



UNIONE EUROPEA



REGIONE DEL VENETO



Programma Operativo Regionale – POR 2007–2013– Parte FESR  
Obiettivo Competitività Regionale e Occupazione  
Asse Prioritario 2. Linea di intervento 2.1  
Azione 2.1.1 Incremento della produzione di energia da fonti rinnovabili

## LINEE-GUIDA PER LE PROCEDURE DI AGGIUDICAZIONE DEGLI APPALTI PUBBLICI

Le presenti linee guida hanno lo scopo di fornire criteri uniformi ai fini dell'applicazione della regolamentazione comunitaria relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e chiarimenti in ordine alle irregolarità di cui al §16.12 del bando, comportanti la possibile decadenza dal contributo, nelle quali possono incorrere i soggetti beneficiari, nonché l'obiettivo di accrescere la certezza del diritto circa l'applicazione del diritto comunitario alla partecipazione di partner privati nei PPPI.

Le succitate irregolarità sono presentate non solo con riferimento agli appalti regolati dalle direttive comunitarie (quali ad esempio i c.d. appalti sopra soglia), ma anche con riferimento agli appalti non sottoposti o parzialmente sottoposti alle direttive comunitarie sugli appalti pubblici (quali appalti il cui importo è inferiore alle soglie di applicazione delle direttive comunitarie e appalti pubblici di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE).

Preliminarmente si rileva che, ai sensi dell'art. 9, paragrafi 2 e 5 del Regolamento (CE) n. 1083/2006, le operazioni oggetto di un finanziamento dei Fondi, per il periodo 2007/2013 devono essere conformi alle disposizioni del trattato e degli atti emanati in virtù dello stesso, nonché alle politiche comunitarie, ivi comprese quelle riguardanti l'aggiudicazione degli appalti pubblici.

A tal riguardo si rileva che le direttive comunitarie da applicare sono:

- 2004/18/CEE – appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi
- 2004/17/CEE – appalti pubblici degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali.

Con riferimento agli appalti non sottoposti o parzialmente sottoposti alle direttive comunitarie si ricorda:

- la comunicazione interpretativa della Commissione, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive “appalti pubblici”, 2006/C 179/02;
- la comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, 2008/C 91/02

Si richiama, inoltre, la definizione di “appalti pubblici” fornita dalle direttive comunitarie, ai sensi delle quali sono “*contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva*” (cfr. Dir. 2004/18). Ne deriva che, sono compresi nella citata definizione di appalti pubblici anche gli incarichi professionali.

Si ricorda, inoltre, la definizione di “concessione di servizi”, quale “*contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo*” (cfr. Dir. 2004/17).

