, comma 1, legge n. 448/2001) prevede che i servizi pubblici locali di rilevanza industriale siano affidati a società di capitali «individuate attraverso l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica», di talché il ricorso alla procedura concorsuale rappresenta l'unico ed obbligato percorso da seguire da parte delle amministrazioni aggiudicatrici.

Il discorso non muta per i servizi pubblici locali di rilevanza non industriale: l'art. 113-bis, comma 1, D.Lgs. 267/2000 (inserito dall'art. 35, comma 15, L. n. 448/2001) prevede che essi siano gestiti mediante affidamento «diretto» ad (a) istituzioni, (b) aziende speciali, anche consortili, (c) società di capitali costituite o partecipate dall'ente locale (17). Ma laddove il legislatore con il successivo comma 4 ha previsto, in presenza di «ragioni tecniche, economiche o di utilità sociale», l'affidamento in concessione a terzi, ha prescritto che ciò avvenga «in base a procedure ad evidenza pubblica».

Se si analizzano ora gli appalti (di servizi e di forniture) di valore inferiore alla soglia comunitaria, si perviene a conclusioni analoghe.

Il fatto di essere tali figure negoziali non soggette alle direttive comunitarie e quindi alla normativa nazionale di recepimento, non impedisce infatti di scorgere nell'ordinamento italiano norme che debbono indurre a ritenere anch'essi assoggettati alle regole dell'evidenza pubblica e di considerare il ricorso alla trattativa privata come circostanza assolutamente eccezionale.

Gli appalti pubblici rappresentano, è noto, e secondo le definizioni contenute sia nelle direttive comunitarie che nella normativa di recepimento, contratti a titolo oneroso tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un imprenditore privato, e come tali costituiscono a tutti gli effetti estrinsecazione dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione. Se ne deve necessariamente concludere che essi rimangono soggetti alla disciplina contenuta negli artt. 3, comma 2, e 6, comma 1, del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, nonché nell'art. 41, del R.D. 23 maggio 1924, n. 827, norme dal cui combinato disposto deriva che la scelta del contraente nei casi in cui la stipula comporti una spesa per l'Amministrazione deve essere preceduta da «pubblici incanti» e che il ricorso alla trattativa privata è ammesso soltanto nelle tassative ipotesi previste dall'art. 41 predetto (18).

La giurisprudenza amministrativa, quanto agli appalti «sottosoglia», aveva già indicato tale, invero elementare, soluzione, affermando, ad esempio, che «è illegittimo il ricorso alla trattativa privata nell'ipotesi dell'affidamento di appalto di servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria ove non ricorrono le ragioni di urgenza o le speciali ed eccezionali circostanze previste dalla normativa interna, per le quali non possano essere seguite le ordinarie forme concorrenziali di cui all'art. 41, R.D. 23 maggio 1924, n. 827» (19).

Ecco allora che, nei fatti, l'applicazione delle norme di diritto interno sopra richiamate non comporta conse-

guenze discordanti rispetto a quanto ha affermato la circolare n. 8756, visto che il Dipartimento delle politiche comunitarie ha l'accortezza di precisare che le regole dell'evidenza pubblica, imposte agli appalti «sottosoglia» dall'applicabilità diretta delle norme del Trattato UE, subiscono una deroga, con conseguente legittimo ricorso alla scelta diretta, soltanto «in presenza di specifiche ragioni tecniche ed economiche, necessitanti di adeguata motivazione, che rendono impossibile in termini di razionalità l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto...».

Si configurano cioè, nella sostanza, proprio le medesime ipotesi in cui, in base all'art. 41, R.D. 827/1924, è consentito il ricorso alla trattativa privata.

In conclusione, la circolare in commento, fermi restando i profili problematici sopra evidenziati, deve essere accolta con favore per le apprezzabili raccomandazioni fornite alle amministrazioni interessate, le quali, per contro, avrebbero ben potuto ispirare il loro comportamento ai criteri indicati dal Dipartimento per le politiche comunitarie sulla base del diritto interno.

Note:

(segue nota 16)

devono ritenersi circoscritte ai casi in cui sussiste l'impossibilità per la p.a. di fare ricorso a pubbliche gare in ragione dell'estrema urgenza nel provvedere, ovvero in relazione alla sussistenza di presupposti d'ordine tecnico tali da impedire, se non al prezzo di costi sproporzionati, la ricerca di altre soluzioni basate sul previo confronto concorrenziale» (Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2001, n. 3213, in *Foro Amm.* 2001, fasc. 6; cfr., per l'orientamento restrittivo, anche Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2001, n. 1514, in *Giur. It.* 2001, 1728; T.A.R. Abruzzo, 4 ottobre 2000, n. 795, in *Foro Amm.* 2001, 727; T.A.R. Lazio, Latina, 17 gennaio 2000, n. 1, in *Foro Amm.* 2000, 2362; Cons. Stato, Sez. V, 10 maggio 1999, n. 546, in *Foro Amm.* 1999, 998).

(17) L'affidamento diretto esclude la necessità dell'atto concessorio e, quindi, della procedura ad evidenza pubblica per la scelta dell'affidatario del servizio. La procedura concorsuale sarà necessaria, laddove l'ente opti per la società di capitali, per la scelta del socio, o dei soci, privati.

(18) Lo stesso art. 192 del T. U. sugli enti locali (D.Lgs. 267/2000) prevede che la determinazione del responsabile del procedimento che precede la stipulazione di contratti indichi, tra l'altro, «le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne stanno alla base».

(19) Così T.A.R. Puglia, sez. I, 14 luglio 2001, n. 2904, in *Foro Amm.* 2001; sempre in punto di appalto di servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria, e sempre nel senso dell'applicabilità delle norme sulla contabilità generale dello Stato cfr. T.A.R. Valle d'Aosta, 11 giugno 1999, n. 98, in *Foro Amm.* 2000, 149.

Per gli appalti pubblici di forniture inferiori alla soglia comunitaria fissata dal D. Lgs. 358/192, è doveroso precisare che essi sono oggetto di specifica disciplina, segnatamente quella contenuta nel D.P.R. 18 aprile 1994, n. 573 («Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti di aggiudicazione di pubbliche forniture di valore inferiore alla soglia di rilievo comunitario»), la quale tuttavia, come peraltro emerge dall'intitolazione del provvedimento, e dal suo art. 1 individuante l'oggetto del D.P.R., non modifica il regime di scelta del contraente, ma si limita a dettare norme in punto di procedure di aggiudicazione.