



Progetto **APPALTI CHIARI**

PON Governance e Azioni di Sistema (FSE) 2007-2013

Obiettivo Convergenza

Asse E “Capacità istituzionale”

Obiettivo specifico 5.1 – Accrescere l’innovazione, l’efficacia e la trasparenza dell’azione pubblica

Il codice dei Contratti Pubblici

Carlo Buonauro



Il Codice dei Contratti Pubblici nell'elaborazione della giurisprudenza costituzionale, comunitaria ed interna

di Carlo Buonauro, magistrato amministrativo

Sommario: Introduzione sistematica.

L'assetto della materia al vaglio della Corte costituzionale. Premessa. 1.1. il complesso riparto di competenze legislative tra stato e regioni nella disciplina degli appalti pubblici. 1.2. la sentenza n. 401 del 23 novembre 2007 della corte costituzionale. 1.3. il seguito giurisprudenziale. 1.4. le regioni a statuto speciale.

2. Soggetti ammessi a partecipare e requisiti di partecipazione nella giurisprudenza della Cgce. 2.1. le prescrizioni soggettive e la derogabilità in peius del catalogo degli operatori economici ammessi alle procedure ad evidenza pubblica. 2.1.1. il problema della derogabilità in melius: soggetti del terzo settore e soggetti pubblici. 2.1.2 la posizione dei ttaar e del consiglio di stato. 2.1.3. la risposta comunitaria. 2.1.4.. conclusioni e spunti di ulteriore riflessione. la posizione dell'Avcp. 2.2. la nuova disciplina del collegamento tra concorrenti nelle procedure ad evidenza pubblica 2.2.1. la posizione iniziale del codice dei contratti. 2.2.1. corte di giustizia europea, sezione iv, sentenza 19 maggio 2009 e la nuova la lettera m-quater) dell'articolo 38. 2.2.3. prime applicazioni della giurisprudenza interna.

3. Il diritto di accesso in materia di appalti pubblici: i rapporti tra la disciplina degli artt. 22 ss. L.n. 241/1990 e dell'art. 13 del Codice dei Contratti pubblici (D.lgs. 163/2006). 3.1. La tesi del "doppio regime" interno all'accesso agli atti di gara: gli approdi giurisprudenziali (C.d.S. sez. VI, n. 5062/2010). 3.2. Il contemperamento tra diritto all'accesso e diritto alla riservatezza a tutela del know how. 3.3. L'accesso agli elementi tecnici delle offerte: gli atti ad accesso differito e gli atti sottratti all'accesso. 3.4. Il carattere recessivo della riservatezza a fronte del diritto di accesso e delle regole di trasparenza ed imparzialità tipiche delle procedure di selezione (C.d.S. sez. VI, n. 5062/2010, Tar Napoli, sez. VI, n. 1657/2010, n. 17286/2010). 3.5. Le modalità di esercizio dell'accesso: la visione e l'estrazione di copia (C.d.S. sez. VI, n. 6393/2009). 3.6. La procedura di accesso immediato ed informale ai documenti della procedura di gara: il recepimento della Direttiva Ricorsi (D.lgs. n. 53/2010). 3.7. Il carattere autonomo e non meramente strumentale alla proposizione di una azione giudiziale del diritto di accesso: il punto d'arrivo dei giudici di Palazzo Spada (C.d.S. sez. V, n. 942/2011). 3.8. Il ricorso avverso il diniego di accesso nel nuovo Codice del Processo Amministrativo (D.lgs. n. 104/2010). 3.9. Le ricadute processuali: l'ipotesi della mancata evocazione dei controinteressati ed il necessario parallelismo tra contraddittorio procedimentale e contraddittorio processuale? (C.d.S. sez. VI n. 5062/2010). 3.10 Il nuovo regolamento dei contratti pubblici (il D.P.R. 207 del 2010).

Introduzione sistematica. L'assetto normativo della materia degli appalti pubblici e, più in generale, della contrattualistica pubblica presenta tradizionalmente una fisionomia piuttosto articolata e complessa, caratterizzata oltretutto da un tasso di dinamicità intrinseca probabilmente sconosciuto alla maggior parte degli altri settori dell'ordinamento.

Tale complessità, peraltro, è specialmente conseguenza, oltre che della tendenziale criticità e delicatezza della materia in sè, anche della pluralità e stratificazione delle fonti normative che tale disciplina concorrono a disegnare anche in un medesimo periodo temporale. Ciò si riflette, sul piano della produzione giurisprudenziale, in una peculiare sovrapposizione di indirizzi ermeneutici che, sia pure operando su piani (apparentemente) diversi in funzione del differente livello normativo e del distinto assetto ordinamentale di competenza, in realtà concorrono in maniera non sempre univoca a delineare il diritto vivente della materia de qua.

In particolare, è un dato ormai acquisito quello per cui, da un lato, gli ultimi anni hanno registrato significativi interventi di sistematizzazione del settore in esame, anche di amplissima portata, ad opera del legislatore comunitario, prima, nonché del legislatore nazionale e di diversi legislatori regionali, poi; dall'altro, gli operatori e gli interpreti sono di volta in volta chiamati a ricercare le soluzioni per il caso concreto all'interno di un

quadro normativo nel quale figurano: norme primarie della costituzione (nonché, per le Regioni a statuto speciale, altre norme a carattere costituzionale); principi e norme direttamente derivanti dal Trattato CE; direttive europee di settore; norme di attuazione (e non) a carattere nazionale; norme di attuazione (e non) a carattere regionale; atti di natura generale e/o regolamentare adottati a livello di singoli comparti di una stessa Amministrazione regionale; nonché circolari interpretative o applicative di vario genere e profilo.

Tali interventi, seppure indubbiamente volti alla razionalizzazione del sistema, hanno comportato e comportano inevitabilmente l'insorgere di problematiche interpretative di non poco conto, come peraltro non infrequentemente accade in sede di prima applicazione di un corpo normativo significativamente innovativo rispetto al passato.

Nella prospettiva di questa trattazione, speciale rilievo assume in particolare la questione della definizione dei rapporti reciproci fra i diversi sistemi normativi convergenti sulla materia, attraverso l'esame delle principali posizioni ermeneutiche assunte dai diversi organi giurisdizionali.