<p><b>IRREGOLARITÀ RELATIVE AI CONTRATTI PUBBLICI (contratti sopra soglia, sotto soglia e p.p.p.i)</b></p>	<p><b>PROCEDURE DA RISPETTARE appalti sopra soglia (ai sensi della Direttiva 2004/18/CEE)</b></p>	<p><b>PROCEDURE DA RISPETTARE per - appalti sotto soglia - appalti di servizi di cui all'allegato II B dir. 2004/18 e allegato XVII B dir. 2004/17 - concessioni di servizi</b></p>
<p>Mancato rispetto delle procedure in materia di pubblicità (il bando di gara non è stato pubblicato, il bando è stato pubblicato con forme inadeguate). L'infrazione sarà considerata meno grave se, nonostante il contratto sia stato stipulato senza rispettare le direttive comunitarie sugli appalti pubblici in materia di pubblicità, si è avuto un grado di pubblicità tale da consentire agli operatori economici situati sul territorio di un altro Stato membro di accedere all'appalto in questione</p>	<p>Artt. 35 e 36 Dir. 2004/18</p> <p>Art. 31 disciplina i casi in cui si può procedere ad aggiudicazione mediante procedura negoziata <u>senza pubblicazione</u> di un bando di gara. N.B. La Commissione Europea ritiene che le deroghe di cui al citato articolo possano essere applicate anche agli appalti non disciplinati dalle direttive.</p> <p>Artt. 41- 44 Dir. 2004/17</p> <p>Si vedano, comunque, gli allegati VIII della direttiva 2004/18 e XX della direttiva 2004/17</p>	<p>Occorre scegliere forme adeguate a garantire la pubblicità degli appalti, in relazione all'importanza dell'appalto stesso per il mercato interno. Forme adeguate: <b>1)</b> pubblicazione degli avvisi pubblicitari sul sito internet dell'amministrazione aggiudicatrice; <b>2)</b> Gazzette ufficiali nazionali, bollettini nazionali specializzati nella pubblicazione di annunci di appalti pubblici, quotidiani a diffusione nazionale o regionale, pubblicazioni specializzate; <b>3)</b> mezzi di pubblicazione locali ( questo mezzo, tuttavia, può risultare adeguato soltanto nel caso di appalti di importo minimo che presentino un interesse unicamente per il mercato locale); <b>4)</b> Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea ( opzione adeguata quando si tratta di appalti di importo elevato)</p>
<p>Contenuto insufficiente dell'avviso pubblicitario o del bando</p>	<p>Art. 36 Dir. 2004/18</p> <p>Allegato VII Dir. 2004/18 <i>“Informazioni che devono figurare nei bandi e negli avvisi”</i></p> <p>Allegato XIII Dir. 2004/17 <i>“Informazioni che devono comparire negli avvisi di gara”</i></p> <p>Art. 47 Dir. 2004/17 <i>“Inviti a presentare offerte o a negoziare”</i></p>	<p>L'avviso pubblicitario deve contenere gli elementi essenziali dell'appalto da aggiudicare e della procedura di aggiudicazione e tutte le informazioni di cui un'impresa di un altro Stato membro avrà ragionevolmente bisogno per decidere se manifestare o no il suo interesse per l'appalto. Nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice adotti misure per limitare il numero di candidati invitati a presentare un'offerta, deve anche fornire informazioni adeguate sui meccanismi di selezione dei candidati che saranno inseriti nell'elenco ristretto</p>
<p>Mancato rispetto del termine minimo per il ricevimento delle richieste di partecipazione, del termine minimo per la ricezione delle offerte</p>	<p>Art. 38 dir. 2004/18 <i>“Termini di ricezione delle domande di partecipazione e di ricezione delle offerte”.</i></p> <p>Art. 45 Dir. 2004/17 <i>“Termini per la ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte”</i></p>	<p>I termini stabiliti per presentare una manifestazione d'interesse o un'offerta devono essere sufficienti per consentire alle imprese di altri Stati membri di procedere a una valutazione pertinente e di elaborare la loro offerta</p>
<p>Mancata pubblicazione nella GUCE del prolungamento di un termine per la presentazione</p>		

delle offerte		
Appalti assegnati in assenza di gara ed in mancanza di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili o per lavori, servizi o forniture complementari in assenza di una circostanza imprevista. Caso in cui il contratto principale è stato stipulato nel rispetto delle direttive comunitarie seguito da uno o più contratti accessori stipulato/i senza rispettare le disposizioni delle direttive appalti pubblici in particolare quelle relative al ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di una gara d'appalto a causa di un'estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili o per l'assegnazione delle forniture, lavori o servizi complementari	<p>Art. 31 Dir. 2004/18  <i>“Aggiudicazione mediante procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara”</i></p> <p>Art. 40 Dir. 2004/17  <i>“Ricorso a procedure aperte, ristrette e negoziate”</i></p>	
Lavori o servizi complementari superiori al limite delle direttive, effettuati in circostanze impreviste	<p>Caso in cui il contratto principale sia stato stipulato nel rispetto delle disposizioni delle direttive comunitarie ma sia stato seguito da uno o più contratti complementari superando di oltre il 50% l'importo del contratto iniziale.</p> <p>Ai sensi di quanto stabilito dall'art. 1, paragrafo 2, lettera b) e lettera d) della direttiva 2004/18, i lavori complementari non costituiscono un'opera distinta o un servizio distinto.</p>	
Lavori complementari al contratto iniziale ( perizia di variante) che non rientrano in circostanze impreviste	<p>Ad esempio, non possono essere considerati ammissibili lavori complementari che risultino da carenze prevedibili, da studi incompleti, dalla messa in opera di progetti non maturi, poco elaborati.</p> <p>Inoltre, è irregolare ricorrere, attraverso lavori aggiuntivi al contratto iniziale, a crediti resi disponibili in seguito al ribasso ottenuto in fase di aggiudicazione dei lavori</p>	
Mancata citazione, o descrizione insufficiente, dell'insieme dei criteri di selezione e di assegnazione nel	<p>Allegato VII A Dir. 2004/18  <i>“Informazioni che devono figurare nei bandi e negli avvisi di appalti pubblici”</i></p>	Tutti i partecipanti devono poter conoscere in anticipo le regole applicabili ed avere la certezza che tali regole saranno applicate nello stesso

