

L'efficacia delle direttive appalti tra regole *self executing*, termini di trasposizione e norme di recepimento.

Gian Antonio Benacchio
Università di Trento

DIRETTA APPLICABILITA' DELLE NORME COMUNITARIE

- Il problema dell'applicabilità delle norme comunitarie si pone solo per le direttive, non per i **Regolamenti**
 - diretta applicabilità
 - supremazia
 - disapplicazione immediata del diritto nazionale contrastante, sia **precedente** che **successivo** al regolamento
- Le **Direttive**, invece, obbligano gli Stati ad un *facere* (legge, decreto, provvedimento amministrativo, ecc.)

PROBLEMA

- Non sempre gli Stati attuano **tempestivamente** le direttive
- Non sempre gli Stati attuano **correttamente** le direttive
- Talvolta gli Stati adottano un provvedimento **formalmente corretto** ma l'applicazione concreta o le **disposizioni attuative** non sono conformi agli obiettivi ed alle finalità della direttiva

QUALI RIMEDI?

- Problema principale: il Trattato **non ha attribuito** alle Istituzioni comunitarie **strumenti sufficientemente adeguati** per ottenere coattivamente l'adeguamento alle prescrizioni comunitarie.
- I rimedi istituzionali:
 - A) **Rinvio pregiudiziale** (267)
 - B) Sentenza di **condanna dello Stato** (258)

A) RINVIO PREGIUDIZIALE

- Strumento **maggiormente utilizzato** per “correggere” le norme nazionali non conformi alle direttive (267)
- *“La direttiva n. ... del ..., osta alla legge nazionale secondo la quale ...”*

Es: “L’art. 26, nn. 1 e 2, della direttiva 92/50, in materia di appalti pubblici di servizi, **osta** a disposizioni nazionali (come quelle di cui all’art. 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267) che **impediscono a candidati costituiti in raggruppamenti**, di partecipare ad una gara soltanto per il fatto che tali candidati non hanno la forma giuridica corrispondente ad una **società di capitali**” (Frigerio c. Comune Triuggio, C-357/06 del 18.12.2007).

RINVIO PREGIUDIZIALE

Conseguenze:

- 1) Interpretazione conforme (se possibile) della normativa italiana alla direttiva europea da parte del giudice
- 2) Se non è possibile interpretare la norma italiana in conformità alla direttiva (per esempio vi è un netto contrasto): obbligo di disapplicazione della norma nazionale da parte del giudice
- *“Il giudice nazionale è tenuto a dare a una disposizione di diritto interno un’interpretazione ed un’applicazione **conformi alle prescrizioni del diritto comunitario** e, qualora siffatta interpretazione conforme non sia possibile, a **disapplicare ogni disposizione di diritto interno contraria a tali prescrizioni**” (Frigerio c. Comune Triuggio, C-357/06 del 18.12.2007).*

RINVIO PREGIUDIZIALE

- Vantaggio: la sentenza è **vincolante per tutti i giudici di tutti gli Stati = unificazione delle regole** sugli appalti pubblici
- Difetto: solo su **iniziativa del giudice nazionale**

B) SENTENZA DI CONDANNA PER INADEMPIMENTO

- Soluzione inefficiente:
 - condanna ad **adempiere** (258)
 - Sanzione **pecuniaria**
 - **Procedura lunga**, almeno 4-5 anni

I RIMEDI ESCOGITATI DALLA CORTE DI GIUSTIZIA

- **Obiettivo:** aumentare la possibilità di una applicazione diretta della direttiva da parte non soltanto dei giudici
- 1) applicabilità diretta di alcune direttive (o di singole disposizioni) (non solo giudici, anche la PA)
 - 2) ampliamento dei soggetti obbligati ad applicare tali direttive
 - 3) risarcimento del danno da parte dei soggetti obbligati ad attuare (Stato) o applicare (PA, giudici) tali direttive

PREMESSE

- Se è vero che i Regolamenti sono **sempre** direttamente applicabili, **ciò non significa che anche altre categorie di atti (Direttive) non possano talvolta** produrre effetti analoghi
- Solo in senso **verticale** (impresa/cittadino > Stato)
- Solo **dopo la scadenza del termine di recepimento** della direttiva (direttiva appalti 2014/24: 18 aprile 2016)

1) APPLICABILITA' DIRETTA

- Direttive “sufficientemente precise e incondizionate” (o *self executing*)
 - Principio formulato nel 1978 (Ratti) e rimasto invariato ancora oggi
 - Es. in materia di appalti:
 - Corte giustizia, C-103/88, **Flli Costanzo**, del 22 giugno 1989 (la prima) in tema di offerte anormalmente basse (dir. 71/305)
 - Corte giustizia, C-425/12, **Portgàs**, del 12 dicembre 2013 (l'ultima), in tema di aggiudicazione di contratto di fornitura > 400.000,00 (dir. 93/38)
 - Il principio è ormai pacificamente riconosciuto non solo dalla Corte giustizia UE ma anche dalle nostre **Corti nazionali**

APPLICABILITA' DIRETTA nella nuova Direttiva 2014/24 (?)