L'assetto della materia al vaglio della Corte costituzionale

1. Premessa. La risposta alla prima tradizionale domanda che ogni interprete è chiamato di regola a porsi, ovvero quale sia la fonte normativa di riferimento per una determinata fattispecie, può infatti, in materia di pubblici appalti, non di rado presentare alcuni aspetti problematici anche non di lieve entità. A questo effetto di considerevole rilevanza risulta essere la pronuncia della Corte Costituzionale (n. 401 del 23 novembre 2007), chiamata a giudicare, in sede di giudizio per conflitto di attribuzioni promosso da alcune regioni a statuto ordinario nonché dalla provincia autonoma di Trento, della legittimità costituzionale di diverse disposizioni del Codice dei contratti pubblici (introdotto con il d.lgs. 163 del 12 aprile 2006), sotto il profilo, prima di tutto, della conformità di tali disposizioni rispetto al sistema di riparto di competenze fra Stato e Regioni disegnato nel Titolo V della Costituzione.

1.1. Il complesso riparto di competenze legislative tra stato e regioni nella disciplina degli appalti pubblici. La non menzione, nel novellato articolo 117 della Costituzione, della “materia” dei contratti pubblici (a differenza del pre-vigente articolo 117 Cost., il quale ricomprendeva tra le materie di potestà concorrente i “*lavori pubblici di interesse regionale*”) ha da subito evidenziato come uno dei principali nodi problematici sotteso alla riforma della disciplina dei contratti pubblici di appalto – comunque necessaria per dare attuazione alle direttive europee n. 17/18 del 2004 - vada individuato nella necessità di un intervento legislativo rispettoso del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni. Non vi è dubbio che il tema del riparto di potestà legislative tra Stato e Regioni costituisca il profilo di maggior criticità del codice, come del resto evidenziato *ex ante* dal Consiglio di Stato nel parere n. 355 reso sullo schema di decreto legislativo dalla Sezione Consultiva per gli atti normativi nell’adunanza del 6 febbraio 2006, nonché come evidenziato *ex post* dai cinque ricorsi promossi avanti la Corte Costituzionale dalle Regioni Lazio, Abruzzo, Toscana, Veneto e dalla Provincia Autonoma di Trento.

Il decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) sul punto ha previsto innanzitutto, all’articolo 4, comma 1, che le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano esercitano la potestà normativa nelle materie oggetto del presente codice nel rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e delle disposizioni relative a materie di competenza esclusiva dello Stato. Si tratta di una ricognizione generale – efficacemente definita una utile ridondanza giuridica atteso che anche senza siffatta specificazione tali tipologie di limiti avrebbero costituito vincoli alla legislazione regionale - dei limiti alla potestà normativa regionale nell’attuale assetto costituzionale, dovendo le Regioni, per un verso, rispettare le disposizioni dettate dal presente codice relativamente alle materie oggetto di competenza esclusiva dello Stato e, per altro verso, legiferare in conformità ai principi ricavabili dal codice relativamente alle materie oggetto di competenza concorrente. In tal modo il codice riprende l’impianto dei commi 2° e 3° dell’art. 117, circa la sussistenza dei limiti alla competenza legislativa regionale discendenti dalla competenza esclusiva dello Stato e dalla competenza concorrente.

In secondo luogo, il capoverso della norma in questione – premesso che le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano esercitano la potestà normativa nel rispetto dei principi fondamentali contenuti nelle norme del presente codice, con disposizione in relazione alla quale la stessa Corte Cost. nella fondamentale sentenza n. 401/2007 ha avuto modo di ribadire che “Tale disposizione, per il suo contenuto generale, si sottrae alle censure proposte, in quanto è incontestabile che spetti alla legge dello Stato la fissazione dei principi fondamentali nelle materie di competenza concorrente. È pertanto solo con riferimento specifico a tali materie, e dunque alle singole disposizioni contenute nel

Codice, che, di volta in volta, può venire in rilievo un problema di superamento dei limiti delle competenze statali nella determinazione dei principi fondamentali destinati a regolare ciascuna di dette materie” - delinea cinque ambiti di asserita potestà legislativa concorrente (*programmazione di lavori pubblici, approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento, sicurezza del lavoro*); ed al successivo comma 3 diciassette ambiti di potestà esclusiva statale (*qualificazione e selezione dei concorrenti; procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; criteri di aggiudicazione; subappalto; poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; attività di progettazione e piani di sicurezza; stipulazione ed esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; contenzioso*).

Infine, nel medesimo contesto sistematico, occorre fare riferimento anche alla previsione di cui all'art. 5 che affida alla potestà regolamentare dello Stato tutte le materie che rientrano nella potestà esclusiva del medesimo, ai sensi del riparto di potestà regolamentare effettuato dal comma 6 dell'art. 117 Cost. Pur trattandosi di scelta teoricamente corretta, resta, tuttavia, da verificare se i profili elencati nel comma 5 del medesimo art. 5 rientrino tutti in materie di competenza esclusiva dello Stato o se su alcuni di essere, relativi ad ambiti di concorrenza di competenze, sia necessario comunque un parere della Conferenza Stato-Regioni. Viene al riguardo ricordato che, relativamente alla spettanza della potestà regolamentare, la Corte nella sent. 7 luglio 2005, n. 270, ha precisato che “la competenza dello Stato a legiferare nella materia «ordinamento e organizzazione amministrativa degli enti pubblici nazionali» contemplata nella richiamata lettera g) del secondo comma dell'art. 117 Cost. non può assumere le caratteristiche di un titolo «trasversale» in grado di legittimare qualsivoglia intervento legislativo indipendentemente dalle specifiche funzioni che ad un determinato ente pubblico vengano in concreto attribuite e dalle materie di competenza legislativa cui tali funzioni afferiscano”. Pertanto, “un intervento come quello appena accennato, al fine di evitare un improprio svuotamento delle nuove prescrizioni costituzionali, esige non solo l'attenta valutazione dell'effettiva sussistenza delle condizioni legittimanti (necessarietà dell'attrazione al livello statale della funzione e della relativa disciplina regolativa, nonché idoneità, pertinenza logica e proporzionalità di tale disciplina rispetto alle esigenze di regolazione della suddetta funzione), ma anche la previsione di adeguate forme di coinvolgimento delle Regioni interessate, secondo i moduli di leale collaborazione più volte indicati come ineliminabili da questa Corte (cfr., fra le altre, le sentenze. n. 6 del 2004 e n. 303 del 2003)”.

1. 2. La giurisprudenza costituzionale ante codice.

