

Art. 4, comma 6, D.L. 95 del 2012

A decorrere dal 1° gennaio 2013 le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 possono acquisire a titolo oneroso servizi di qualsiasi tipo, anche in base a convenzioni, da enti di diritto privato di cui agli articoli da 13 a 42 del codice civile esclusivamente in base a procedure previste dalla normativa nazionale in conformità con la disciplina comunitaria. Gli enti di diritto privato di cui agli articoli da 13 a 42 del codice civile, che forniscono servizi a favore dell'amministrazione stessa, anche a titolo gratuito, non possono ricevere contributi a carico delle finanze pubbliche. Sono escluse le associazioni di promozione sociale di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 383, gli enti di volontariato di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266, le organizzazioni non governative di cui alla legge 26 febbraio 1987, n. 49, le cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381, le associazioni sportive dilettantistiche di cui all'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, nonché le associazioni rappresentative, di coordinamento o di supporto degli enti territoriali e locali.

Appalto e concessione

La natura giuridica della concessione è sempre stata oggetto di discussione, ma ora, sotto l'influenza del diritto comunitario non vi sono dubbi che la **concessione di servizi e di lavori abbia natura contrattuale!**

Codificazione della natura contrattuale

Concessioni di lavori: art. 1 Direttiva 93/37/CE

Concessioni di servizi: Comunicazione interpretativa della Commissione del 14 aprile 2000

Appalto

Entrambe contratti ma con notevoli elementi che li diversificano:

- l'appalto concerne prestazioni rese direttamente in favore all'appaltante (PA) con il quale unicamente sorge il vincolo giuridico contrattuale

Prestazione contro corrispettivo

Appalto

- Corollario ne è che l'appaltatore viene remunerato sulla base del contratto e non subisce alcun rischio di impresa nella gestione del singolo contratto in quanto è la PA che finanzia l'attività (opera o servizio che sia)

Appalto

- L'appaltatore esegue mere attività di rilevanza economica nell'interesse del committente e nel rispetto del contratto, capitolato e delle norme di legge

Concessione

Nella concessione invece la prestazione non è mai semplice, in quanto, essendovi una traslazione dei compiti originariamente attribuiti alla PA, il rapporto è complesso in quanto riguarda un rapporto trilaterale che interessa l'amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio in essere

Concessione di servizi

Es. **trasporto scolastico**: sarà il concessionario a porre in essere tutte le attività propedeutiche necessarie all'attivazione del servizio, a mantenere il rapporto con gli utenti, a stipulare i singoli relativi contratti di trasporto, ecc...

Concessione di lavori

Es. Gestione di una piscina: è il concessionario che realizza l'immobile, è il concessionario che gestisce l'impianto e che stipula i relativi contratti di accesso al servizio

Concessione

Corollario diretto è quello che il concessionario subisce il rischio della gestione dell'impresa.

Concessione

Da ultimo, mentre l'appaltatore esegue mere attività di rilevanza economica nell'interesse del committente e nel rispetto del contratto, capitolato e delle norme di legge, il concessionario svolgere un *munus* pubblico per diretta investitura realizzando compiti istituzionali attribuendo allo stesso poteri autoritativi e certificativi che prima non possedeva.

Gestisce un servizio che è pubblico (quasi sempre con intervento di denaro pubblico) che lo onera a gestire oculatamente il servizio anche in ragione di una sottoposizione alla giurisdizione piena alla giurisdizione della Corte dei Conti, anche laddove la forma giuridica sia quella privatistica.

Ciò che rileva a fondare la giurisdizione della Corte dei Conti infatti non è natura giuridica del soggetto ma l'utilizzo di risorse pubbliche

Appalto/Concessione

Appalto: no rischio di impresa, mera prestazione contrattuale, prestazione a favore della PA.