<p>capitolato d'oneri o nel bando di gara</p>	<p>Art. 54 Dir. 2004/17  <i>“Gli enti aggiudicatori che fissano criteri di selezione in una procedura aperta, devono farlo secondo regole e criteri oggettivi che vanno resi disponibili agli operatori economici interessati. Gli enti aggiudicatori che selezionano i candidati ad una procedura di appalto ristretta o negoziata devono farlo secondo regole e criteri oggettivi da essi definiti che vanno resi disponibili agli operatori economici interessati”.</i></p>	<p>modo a tutti gli operatori</p>
<p>Mancata pubblicazione dei dettagli dei criteri di aggiudicazione</p>	<p>Art. 53 Dir. 2004/18  <i>“Criteri di aggiudicazione dell'appalto”, secondo cui “...l'amministrazione aggiudicatrice precisa, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri o, in caso di dialogo competitivo, nel documento descrittivo, la ponderazione relativa che attribuisce a ciascuno dei criteri scelti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa”.</i></p> <p>Nello stesso senso, cfr. art. 55 Dir. 2004/17</p> <p>È il caso in cui il bando di gara o il capitolato indichino le categorie di criteri ma non i particolari dei criteri che saranno applicati per l'aggiudicazione dell'appalto. La griglia di valutazione nella quale figurano i sottocriteri devono essere indicati nel bando di gara o nel capitolato, e non dopo il ricevimento delle offerte e prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte</p>	

<p>Applicazione di criteri di aggiudicazione illegali</p>	<p>Ad esempio, l'impiego di un criterio di selezione per l'aggiudicazione dell'appalto, il mancato rispetto dei criteri definiti dal potere aggiudicatario nella gara d'appalto o nel capitolato d'onere o applicazione incorretta e/o discriminatoria dei criteri di aggiudicazione</p>	
<p>Applicazione di criteri di selezione nella fase di aggiudicazione (criteri quali l'esperienza e/o l'affidabilità non può essere chiesto quale criterio di aggiudicazione dell'appalto; il rispetto imperativo di norme sociali/salariali o di norme di sicurezza sul lavoro può essere richiesto quale criterio di selezione e non quale criterio di aggiudicazione)</p>	<p>I criteri di selezione qualitativa sono stabiliti dagli artt. 45-52 della Dir. 2004/18, mentre i criteri di aggiudicazione dell'appalto sono regolati dagli artt. 53-55 della direttiva medesima</p> <p>Con riferimento alla Dir. 2004/17, i criteri di selezione qualitativa sono stabiliti dall'art. 54, mentre i criteri di aggiudicazione degli appalti sono regolati dall'art. 55</p>	
<p>Criteri di selezione e/o aggiudicazione illegali e/o discriminatori fissati nella procedura del bando di gara</p>	<p>Art. 2 Dir. 2004/18  <i>"Principi di aggiudicazione degli appalti"</i>                  Art. 4 Dir. 2004/18  <i>"Operatori economici"</i>                  Art. 44 Dir. 2004/18  <i>"accertamento dell'idoneità e scelta dei partecipanti, aggiudicazione"</i>                  Art. 45 Dir. 2004/18  <i>"Situazione personale del candidato o dell'offerente"</i>                  Art. 46 Dir. 2004/18  <i>"Abilitazione all'esercizio dell'attività professionale"</i></p>	<p>Le amministrazioni aggiudicatrici non devono prevedere alcuna condizione che comporti una discriminazione diretta o indiretta nei confronti dei potenziali offerenti di altri stati membri, come l'obbligo per un'impresa interessata all'appalto, di essere stabilita sul territorio dello stesso Stato membro o della stessa regione dell'amministrazione aggiudicatrice.</p> <p>Inoltre è necessario il reciproco riconoscimento dei diplomi, dei certificati e degli altri attestati di qualifiche formali. Così, se i candidati o gli offerenti sono tenuti a presentare certificati, diplomi o altri tipi di attestati scritti, i documenti provenienti da altri Stati membri che offrono un livello equivalente di garanzia devono essere accettati conformemente al principio del reciproco riconoscimento di diplomi, certificati e altri attestati di qualifiche formali.</p> <p>Caso in cui alcuni operatori siano dissuasi dal presentare un'offerta a causa di restrizioni illegali fissate nel bando di gara o nel capitolato d'onere. Ad esempio, è discriminatorio il richiedere che i candidati debbano essere iscritti al registro regionale degli</p>