La giurisprudenza costituzionale già formatasi nel vigore della precedente disciplina del settore degli appalti pubblici, dal canto suo, aveva già tracciato le linee fondamentali di una corretta articolazione del potere legislativo in materia, secondo una triplice direzione ermeneutica così schematizzabile;

- a) Attesa la trasversalità degli interessi inerenti al settore degli appalti pubblici, la mancata inclusione dei lavori pubblici nella elencazione dell'art. 117 Cost, diversamente da quanto sostenuto in numerosi ricorsi, non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti. Si delinea così una teoria del doppio binario, alla cui stregua la disciplina dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di

interesse statale è di competenza dello Stato, mentre la disciplina dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di interesse regionale è di competenza delle Regioni. Si è osservato che non è, come pure potrebbe apparire, una affermazione di neutralità del settore che risulterebbe così assorbito nelle altre materie menzionate all'art. 117, ma al contrario è il riconoscimento che il principio di sussidiarietà nella sua declinazione di dimensione dell'interesse deve guidare l'interprete chiamato di volta in volta ad allocare la potestà legislativa tra Stato e Regioni ossia, nel caso di specie, deve guidare l'interprete chiamato a stabilire quando in presenza di una fattispecie disciplinata sia dal legislatore regionale anteriormente al codice dei contratti sia dal legislatore nazionale, ex d. lgs n. 163/2006, ma in maniera difforme, dicevamo deve guidare l'interprete chiamato a stabilire quando debba trovare ancora applicazione o meno la norma regionale. Pertanto, per stabilire gli ambiti materiali in cui le disposizioni indubbiamente trovano applicazione, lo scrutinio di legittimità costituzionale va condotto tenendo conto dell'effettivo contenuto precettivo delle singole disposizioni impugnate e non facendo riferimento al profilo soggettivo e, cioè, all'amministrazione che ha indetto la procedura di gara. Sul punto, la Corte Costituzionale già precisava che - per stabilire se una procedura fosse di spettanza legislativa statale ovvero regionale - non era possibile tracciare una netta linea di demarcazione che facesse unicamente perno sul profilo soggettivo, distinguendo le procedure di gara indette da amministrazioni statali da quelle poste in essere da amministrazioni regionali o sub-regionali: la individuazione delle sfere di competenza legislativa non può, infatti, essere determinata avendo riguardo esclusivamente alla natura del soggetto che indice la gara o al quale è riferibile quel determinato bene o servizio, in quanto, come è noto, occorre fare riferimento al contenuto delle norme censurate al fine di inquadrarlo negli ambiti materiali indicati dall'art. 117 Cost. (così la fondamentale decisione della Corte Cost. n. 303/2003 sulla la trasversalità degli interessi inerenti al settore degli appalti pubblici).

- b) A parziale correzione della prima linea interpretativa, deve tuttavia rimarcarsi la coesistenza, nel settore degli appalti pubblici, di altre materie di potestà legislativa esclusiva statale che interferiscono con la potestà legislativa regionale inerente l'ambito dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di interesse regionale, e tra esse in primis la "tutela della concorrenza", ma anche "l'ordinamento civile" e la "giurisdizione e norme processuali". In particolare, con specifico riferimento ai limiti relativi all'esercizio della legislazione statale in materia di concorrenza, i giudici delle leggi hanno chiarito che le procedure di evidenza pubblica hanno assunto un rilievo fondamentale per la tutela della concorrenza tra i vari operatori economici interessati alle commesse pubbliche, evidenziando al riguardo, da un lato, che si tratta di una competenza trasversale, che coinvolge più ambiti materiali, si caratterizza per la natura funzionale (individuando, più che degli oggetti, delle finalità in vista delle quali la potestà legislativa statale deve essere esercitata) e vale a legittimare l'intervento del legislatore statale anche su materie, sotto altri profili, di competenza regionale. Per altro verso, la stessa giurisprudenza ha chiarito che l'intervento del legislatore statale è legittimo se contenuto entro i limiti dei canoni di adeguatezza e proporzionalità, di tal che la norma statale che imponesse una disciplina tanto dettagliata da risultare non proporzionata rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza costituirebbe una illegittima compressione dell'autonomia regionale. Il contemperamento dei due parametri è dunque affidato ai (labili) criteri della proporzionalità e dell'adeguatezza, atteso che, costituendo la tutela della concorrenza una cosiddetta materia-funzione, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, essa non ha un'estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma trasversale, poiché si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi - alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni - connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese.(cfr., da ultimo, Corte cost. n. 29/2006 secondo cui é evidente la necessità di basarsi sul criterio di proporzionalità-adequazione al fine di valutare, nelle

diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato”. Pertanto, applicando tale criterio, vanno censurate quelle disposizioni statali che risultano così dettagliate da comportare una “illegittima compressione dell’autonomia regionale, poiché risulta ingiustificato e non proporzionato rispetto all’obiettivo della tutela della concorrenza l’intervento legislativo statale).

- c) Infine, lungo la medesima prospettiva di contemperamento degli ambiti di disciplina territoriale e di riaffermazione del principio di leale collaborazione istituzionale, è stato precisato che l’estensione agli acquisti sotto soglia di beni e servizi della normativa nazionale di recepimento della normativa comunitaria non implica per gli enti autonomi l’applicazione di puntuali modalità, ma solo l’osservanza dei principi desumibili della normativa in questione (cfr. per tutte, Corte Cost. sentenza n. 345/2004 in tema di legittimità costituzionale della legge n. 282/2002, nella parte in cui impone che la disciplina dell’acquisto di beni e servizi segua procedure di evidenza pubblica).