Concessione: rischio di impresa, acquisizione di un *munus* pubblico, prestazione a favore diretto degli utenti

Resta fuori dal campo della definizione prevista dal diritto comunitario la concessione di beni pubblici

**IL D.LGS 163 DEL 2006 NON SI
APPLICA ALLA CONCESSIONE DI BENI
PUBBLICI**

TAR LAZIO 8308/2012: *"Valutato che alla vicenda contenziosa in questione non si applicano le disposizioni (semmai solo i principi nello svolgimento delle selezioni per l'individuazione del concessionario) del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 (recante il Codice dei contratti pubblici) atteso che tale testo di legge, all'art. 1, specifica espressamente che "Il presente codice disciplina i contratti delle stazioni appaltanti, degli enti aggiudicatori e dei soggetti aggiudicatori, aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori e opere" e che **quindi il predetto Codice non è riferibile all'affidamento di concessioni di beni pubblici**"*

**Art. 3, comma 7, 163 del 2006
Appalti pubblici di lavori**

Gli «appalti pubblici di lavori» sono appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero, previa acquisizione in sede di offerta del progetto definitivo, la progettazione esecutiva e l'esecuzione, relativamente a lavori o opere rientranti nell'allegato I, oppure, limitatamente alle ipotesi di cui alla parte II, titolo III, capo IV, l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dalla stazione appaltante o dall'ente aggiudicatore, sulla base del progetto preliminare o definitivo posto a base di gara.

Art. 3, comma 8, 163 del 2006 Appalti pubblici di lavori

I «lavori» comprendono le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro, manutenzione, di opere. Per «opera» si intende il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica. Le opere comprendono sia quelle che sono il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile, sia quelle di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica.

Art. 3, comma 9, 163 del 2006 Appalti di forniture

Gli «appalti pubblici di forniture» sono appalti pubblici diversi da quelli di lavori o di servizi, aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti.

Art. 3, comma 10, 163 del 2006 Appalti di servizi

Gli «appalti pubblici di servizi» sono appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture, aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II.

Art. 3, comma 11, 163 del 2006 Concessioni di lavori pubblici

Le «concessioni di lavori pubblici» sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente codice, l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità al presente codice. La gestione funzionale ed economica può anche riguardare, eventualmente in via anticipata, opere o parti di opere direttamente connesse a quelle oggetto della concessione e da ricomprendere nella stessa.

**Art. 3, comma 12, 163 del 2006
Concessione di servizi**

La «concessione di servizi» è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico 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, in conformità all'articolo 30.

**Art. 3, comma 22, 163 del 2006
operatore economico**

Il termine «operatore economico» comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi.

Art. 3, comma 25, 163 del 2006
amministrazioni aggiudicatrici

Le «amministrazioni aggiudicatrici» sono: le amministrazioni dello Stato; ***gli enti pubblici territoriali***, gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti.

Art. 3, comma 37, 163 del 2006

Le «procedure aperte» sono le procedure in cui ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta.

Art. 3, comma 38, 163 del 2006

Le «procedure ristrette» sono le procedure alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti, con le modalità stabilite dal presente codice.

Art. 3, comma 40, 163 del 2006

Le «procedure negoziate» sono le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici ***da loro scelti*** e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto. Il cottimo fiduciario costituisce procedura negoziata.

Art. 3, comma 49, 163 del 2006

Il «Vocabolario comune per gli appalti», in appresso CPV («Common Procurement Vocabulary»), designa la nomenclatura di riferimento per gli appalti pubblici adottata dal regolamento (CE) n. 2195/2002, assicurando nel contempo la corrispondenza con le altre nomenclature esistenti.

Art. 11 **Fasi delle procedure di affidamento**

Art. 11, comma 2, 163 del 2006
Determinazione a contrarre

Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte.

Al termine della procedura è dichiarata **l'aggiudicazione provvisoria** a favore del miglior offerente.

La stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'articolo 12, comma 1, provvede **all'aggiudicazione definitiva**.

Vincolo giuridico dell'offerta

L'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione.

L'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta.

Bando/lettera di invito = invito ad offrire

Offerta dell'OE equivale a "proposta"

Accettazione dell'offerta = la stipula del contratto

Art. 1326 c.c.

Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la **proposta** ha conoscenza **dell'accettazione** dell'altra parte.

Qualora il proponente richieda per l'accettazione una forma determinata, l'accettazione non ha effetto se è data in forma diversa.

In assenza di contratto non esiste vincolo giuridico.

Nel corso degli anni il ricorso all'azione dell'arricchimento senza causa nei riguardi della pubblica amministrazione (specie verso gli enti locali) è stato particolarmente copioso con la conseguenza che il legislatore è stato indotto ad intervenire incisivamente adottando delle norme^[1] specifiche a salvaguardia delle risorse finanziarie dell'ente.