		<p>offerenti (ARA) in una categoria specifica e nel registro nazionale dei costruttori senza indicazione di come debbano comportarsi le imprese non italiane per soddisfare tale esigenza né se esse possono far valere le equivalenze dei rispettivi stati membri di origine.</p> <p>Allo stesso modo è discriminatoria la fissazione di norme tecniche troppo specifiche che privilegino un solo operatore o il fatto di avere un'esperienza nella regione.</p>
Irregolare limitazione del numero dei candidati invitati a presentare un'offerta		<p>Le amministrazioni aggiudicatrici possono limitare il n. di candidati ad un livello adeguato, purché lo facciano in modo trasparente e non discriminatorio. Possono applicare criteri oggettivi, come l'esperienza dei candidati nel settore in questione, le dimensioni e l'infrastruttura della loro attività, la loro capacità tecnica e professionale o altri fattori. Possono anche optare per una estrazione a sorte, sia come unico meccanismo di selezione, sia in combinazione con altri criteri. In ogni caso, il numero dei candidati iscritti sull'elenco ristretto deve rispondere alla necessità di <u>garantire una sufficiente concorrenza</u>.</p> <p>Le amministrazioni aggiudicatrici, inoltre, possono prevedere di applicare sistemi di qualificazione quali la redazione di un elenco di operatori qualificati mediante una procedura trasparente e aperta, oggetto di adeguata pubblicità. Successivamente l'amministrazione potrà selezionare dall'elenco degli operatori qualificati, su una base non discriminatoria, gli operatori che saranno invitati a presentare un'offerta.</p>
Definizione insufficiente o discriminatoria dell'oggetto dell'appalto	<p>Si veda, a titolo di esempio, quanto previsto da:  Art. 23 Dir. 2004/18 relativamente alle –specifiche tecniche –  e da  Art. 34 Dir. 2004/17  “<i>Specifiche tecniche</i>”</p>	<p>La descrizione delle caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio non deve far riferimento a una fabbricazione o a una provenienza determinata, né a procedimenti particolari, né deve riferirsi a un marchio commerciale, a un brevetto, a un'origine o a una produzione determinati, a meno che una preferenza di tale natura sia giustificata dall'oggetto dell'appalto e sia accompagnata dalla menzione “o equivalente” ( cfr. Causa C-174/03 Impresa Portuale di Cagliari).</p>