1.3. La sentenza n. 401 del 23 novembre 2007 della Corte costituzionale: Il fatto e la decisione.

L’oggettiva complessità della problematica e l’elevato livello di conflittualità connesso ai differenti indirizzi politici ha prontamente portato all’esame della Corte costituzionale anche il nuovo codice dei contratti pubblici: Cinque sono stati i ricorsi promossi avanti la Corte Costituzionale dalle Regioni Lazio, Abruzzo, Toscana, Veneto e dalla Provincia Autonoma di Trento volti ad ottenere, complessivamente, la dichiarazione di incostituzionalità degli artt. 4, commi 2, 3; 5, commi 1, 2, 7, 9; 10, comma 1; 91, commi 1, 2 (e disposizioni di cui alla Parte II, Titolo I e Titolo II, cui ivi si rinvia); 112, comma 5, lettera b); 130, comma 2, lettera c); 98, comma 2; 53, comma 1; 122, commi da 1 a 6; 70; 71; 72; 125, commi 5, 6, 7, 8, 14; 11, comma 4; 81; 82; 83; 84; 85; 86; 87; 88; 55, comma 6; 62, commi 1, 2, 4, 7; 123; 54, comma 4; 56; 57; 122, comma 7; 153; 93; 75; 113; 118, comma 2; 131; 132; 141; 120, comma 2; 6, comma 9, lettera a); 7, comma 8; 240, commi 9, 10; 197; 204; 205; 252, commi 3, 6; 253, commi 3, 10, 11, 22, lettera a); 257, comma 3, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, per violazione degli artt. 76, (la legge comunitaria 11/2005 ha disposto che le Regioni “possano dare immediata attuazione alle direttive comunitarie” in tutte le materie di loro competenza - art. 16, c. 1-, mentre lo Stato può intervenire esclusivamente in via suppletiva e cedevole, laddove le Regioni risultino inadempienti - art. 11, c. 8, e art. 16, c. 3 -), 117, commi 2, 3, 4, 5, 6, 118 Cost., e dei principi di ragionevolezza e di leale collaborazione.

In particolare, la Regione Toscana ha impugnato i commi 2, 3, 8 e 9 dell’art. 84 della medesima normativa delegata per asserita violazione degli artt. 76, 97, 117 e 118 della Costituzione e del principio di leale collaborazione; nonché dell’art. 117, terzo, quarto e sesto comma, Cost. in combinato disposto con l’art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione): le disposizioni in esame regolamentano le modalità di nomina e la conseguente composizione della commissione giudicatrice nel caso di aggiudica di un appalto pubblico mediante il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

È stata dedotta la violazione degli artt. 117 e 118 Cost., in quanto, in assenza di esigenze unitarie, l’individuazione del numero dei componenti (comma 2), della qualifica del presidente (comma 3) e dei commissari (comma 8), nonché le modalità della loro scelta (commi 8 e 9), devono essere ricondotti nell’ambito organizzativo delle singole stazioni appaltanti che potranno modularli tenendo conto della complessità dell’oggetto della gara, nonché dell’importo della medesima. Nel ricorso è stato, altresì, affermato che, nella «denegata ipotesi» in cui non si condivida la predetta ricostruzione e si ritenga che il contenuto della norma sia riconducibile alla materia della tutela della concorrenza, mancherebbero nella specie i caratteri che connotano tale materia, e cioè la natura

macroeconomica dell'intervento e il rispetto dei criteri della proporzionalità e dell'adequatezza, che impongono di limitare l'intervento alla previsione di disposizioni di carattere generale e non di dettaglio. Sotto altro aspetto, la Regione Toscana deduce anche la violazione dell'art. 76 Cost., in quanto i criteri direttivi previsti dall'art. 25 della legge n. 62 del 2005 non consentirebbero l'emanazione di nuove disposizioni se non per ragioni di semplificazione» procedurale che, nella specie, non sussisterebbero.

I giudici di Palazzo della Consulta hanno ritenuto fondata la questione ed hanno rilevato che la normativa delegata in esame – attinente, in particolar modo, alla composizione ed alle modalità di scelta dei componenti della Commissione giudicatrice – non trova fondamento nella competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza.

Quest'ultima, infatti, presuppone che tali norme abbiano ad oggetto specificamente i criteri e le modalità di scelta del contraente, idonei ad incidere sulla partecipazione dei concorrenti alle gare e, dunque, sulla concorrenzialità nel mercato, in virtù del fatto che – a secondo dei diversi moduli procedurali utilizzati - potrebbero derivare conseguenze sulla minore o maggiore possibilità di accesso delle imprese al mercato medesimo, e sulla parità di trattamento che deve essere loro riservata. Tale esigenza è stata soddisfatta mediante l'adozione della direttiva 2004/18/CE che, tra le altre, ha introdotto nel nostro ordinamento l'obbligo di garantire – nelle procedure di aggiudica di appalti per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico – il rispetto dei principi del Trattato ed, in particolare, dei principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei «principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza» (Considerando numero 2 della citata direttiva 18 del 2004). Si è voluto, infatti, assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza anche mediante «regole dettagliate» volte a garantire «procedure di gara concorrenziali a livello della Unione europea» (Comunicazione interpretativa della Commissione, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici», del 1° agosto 2006).

Le disposizioni qui ritenute illegittime, invece, sono preordinate ad altri fini: gli aspetti connessi alla composizione della Commissione giudicatrice e alle modalità di scelta dei suoi componenti attengono, infatti, alla organizzazione amministrativa degli organismi cui è affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei necessari requisiti, da parte delle imprese concorrenti, per aggiudicarsi la gara. Da ciò deriva che non può essere esclusa la competenza legislativa regionale nella disciplina di tali aspetti ove esistente e, per tali motivi, l'intervento legislativo statale presenta natura suppletiva o cedevole rispetto a quella – se divergente – che abbia già diversamente disposto o che disponga per l'avvenire.

La Corte costituzionale ha ritenuto, in definitiva, non conforme al sistema di riparto delle competenze tra lo Stato e le Regioni la normativa contenuta nei commi in esame, che vale certamente per l'attività contrattuale posta in essere in ambito statale, mentre per le Regioni deve necessariamente avere carattere recessivo nei confronti di una diversa (ove esistente) disciplina specifica di matrice regionale, secondo quanto disposto dall'art. 117, quinto comma, Cost. e dall'art. 1, comma 6, della legge di delega n. 62 del 2005. Da qui la declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni di cui ai commi 2, 3, 8 e 9 dell'art. 84 del Codice degli appalti pubblici nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, non prevedono che esse abbiano carattere suppletivo e cedevole: dichiarazione che ha travolto, a sua volta, anche le modifiche alle disposizioni in esame apportate dal secondo correttivo (d.lgs. 113/07).

Analogo esito ha avuto lo scrutinio di costituzionalità condotto con riferimento alla disposizione del comma 2 del Codice dei contratti pubblici nella parte in cui stabilisce che

«l'approvazione dei progetti definitivi da parte del consiglio comunale costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti», in relazione alla quale è stata dedotta la violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost., in quanto la norma in esame, pur ricadendo nel settore della urbanistica ed incidendo, pertanto, nella materia concorrente del governo del territorio, esprime una regola inderogabile.