- Art. 12 = **in house**: deroga alle disposizioni della direttiva
 - comma 1, requisiti: a) **controllo analogo**
 - b) **80% attività** deve rientrare nello svolgimento di compiti affidati dalla'amministrazione aggiudicatrice
 - c) **no capitale privato** o **non influenza dominante**
- NB: la deroga è possibile anche **prima della scadenza** in quanto si tratta di regole affermate dalla Corte di giustizia (rinvio pregiudiziale!)
- Ma applicazione secondo le regole elaborate dalla Corte:
 - a) **Controllo analogo** (nozione identica a quella delle sentenze Teckal 1999; Parking Brixen 2005)
 - b) **80%** (Corte di giustizia: **attività prevalente**, sentenza Teckal 1999)
 - c) **Capitale privato** (Corte di giustizia: nessuna deroga alla non partecipazione dei privati, sentenza Parking Brixen 2005; Carbotermo, 2006)

Art. 12, in house: una particolarità

- In base alla diretta applicabilità della disposizione della direttiva (in quanto sufficientemente precisa) il **tetto minimo dell'80%** (art. 12, n. 1, lett. b) **non potrà assolutamente essere abbassato** senza violare la direttiva

- ma **non potrà neppure essere innalzato** per effetto della L. 183/2011, Legge stabilità per il 2012, che ha modificato la L. 28 novembre 2005 n. 246 (art. 14 comma 24-ter):

Art. 24-ter: "Costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie:

a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive".

- **Armonizzazione minima** (comunitaria) e **massima** (nazionale)

APPLICABILITA' DIRETTA nella nuova Direttiva 2014/24 (?)

- Artt. 74 – 77 = appalti di **servizi sociali** e altri servizi specifici (all. XIV: **servizi sanitari, sociali, alberghieri e ristorazione, servizi legali, servizi di soccorso, investigativi, i servizi antincendio e i servizi penitenziari** ecc.)
- Gruppo di attività che devono essere aggiudicate con un regime più **semplice, alleggerito, snello**, e con soglia economica più alta
- Soglia **750.000,00** (contro i 207.000,00 per servizi e forniture)

- L'art. 76 afferma che *“gli Stati sono liberi di determinare le norme procedurali applicabili”*
- Pertanto sotto i 750.000,00 ampia **discrezionalità** ma **limitata** da alcuni principi (75 e 76)
 - **Pubblicazione del bando**
 - **Pubblicazione dell'aggiudicazione** (su modelli della Commissione)
 - Rispetto dei **principi di trasparenza** e di **parità di trattamento**
 - Prendere in considerazione **qualità, continuità, accessibilità (anche economica), disponibilità e completezza dei servizi**

Soggetti tenuti ad applicare le direttive “sufficientemente precise”

- **Giudici**
- **Enti territoriali** (*Costanzo*)
- **Pubblica amministrazione** (*Costanzo*)
- **Autorità fiscali** (*Beker*)
- **Ufficio Registro** (Corte Cost. 18 aprile 1991, n. 168, Industria Dolciaria Giampaoli)
- **Autorità che svolgono servizi di sanità pubblica** (*Marshall*)
- **Qualsiasi organismo incaricato di un servizio di interesse pubblico** (*Foster*)

RISARCIMENTO DEL DANNO cagionato da:

- Legislatore
- Pubblica Amministrazione
- Giudici

RISARCIMENTO DEL DANNO

LEGISLATORE

Le **resistenze** della Cassazione:

- Cass. civ., 11 ottobre 1995, n. 10617 (Mariotti)

*“La mancata attuazione da parte dello Stato di una direttiva comunitaria entro i termini da essa stabilito non costituisce un illecito nei confronti dei privati essendo **l’attività legislativa** caratterizzata da **libertà e piena discrezionalità**”*

RISARCIMENTO DEL DANNO LEGISLATORE

- Il *revirement* della Cassazione:

- Cass. S.U., 17 aprile 2009, n. 9147:

*“Va riconosciuto al danneggiato un credito alla riparazione del pregiudizio subito per effetto del c.d. **fatto illecito del legislatore**, di **natura indennitaria**, rivolto a compensare l’avente diritto della perdita subita in conseguenza del ritardo”.*

RISARCIMENTO DEL DANNO

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Sentenza n. 500 del 1999: risarcimento anche in caso di lesione di un **interesse legittimo**

Presupposti:

- la PA **non disapplica** una norma nazionale **incompatibile**
- la PA **non applica** una direttiva **self-executing**
- è una **responsabilità oggettiva**, senza colpa (C-314-09, *Stadt Graz*, 30 settembre 2010)

RISARCIMENTO DEL DANNO

GIUDICI

- La prima sentenza della Corte di Giustizia:
Köbler, 30 settembre 2003
- *“Il principio secondo cui gli Stati membri sono obbligati a riparare i danni causati dalle violazioni de diritto comunitario si applica anche allorché la violazione deriva da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado”*

RISARCIMENTO DEL DANNO

GIUDICI

- Corte di giustizia, 13 giugno 2006, C-173/03, Traghetti del Mediterraneo
 - La legge italiana sulla responsabilità dei giudici è inadeguata (Legge 117/1988):
 - Art. 2: “... **dolo o colpa grave** ...”
 - Art. 2: “... no per attività di **interpretazione di norme**...”