		In ogni caso, è preferibile utilizzare descrizioni più generali per quanto riguarda l'esecuzione o le funzioni.
Irregolarità nel fornire informazioni e nel dare le comunicazioni ai partecipanti/offerti	Artt. 41 e 42 dir. 2004/18  Artt. 48-50 Dir. 2004/17 <i>“Norme applicabili alle comunicazioni”</i> <i>“Informazioni di coloro che hanno chiesto una qualificazione, dei candidati e degli offerenti”</i> <i>“Informazioni da conservare sugli appalti aggiudicati”</i>	Con specifico riferimento alla aggiudicazione dell'appalto la Commissione Europea ha precisato che è importante che la decisione definitiva di aggiudicazione dell'appalto sia conforme alle regole procedurali fissate all'inizio e che i principi di non discriminazione e di uguaglianza di trattamento siano pienamente rispettati; soprattutto nelle procedure che prevedono una negoziazione con gli offerenti inseriti in un elenco ristretto. <u>Le negoziazioni devono essere organizzate in modo tale che tutti gli offerenti abbiano accesso allo stesso volume di informazioni e in modo da escludere vantaggi ingiustificati per uno specifico offerente</u>
Irregolarità nel respingere le offerte anormalmente basse	Art. 55 Dir. 2004/18 <i>“se talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni contenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione”</i> . Nello stesso senso si veda l'art. 57 Dir. 2004/17 <i>“Offerte anormalmente basse”</i>	Vale lo stesso principio. Bisogna concedere a coloro che hanno presentato un ribasso superiore alle soglie di anomalia, la possibilità di fornire giustificazioni, dopo l'apertura delle buste, sugli elementi di prezzo offerti che hanno dato luogo a sospetti. Al fine di verificare le offerte anormalmente basse, non bisogna prendere in considerazione unicamente le giustificazioni fondate sull'economicità del procedimento delle spese proposte.
Esclusione automatica di offerte	Art. 55 Dir. 2004/18 <i>“Offerte anormalmente basse”</i> <i>“Se per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione..”</i>	Anche nel caso di appalti pubblici inferiori alle soglie delle direttive, non è possibile l'esclusione automatica del 10% delle offerte economicamente più vantaggiose e meno vantaggiose rispetto alla media delle offerte e non è possibile l'aggiudicazione dell'appalto all'offerta che si avvicina maggiormente alla media delle offerte restanti, aumentata dello scarto-tipo, con esclusione automatica e definitiva delle altre offerte.

<p>Pretesa illegale di designare un rappresentante fiscale prima della presentazione di un'offerta</p>		
<p>Mancata pubblicazione dei risultati di un'aggiudicazione di appalti nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea</p>	<p>Art. 35, comma 4, Dir. 2004/18  <i>"Bandi e avvisi"</i> e                  Art. 36  <i>"Redazione e modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi"</i>.                  Art. 43 Dir. 2004/17  <i>"Avvisi relativi agli appalti aggiudicati"</i></p>	<p>È importante che la decisione definitiva di aggiudicazione dell'appalto sia conforme alle regole procedurali fissate all'inizio e che i principi di non discriminazione e di uguaglianza di trattamento siano pienamente rispettati.</p>
<p>Contrarietà al principio di parità di trattamento con applicazione di un sistema non equo di classifica dei prezzi</p>	<p>Art. 2 Dir. 2004/18                  e                  Art. 10 Dir. 2004/17.                  Entrambi stabiliscono, quali principi di aggiudicazione degli appalti, che  <i>"...gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza"</i>.                  Ad esempio, è contrario al principio di parità di trattamento l'attribuire il massimo dei punti all'insieme dei concorrenti che hanno proposto un ribasso superiore al ribasso medio calcolato sull'insieme delle offerte</p>	<p>Valgono i medesimi principi.</p>
<p>Trattativa durante la procedura di aggiudicazione</p>	<p>L'appalto è stato aggiudicato mediante procedura aperta o ristretta ma l'ente appaltante negozia con i candidati durante la procedura di aggiudicazione. L'aggiudicazione mediante procedura negoziata è regolata dagli artt. 30 e 31 della dir. 2004/18 e dall'art. 40 della Dir. 2004/17. In questi casi, le amministrazioni aggiudicatrici <u>negozano con gli offerenti le offerte</u> da questi presentate per adeguarle alle esigenze indicate nel bando di gara, nel capitolato d'onori.</p>	
<p>Riduzione dell'oggetto fisico contrattuale</p>	<p>La riduzione dell'oggetto fisico contrattuale non è stata seguita da una riduzione proporzionale dell'importo del contratto, oppure da una riduzione proporzionale dell'importo del contratto già</p>	