Nel ritenere fondata la questione, la Corte ha precisato che la norma impugnata, stabilendo che l'approvazione dei progetti definitivi da parte del consiglio comunale costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti, pur se presenta collegamenti con la materia dell'ambiente per le finalità perseguite, che sono dichiaratamente quelle del miglioramento della «qualità dell'aria e dell'ambiente nelle città», afferma, avendo riguardo al suo peculiare oggetto, prevalentemente all'ambito materiale del governo del territorio di competenza ripartita Stato-Regioni. Da questa qualificazione discende che lo Stato ha soltanto il potere di fissare i principi fondamentali in tali materie, spettando alle Regioni il potere di emanare la normativa di dettaglio, secondo quanto stabilito dall'art. 117, terzo comma, ultimo periodo, della Costituzione; e di qui la conclusione per cui, applicando la suddetta regola nel caso di specie, ne deriva la illegittimità costituzionale della norma in esame, in quanto essa, per il suo contenuto precettivo del tutto puntuale, non lascia alcuno spazio di intervento alle Regioni: l'affermazione, infatti, secondo cui «l'approvazione dei progetti definitivi costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti» non è passibile di ulteriore svolgimento da parte del legislatore regionale con conseguente compromissione delle competenze che alle Regioni spettano in materia di urbanistica e quindi di assetto del territorio (vedi sentenza numero 206 del 2001).

Infine, con riferimento alla previsione inerente il potere regolamentare dello Stato nella materia *de qua* (art. 5, commi 1, 2 e 4), la Corte costituzionale - mentre dichiara non fondata la questione relativa al comma 1 (sul presupposto per cui la norma impugnata, nel prevedere che il regolamento statale detti la disciplina esecutiva e attuativa del Codice in relazione ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di amministrazioni ed enti statali e, «limitatamente agli aspetti di cui all'art. 4, comma 3, in relazione ai contratti di ogni altra amministrazione», opera un riferimento che deve essere inteso, all'esito di una interpretazione conforme a Costituzione, nel senso che lo stesso ricomprende lo Stato e le Regioni e non anche le Province autonome di Trento e Bolzano, con conseguente non fondatezza della censura relativa all'art. 5, comma 4) - diversamente ritiene di dover dichiarare costituzionalmente illegittimo il comma 2 dell'art. 5, nella parte in cui fa riferimento, in maniera contraddittoria rispetto alla clausola di salvaguardia contenuta nel comma 3 dell'art. 4, anche alle Province autonome, rendendo applicabile alle stesse, nei settori indicati dal comma 3, le disposizioni regolamentari.

Tutte le altre, numerose questioni di legittimità costituzionale vengono ritenute inammissibili e respinte rispettivamente per genericità delle relative censure e per infondatezza delle relative argomentazioni, avendo ad oggetto disposizioni che, secondo quanto più analiticamente illustrato nei seguenti paragrafi in sede di esame della successiva giurisprudenza costituzionale ed amministrativa, investono ambiti di disciplina (concorrenza, ordinamento civile e contenzioso) riservati alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

1.4. Ulteriori interventi del Giudice delle Leggi.

L'articolata decisione del giudice costituzionale ha avuto notevole seguito sia nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, sia nella giurisprudenza amministrativa chiamata a dare concreta applicazione alle norme in questione.

Lungo la prima direttrice, appaiono meritevoli di considerazione due recentissime sentenze dei giudici di Palazzo della Consulta, chiamate a pronunciarsi, in senso opposto rispetto al precedente del 2007, la conformità a Costituzione di alcune leggi regionali intervenute

successivamente all'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici: si tratta di **Corte Costituzionale - sentenza 30 luglio 2008 n. 320** e di **Corte Costituzionale - sentenza 1 agosto 2008 n. 322**

Con il primo intervento i giudici del Palazzo della Consulta ritengono fondate le censure sollevate nei confronti dell'art. 2 della legge regionale n. 12 del 2007, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione. Ed, invero - premesso che tale norma va ricondotto alla «tutela della concorrenza» in quanto, per un verso, per l'identificazione della materia nella quale si collocano le norme impugnate, occorre fare riferimento all'oggetto ed alla disciplina stabilita dalle stesse, per ciò che esse dispongono, alla luce della *ratio* dell'intervento legislativo nel suo complesso e nei suoi punti fondamentali, tralasciando gli aspetti marginali e gli effetti riflessi delle norme medesime, così da identificare correttamente e compiutamente anche l'interesse tutelato (sentenza n. 165 del 2007); e, per altro verso, che sulla base di tali criteri, la disciplina delle procedure di gara e, in particolare, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione, in quanto mirano a consentire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti, sono state ricondotte all'ambito della tutela della concorrenza (art. 117, secondo comma, lettera e, della Costituzione), di esclusiva competenza del legislatore statale; con la conseguenza che l'esclusività di tale competenza si traduce nella legittima adozione, da parte del legislatore statale, di una disciplina integrale e dettagliata delle richiamate procedure e nell'inderogabilità delle relative disposizioni, idonee ad incidere, nei limiti della loro specificità e dei contenuti normativi che di esse sono propri, sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano (sentenza n. 430 del 2007) – la Corte costituzionale conclude nel senso che la norma regionale impugnata, disponendo la proroga dei contratti di gestione dei servizi di elisoccorso regionale fino al 31 dicembre 2007, disciplina le procedure di affidamento dell'appalto di un servizio pubblico regionale, peraltro in deroga alle procedure di gara. Di qui la conclusione per cui, per ciò stesso, la disposizione invade la sfera di competenza esclusiva del legislatore statale, esercitata con il decreto legislativo n. 163 del 2006 (sentenza n. 401 del 2007), fra le cui disposizioni inderogabili si colloca l'art. 4, il quale espressamente stabilisce, fra l'altro, che «le Regioni, nel rispetto dell'articolo 117, comma secondo, della Costituzione, non possono prevedere una disciplina diversa da quella del presente codice in relazione: alla qualificazione e selezione dei concorrenti; alle procedure di affidamento [...]; ai criteri di aggiudicazione [...]».