- ^[1] Un primo intervento legislativo si è avuto nell'art. 23 d.l. 2 marzo 1989, n. 66 (Disposizioni urgenti in materia di autonomia impositiva degli enti locali e di finanza locale) convertito con legge 24 aprile 1989, n. 144, trasfuso successivamente nell'art. 35 d.lgs. 25 febbraio 1995, n. 77 (Ordinamento finanziario e contabile degli enti locali).
- La disciplina trova ora collocazione nell'art. 191, comma 4, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali).

**Art. 191, comma 4, del d.lgs. 18
agosto 2000, n. 267**

gli enti locali possono effettuare spese solo se sussiste l'impegno contabile registrato sul competente intervento o capitolo del bilancio di previsione e l'attestazione della copertura finanziaria. Sulla base di tale normativa, nel caso in cui vi sia stata l'acquisizione di beni e servizi in violazione delle regole stabilite dalla medesima disposizione, il rapporto obbligatorio intercorre, ai fini della controprestazione, tra il privato fornitore e l'amministratore, funzionario o dipendente che hanno consentito la fornitura

Il sinallagma in sostanza viene tecnicamente scisso dando vita a due distinti rapporti giacchè da un lato sorge l'obbligazione del debitore di porre in essere la prestazione nei riguardi della pubblica amministrazione, mentre dall'altro sorge l'obbligo del pagamento dell'obbligazione in capo a chi ha ordinato la prestazione con impossibilità assoluta di poter esperire l'azione di arricchimento senza causa

Cassazione Civile Sentenza n. 10640 del 9 maggio 2007

queste disposizioni, rivolte ad assicurare irrinunciabili esigenze di risanamento finanziario, fissano condizioni inderogabili affinché il contratto, anche d'opera professionale, possa essere costitutivo di obbligazioni dell'ente territoriale, ed operano sul versante dell'individuazione del soggetto tenuto all'adempimento, escludendo che lo stesso sia il Comune, in carenza di deliberazione ed iscrizione contabile. E siccome l'azione di arricchimento, per il suo carattere sussidiario non compete a chi possa recuperare la subita diminuzione patrimoniale con altra azione contro lo stesso arricchito o contro un terzo, essa deve essere negata per il caso di prestazione effettuata in favore di un Comune con violazione delle disposizioni contabili dato che, come si è detto, il corrispettivo della prestazione medesima è reclamabile nei confronti dell'amministratore o del funzionario responsabili dell'acquisizione del bene o del servizio nonostante il difetto di deliberazione e contabilizzazione dell'impegno di spesa, ...tali soggetti subentrando, ope legis, nella posizione debitoria

Art. 11, comma 8, 163 del 2006 Controllo requisiti

*L'aggiudicazione definitiva diventa efficace
dopo la verifica del possesso dei prescritti
requisiti*

**Art. 11, comma 8, 163 del 2006
Stipula del Contratto**

Diventa efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire.

**Art. 11, comma 10, 163 del 2006
Termine Dilatorio**

Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79.

Si applica ad ogni procedura: aperta, ristretta o negoziata.

Art. 11, comma 12, 163 del 2006

L'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante o l'ente aggiudicatore ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste dal regolamento.

Esecuzione in pendenza della stipula

L'esecuzione del contratto in pendenza della stipula, ora prevista per ogni appalto, presuppone l'esistenza della aggiudicazione definitiva.

Lavori Pubblici

- **Art. 153. Giorno e termine per la consegna**
(art. 129, d.P.R. n. 554/1999)
- 1. Il responsabile del procedimento autorizza il direttore dei lavori alla consegna dei lavori dopo che il contratto è divenuto efficace. Il responsabile del procedimento autorizza, altresì, ai sensi dell'articolo 11, comma 9, del codice, il direttore dei lavori alla consegna dei lavori subito dopo che l'aggiudicazione definitiva è divenuta efficace.

Servizi e Forniture

Art. 302, comma 2, dpr 207/2010:

Il responsabile del procedimento può autorizzare, ai sensi dell'articolo 11, comma 9, del codice, l'esecuzione anticipata della prestazione dopo che l'aggiudicazione definitiva è divenuta efficace:

- a) quando il contratto ha ad oggetto beni o servizi che, per la loro natura o per il luogo in cui deve essere eseguito il contratto, debbono essere immediatamente consegnati o svolti;
- b) b) in casi di comprovata urgenza.