	effettuata	
Non è fornita una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti	Art. 81 dir. 2004/18 e art. 72 dir. 2004/17 Conformemente alla direttiva 89/665/CEE che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, gli Stati membri assicurano l'applicazione della presente direttiva tramite meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti	In virtù della giurisprudenza della CGCE, le persone hanno diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti di cui sono titolari in base all'ordinamento giuridico comunitario. Occorre che almeno le decisioni che possono avere un effetto negativo sulla situazione di una persona che ha o ha avuto interesse ad ottenere un appalto, come la decisione di eliminare un candidato o un offerente, siano oggetto di un controllo destinato a stabilire eventuali violazioni delle norme fondamentali derivanti dal diritto primario della Comunità. Le amministrazioni aggiudicatrici, quindi, hanno l' <u>obbligo di far conoscere i motivi delle decisioni suscettibili di appello, o nell'ambito della stessa decisione, o su richiesta, dopo la comunicazione della decisione.</u> I mezzi di ricorso disponibili non devono essere meno efficaci di quelli applicabili in azioni analoghe sul diritto interno ( <u>principio di equivalenza</u> ) e non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'ottenimento della tutela giurisdizionale ( <u>principio della effettività</u> )

Infine, si richiama quanto già affermato dalla Commissione con la propria Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai **partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)** (2008/C 91/02).

Preliminarmente, si precisa che per Partenariato Pubblico-Privato Istituzionalizzato, la Commissione intende la cooperazione tra partner pubblici e privati che costituiscono un'entità a capitale misto per l'esecuzione di appalti pubblici o di concessioni.

A livello comunitario non esiste una normativa specifica sulla costituzione dei PPPI, tuttavia, *“se un soggetto pubblico decide di far partecipare un soggetto terzo all'esercizio di un'attività economica a condizioni che configurano un appalto pubblico o una concessione, è tenuto a rispettare le disposizioni del diritto comunitario applicabili in materia”* (cfr. Comunicazione interpretativa citata).

Ed allora troveranno applicazione il principio di parità di trattamento e le sue specifiche determinazioni, quali il divieto di discriminazione in base alla nazionalità e gli artt. 43 e 49 del Trattato CE, relativi alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi, quindi alla trasparenza, al mutuo riconoscimento ed alla proporzionalità.

La Corte di Giustizia ha rilevato che la partecipazione anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice esclude in ogni caso la possibilità di una relazione interna, sottratta in linea di principio alla normativa in materia di appalti pubblici, tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società in questione (cfr. Corte di Giustizia, Causa C-140/04).

**A) Per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario, la Commissione afferma che occorre**

- selezionare il partner privato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che abbia per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto.
- Costituire il PPPI
- Aggiudicare l'appalto pubblico o la concessione all'entità a capitale misto

### **B) Base giuridica della selezione dei partner privati:**

Se l'incarico affidato a un'entità a capitale misto è

1. l'esecuzione di un appalto pubblico interamente soggetto all'applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici: la procedura di selezione del partner privato è stabilita da tali direttive. In questo caso, qualora le procedure aperte e ristrette definite nella direttiva 2004/18 non offrano una sufficiente flessibilità, è possibile applicare la procedura del dialogo competitivo di cui all'art. 29 della citata direttiva. Si ricorda che la procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara può essere utilizzata solo in casi eccezionali, mentre si può sempre ricorrere a detta procedura per l'aggiudicazione di concessioni o appalti pubblici diversi da quelli interamente disciplinati dalla direttiva 2004/18.  
Nel caso in oggetto, dovranno essere rispettate anche le disposizioni specifiche in materia di pubblicità (cfr. artt. 41 e ssgg. della dir. 2004/17 e artt. 35, 36 e 58 della dir. 2004/18).
2. una concessione di lavori o un appalto pubblico parzialmente disciplinato dalle direttive in materia: si applicano le regole e i principi fondamentali derivanti dal trattato CE, con le pertinenti disposizioni delle direttive;
3. uno dei servizi di cui all'allegato II B Dir. 2004/18; si applicano i principi fondamentali di cui agli artt. 43 e 49 del Trattato CE qualora si ritenga che gli appalti presentano un interesse certo per imprese con sede in uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede l'amministrazione aggiudicatrice;
4. una concessione di servizi o di un appalto pubblico non rientrante nel campo di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici, la selezione del partner deve essere effettuata nel rispetto dei principi del trattato CE.