Con la seconda sentenza, la Corte costituzionale ha ritenute fondate, con riferimento all'art. 117, secondo comma, lettere e) e l), Cost., le questioni aventi ad oggetto gli artt. 6, comma 1, 7, commi 2 e 3, 8, 22, 24, 29, 32 e 43, comma 1, della legge della Regione Veneto n. 17 del 2007,

La Corte premette al proprio ragionamento che, come ripetutamente affermato nel proprio precedente (sentenza n. 401 del 2007), nel settore degli appalti pubblici, l'eventuale «interferenza» della disciplina statale con competenze regionali «si atteggia in modo peculiare, non realizzandosi normalmente in un intreccio in senso stretto con ambiti materiali di pertinenza regionale, bensì [mediante] la prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa»; di tal che è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), secondo cui «le Regioni non possono prevedere una disciplina diversa da quella del presente codice» in relazione agli ambiti di legislazione sui contratti della pubblica amministrazione riconducibili alla competenza esclusiva dello Stato in base all'art. 117, secondo comma, Cost.

Nel caso di specie, si osserva che la normativa regionale censurata dallo Stato contiene una disciplina diversa da quella del codice citato per quanto attiene ai seguenti oggetti:

affidamento dei servizi tecnici relativi all'architettura e all'ingegneria (artt. 6, comma 1, e 7, commi 2 e 3) riferibile all'ambito della legislazione sulle «procedure di affidamento»; verifica e validazione del progetto (art. 8), inerente all'ambito della «progettazione»; offerte anomale (art. 22) e procedura negoziata (art. 24), relative all'ambito delle procedure di affidamento; subappalti (art. 29), relativi ad analoga materia disciplinata dal codice dei contratti pubblici; leasing immobiliare (art. 32), relativo in parte all'ambito della «progettazione», in parte alla «esecuzione dei contratti» e comunque rientrante, insieme all'istituto del subappalto, nella materia «ordinamento civile»; verifica preventiva dell'interesse archeologico (art. 43), inerente a «contratti relativi alla tutela dei beni culturali».

Orbene, secondo la Corte costituzionale, per tutti questi oggetti, la disciplina dettata dalla Regione produce una erosione dell'area coperta da obblighi di gara, dal momento che, in primo luogo, lascia le stazioni appaltanti libere di scegliere le modalità di affidamento degli incarichi di ingegneria e architettura comportanti un compenso inferiore a 40 mila euro, così riducendo il confronto concorrenziale nell'affidamento di tali servizi; inoltre, consente che una deliberazione della Giunta regionale detti i criteri e le modalità di affidamento degli incarichi di ingegneria e architettura comportanti un compenso compreso tra 40 mila euro e la soglia comunitaria, nonché sulle forme di pubblicità dei medesimi e sui criteri di verifica e validazione dei progetti, incidendo in tal modo sulle regole di mercato; in secondo luogo, nel restringere l'ambito entro cui la stazione appaltante deve verificare la congruità delle offerte anomale e nel consentire il ricorso alla trattativa privata senza necessità di previa pubblicazione di un bando di gara, limitano il confronto concorrenziale. Analoga conseguenza si riconduce alle norme che riducono la sospensione del pagamento alla sola somma non corrisposta al subappaltatore; che restringono il numero di soggetti che possono aspirare a vedersi affidare l'esecuzione dei lavori aventi ad oggetto la costruzione degli immobili mediante l'introduzione dell'istituto del leasing immobiliare; ed, infine, che lasciano le stazioni appaltanti libere per quanto concerne l'affidamento degli incarichi aventi ad oggetto le indagini archeologiche, attribuite senza confronto concorrenziale.

In definitiva, conclude la Corte richiamando ancora una volta le proprie sentenze nn. 431 e 401 del 2007 e n. 282 del 2004, la normativa regionale detta una disciplina difforme da quella nazionale in materie riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in base all'art. 117, secondo comma, Cost., riducendo, da un lato, l'area alla quale si applicano le regole concorrenziali dirette a consentire la piena esplicazione del mercato nel settore degli appalti pubblici a tutti gli operatori economici («tutela della concorrenza») e alterando, dall'altro, le regole contrattuali che disciplinano i rapporti privati («ordinamento civile»).

Da ultimo, la medesima traiettoria ermeneutica è stata seguita da **CORTE COSTITUZIONALE - Sentenza 5 gennaio 2011 n. 7**, la quale ha ribadito il principio di diritto (già espresso da **Corte Costituzionale sentenza n. 411 del 2008**) per cui le norme relative alle procedure di gara ed all'esecuzione del rapporto contrattuale sono di competenza legislativa statale perché poste a tutela della concorrenza, e ciò anche con riguardo alla disciplina in tema di programmazione di lavori pubblici, nonché di finanza di progetto, atteso che quest'ultima, a livello statale, si inserisce nell'ambito della disciplina generale dei contratti pubblici, caratterizzandosi come un particolare metodo di affidamento dell'opera pubblica, alternativo rispetto a quello della concessione (disciplinata dall'art. 143 del Codice dei contratti pubblici), nel quale la gara pubblica è basata su uno studio di fattibilità dell'opera e prevede la pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o

parzialmente a carico dei soggetti proponenti¹. In particolare, si osserva che la particolarissima iniziativa disciplinata al riguardo dall'art. 153, comma 19, del d.lgs. n. 163 del 2006 si caratterizza, rispetto alle altre tre forme di realizzazione della finanza di progetto, per la sua idoneità ad integrare e coadiuvare l'attività di programmazione dell'amministrazione aggiudicatrice, atteso che l'ente pubblico si avvale dell'iniziativa privata e del contributo di idee e di capitali privati non solo per la realizzazione delle sue finalità, ma anche per la loro stessa individuazione (lo studio di fattibilità presentato ai sensi del comma 19, al pari delle altre procedure per la realizzazione della finanza di progetto, in caso di valutazione positiva, da parte dell'amministrazione, della pubblica utilità dell'opera, finisce con il costituire l'unica base della gara successiva e il solo termine di confronto delle eventuali altre offerte). Orbene, posto che la legge regionale non può incidere su questi aspetti di disciplina posto che, ex art. 117, II comma, Cost., essi ineriscono direttamente alla materia della tutela della concorrenza di esclusiva competenza statale, appare evidente come una siffatta incidenza ricorra nel caso della disposizione indubbiata, atteso che il censurato art. 1, comma 6, della legge della Regione Liguria 28 dicembre 2009 n. 63 (Disposizioni collegate alla legge finanziaria 2010), modificando la legge regionale 11 marzo 2008, n. 5 (Disciplina delle attività contrattuali regionali in attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) ed introducendo l'art. 27-bis, intitolato «Finanza di Progetto», autorizza i soggetti privati che intendano promuovere interventi non previsti dagli strumenti di programmazione triennale adottati dalla Regione a presentare «studi di pre-fattibilità», senza alcun diritto a compenso o alla realizzazione dell'opera e neppure ad una tempestiva decisione della Regione, prevedendo in tal modo una disciplina difforme da quella dettata dall'art. 153, comma 19, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), che consente ai privati, in analoghe circostanze, la presentazione di studi di fattibilità e, pur escludendo il diritto a un compenso e alla realizzazione dell'opera, prevede l'obbligo dell'amministrazione di provvedere sulla proposta nel termine di sei mesi. Di qui la duplice conclusione per cui – posto che la presentazione di uno studio di fattibilità non compreso nella programmazione triennale attribuisce al proponente un indiscutibile vantaggio nella successiva gara per l'affidamento dell'opera stessa, dal momento che egli è il primo ad aver approfondito gli aspetti tecnici, amministrativi e finanziari del problema;

¹ Con efficace sintesi, si sottolinea che la peculiarità di tale sistema, pertanto, risiede nella sua idoneità a stimolare, per i lavori pubblici o di pubblica utilità finanziabili in tutto o in parte con capitali privati, un contributo di idee da parte dell'imprenditoria privata, nell'individuazione delle modalità di realizzazione tecnica dell'opera pubblica, sia attraverso la predisposizione, da parte del promotore, dello studio di fattibilità, sia nel corso del procedimento, attraverso le eventuali modifiche. La procedura, disciplinata dal legislatore statale, modificata recentemente dal d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, recante «Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62» (cd. terzo decreto correttivo), si articola in tre possibili varianti: una procedura a iniziativa pubblica, con gara unica previo bando e senza prelazione per il promotore (art. 153, commi da 1 a 14); una procedura ad iniziativa pubblica, con gara doppia previo bando e con prelazione, detta «bifase» (art. 153, comma 15); una procedura ad iniziativa privata, con gara doppia previo avviso, ad esito alternativo (art. 153, comma 16). Tutte le predette modalità di individuazione del contraente, ivi compresa quella ad iniziativa privata, presuppongono che la valutazione di pubblica utilità dell'opera sia già stata previamente effettuata dall'amministrazione aggiudicatrice a monte, in sede di programmazione triennale di cui all'art. 128 dello stesso codice dei contratti. Tale norma, infatti, prevede esplicitamente che l'attività di realizzazione dei lavori di cui al codice dei contratti, il cui importo sia superiore a 100.000 euro, debba svolgersi sulla base di un programma triennale e che questo costituisca momento attuativo di studi di fattibilità e di identificazione e quantificazione dei bisogni che possono essere soddisfatti, in particolare, tramite la realizzazione di lavori finanziabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica. La norma, inoltre, predispone un sistema di pubblicità di tale attività di programmazione, mediante affissione dello schema di programma triennale e dei suoi aggiornamenti nella sede delle amministrazioni aggiudicatrici per almeno sessanta giorni consecutivi ed eventualmente mediante pubblicazione sul profilo di committente della stazione appaltante.

ed anzi, proprio per effetto della mancata previsione della pubblica utilità dell'opera, può dirsi che egli acquisisce un vantaggio verosimilmente ancora maggiore rispetto agli eventuali concorrenti - da un lato, "si deve ritenere che la presentazione dello studio di fattibilità, di cui all'art. 153, comma 19, pur cadendo in un momento antecedente alla fase dell'evidenza pubblica, costituisce parte integrante di quest'ultima; e , dall'altro, che "la norma regionale censurata, dunque, incidendo direttamente sulla materia, di competenza esclusiva statale, della tutela della concorrenza, è illegittima".

1.5. La giurisprudenza amministrativa e costituzionale in tema di rapporto tra fonti un materia di composizione della commissione di gara. Quanto agli sviluppi che il tema ha ricevuto nella giurisprudenza amministrativa, merita una specifica menzione la **sentenza del 17 dicembre 2007 – n. 16306 emessa dal TAR Campania – Sezione di Napoli**, la quale – ritenendo legittima la composizione della commissione giudicatrice di una gara di appalto composta da esperti esistenti in seno all'ente comunale appaltante – si pone nel solco tracciato dalla sentenza della Corte costituzionale, su evidenziata.

La sentenza del Tar di Napoli trae origine da un ricorso proposto avverso il Comune di Santa Maria Capua Vetere – nonché da successivi ricorsi recanti motivi aggiunti - per l'annullamento previa sospensione dell'esecuzione di una serie di provvedimenti amministrativi relativi all'appalto pubblico di lavori avente ad oggetto, previa acquisizione in sede di offerta del progetto definitivo, "la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di recupero e valorizzazione del Parco Urbano come sede del Parco Tematico Città della Storia" e mediante i quali la Commissione esaminatrice dell'appalto pubblico di lavori ha aggiudicato la gara all'unico altro offerente, controinteressato, deducendo la illegittimità nella misura in cui non si è risolto nella propria aggiudicazione in virtù di una incongrua ed illegittima valutazione della propria offerta, previa contestazione dei punteggi attribuiti dalla Commissione stessa.

La società ricorrente ha preliminarmente impugnato il verbale con cui il Dirigente del Settore Tecnico ha nominato la Commissione esaminatrice delle offerte, sostenendone la illegittima composizione, in quanto formata da soggetti muniti di titolo considerato inidoneo (ingegnere, architetto e geometra): Ciò in considerazione della natura e della complessità delle opere da realizzare per le quali sarebbe stato necessario, secondo la tesi di parte ricorrente, la nomina di esperti competenti, in maniera particolare, nelle materie di scienza botanica e agraria.

La doglianza non è stata accolta dal tribunale amministrativa partenopeo, il quale ha rilevato – in virtù anche della documentazione depositata dalle parti – che la commissione di gara risulta composta da soggetti appartenenti al settore tecnico interessato e, pertanto, risultano muniti di qualificazione e funzioni, all'interno dell'ente locale intimato.