Anche nei casi diversi da quelli sub. n. 1, devono essere osservati i principi di trasparenza e di parità di trattamento. Ne deriva che i potenziali offerenti devono aver accesso a informazioni adeguate sul proposito dell'amministrazione aggiudicatrice di costituire un'entità a capitale misto e di affidarle un appalto pubblico o una concessione. L'accesso a informazioni adeguate può essere assicurato solo mediante la pubblicazione di un bando accessibile alle parti potenzialmente interessate, prima della selezione del partner privato.

Secondo la Commissione europea, inoltre, le norme con le quali il diritto comunitario specifica le situazioni eccezionali in cui è consentita l'aggiudicazione diretta e senza procedura di gara di lavori o servizi supplementari non inclusi nel progetto iniziale (cfr. art. 31 e 61 della dir. 2004/18 e art. 40, paragrafo 3, lett. f) e g) della dir. 2004/17), possono essere applicate anche all'aggiudicazione di contratti non rientranti nel campo di applicazione delle direttive, comprese le concessioni di servizi.

### **C) Criteri di selezione e di aggiudicazione**

Sia negli appalti disciplinati dalle direttive comunitarie, sia negli altri, l'amministrazione aggiudicatrice deve rendere noti i criteri di selezione e di aggiudicazione per l'individuazione del partner privato. Detti criteri devono rispettare il principio di non discriminazione.

I criteri di selezione previsti nelle direttive comunitarie ( artt. 45-48 dir. 2004/18 e art. 54 dir. 2004/17) possono essere utilizzati anche nell'ambito delle concessioni e degli appalti pubblici non interamente disciplinati dalle direttive citate.

**D) Elementi specifici dello statuto, del patto tra azionisti e dell'appalto pubblico o della concessione.**

In nome dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione, l'amministrazione aggiudicatrice deve includere nel bando di gara o nel capitolato d'oneri informazioni di base, sufficientemente dettagliate:

- sull'appalto pubblico o sulla concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto che sarà costituita
- sullo statuto di tale entità
- sul patto tra gli azionisti
- sugli altri elementi che regolano il rapporto contrattuale tra l'amministrazione aggiudicatrice ed il partner privato ed il rapporto tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'entità a capitale misto da costituire.
- sulla durata prevista dell'appalto pubblico che l'entità a capitale misto dovrà eseguire o della concessione che dovrà gestire

Inoltre nella documentazione di gara occorre:

- indicare le possibilità di rinnovo o modifica dell'appalto pubblico o della concessione aggiudicati all'entità a capitale misto,
- specificare le possibilità di assegnazione di nuovi compiti.

Il contratto tra l'amministrazione aggiudicatrice ed il partner privato dovrà definire sin dall'inizio la procedura da seguire in caso di mancata assegnazione di compiti supplementari all'entità a capitale misto e/o di mancato rinnovo dei compiti ad essa già assegnati.

Occorre formulare lo statuto in modo tale che sia possibile eventualmente cambiare il partner privato.

**E) Fase posteriore alla costituzione di un PPPI**

La Corte di Giustizia ha rilevato che le società aperte al capitale privato non possono essere considerate come strutture di gestione interna di un servizio pubblico nell'ambito degli enti pubblici che lo detengono. Ne deriva che, i PPPI devono continuare ad operare nel loro ambito di attività iniziale e non possono ottenere nuovi appalti pubblici o nuove concessioni senza una procedura di gara che rispetti il diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni.

Nel caso in cui l'autorità aggiudicatrice intenda, per ragioni precise, modificare determinate condizioni dell'appalto dopo la scelta dell'aggiudicatario, dovrà prevedere espressamente tale possibilità di adeguamento, le sue modalità di applicazione, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri e delimitare l'ambito all'interno del quale la procedura deve svolgersi, così che tutte le imprese ne siano a conoscenza fin dall'inizio e si trovino su un piano di parità al momento della formulazione dell'offerta.

Qualsiasi modifica delle condizioni essenziali dell'appalto non prevista nel capitolato d'oneri impone di ricorrere a una nuova procedura di gara.

A titolo di esempio, costituiscono condizioni essenziali l'oggetto dei lavori o dei servizi che l'aggiudicatario deve fornire o i canoni imposti agli utilizzatori del servizio fornito dall'aggiudicatario.