Ciò in coincidenza – si afferma – anche con quanto dispone la normativa in materia di appalti pubblici che, al riguardo, non è stata significativamente mutata dalla novella contenuta nel d.lgs. 163/06 la quale ribadisce che i componenti della Commissione giudicatrice debbono possedere la necessaria competenza richiesta dalla gara di appalto oggetto del bando e che essi debbono essenzialmente nominati nell'ambito del personale (qualificato e) interno dell'ente appaltante: anzi, la circostanza è confermata dalle novità introdotta dal cd. secondo correttivo – D. Lgs. n. 113/2007 – ove prevede che il ruolo presidenziale può essere rivestito anche da un funzionario apicale della stazione appaltante, oltre alla possibilità di nominare funzionari di altre pubbliche amministrazioni.

Sul punto, si fa riferimento alla normativa contenuta nell'art. 84 del d.lgs. 163/06 che è stato, come già ampiamente visto nel paragrafo precedente, dichiarato costituzionalmente illegittimo ai commi 2,3,8,9 dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 401 del 23 novembre 2007, nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale,

non prevedono che esse abbiano carattere suppletivo e cedevole.

Sulla scorta della sentenza della Corte costituzionale ed in virtù del piano di riparto di competenze legislativo Stato-Regioni – ai sensi del novellato art. 117 della Costituzione – nella fattispecie *de qua*, il Tar di Napoli ha fatto pertanto applicazione della normativa regionale dei lavori pubblici ed opere pubbliche (n. 3/2007) che, proprio perché esistente, si sovrappone a quella statale (che nella specie è proprio l'art. 89, commi 2,3,8,9 del d.lgs. 163/06).

Più precisamente, gli artt. 58 e 59 della legge n. 3/07 stabiliscono rispettivamente i requisiti professionali che debbono possedere i collaudatori dei lavori pubblici da affidare mediante gare di appalto e le modalità di nomina degli stessi ad opera delle stazioni appaltanti.

In particolare, l'art. 58 prevede che il regolamento regionale indica i requisiti professionali degli esperti da nominare in virtù delle caratteristiche dei lavori, la misura del compenso ad essi spettante, nonché le modalità di effettuazione del collaudo e la redazione della relativa certificazione.

Inoltre, l'art. 59 della legge regionale n.3/07 stabilisce che *“le stazioni appaltanti nominano da uno a tre tecnici di elevata e specifica qualificazione con riferimento al tipo di lavori, alla loro complessità e all'importo degli stessi”*: ma, continua la norma, tali tecnici *“sono nominati dalle predette amministrazioni nell'ambito delle proprie strutture”*. Solo ove sussista, il responsabile del procedimento deve puntualmente certificare la carenza dell'organico in tal senso; di conseguenza, l'amministrazione appaltante può procedere alla nomina di esperti esterni.

Nella controversia *de qua*, il Tribunale Amministrativo Regionale di Napoli ha proceduto ad una puntuale e corretta applicazione della regolamentazione regionale in materia (L. R. n. 3/07) sia per quanto riguarda l'aspetto della qualifica che i tecnici debbono possedere - ed, infatti, sul punto il Collegio ha ribadito – aderendo così ad un consolidato orientamento giurisprudenziale – il principio dell'inderogabilità della disciplina sulla composizione della commissione giudicatrice, poiché costituisce (in assenza di una disposizione primaria o secondaria che regoli la specifica qualificazione professionale della Commissione giudicatrice) espressione di discrezionalità non suscettibile di sindacato, in assenza della deduzione di indici sintomatici di un esercizio funzionale del potere (cfr. Consiglio di Stato, sez IV, 4 ottobre 2002, n. 5256) -; sia riguardo l'aspetto della scelta dei tecnici stessi.

Relativamente a quest'ultima ipotesi, la fonte legislativa regionale prevede, come già visto, che la nomina debba provenire dalle amministrazioni appaltanti e nell'ambito delle proprie strutture. In applicazione di tale principio, perciò, l'ottava sezione del Tar di Napoli ha ritenuto legittima la composizione della commissione giudicatrice della gara di appalto in esame poiché essa è – a parere del Collegio – *“costituita da soggetti che, in quanto appartenenti al settore tecnico interessato, risultano muniti di qualificazione, funzioni e ruoli all'interno del Comune interessato che ben giustificano la partecipazione alla Commissione stessa”*.

Peraltro, nella precipua prospettiva che qui interessa, va segnalato che la stessa **Corte costituzionale con sentenza 22 maggio 2009, n. 160**, ha avuto modo di ulteriormente puntualizzare la propria giurisprudenza in materia, dichiarando, tra l'altro, l'illegittimità di due norme della Legge regionale campana 1/2008 che intervengono, derogatoriamente rispetto al Codice nazionale, su due aspetti critici della disciplina delle procedure ad evidenza pubblica: l'avvilimento e l'esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti sottosoglia.

Quanto alla prima questione, va premesso che l'art. 27, comma 1, lettera l), della legge della Regione Campania n. 1 del 2008, il quale, nel modificare l'art. 30, comma 5, della precedente legge n. 3 del 2007, consente il ricorso all'istituto dell'avvalimento soltanto in relazione agli appalti di importo uguale o superiore alla soglia comunitaria. Ciò contrariamente a quanto previsto dagli artt. 49 e 121 del d.lgs. n. 163 del 2006, i quali

legittimano invece il ricorso a tale istituto anche in relazione ai contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, con conseguente violazione della competenza statale in materia di ordinamento civile. A sua volta, l'art. 20, comma 2, della legge regionale n. 3 del 2007 (cui la declaratoria di incostituzionalità viene estesa, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953), con norma inscindibilmente connessa a quella dichiarata costituzionalmente illegittima, stabilisce che «le stazioni appaltanti, nella predisposizione degli atti di gara relativi a contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, escludono la possibilità di ricorso all'istituto dell'avvalimento di cui agli artt. 49 e 50 del Codice e successive modificazioni».

Orbene, secondo il Giudice delle Leggi Pur in presenza di un appalto sotto-soglia, debbano infatti essere comunque rispettati i principi fondamentali del Trattato idonei a consentire l'esercizio di un potere conforme, tra l'altro, ai canoni della parità di trattamento, della trasparenza e della pubblicità, al fine di garantire un assetto concorrenziale del mercato. Ciò implica che la distinzione tra contratti sotto-soglia e sopra-soglia non può essere, di per sé, invocata quale utile criterio ai fini della individuazione dello stesso ambito materiale della tutela della concorrenza. La finalità perseguita dal legislatore statale con l'istituto dell'avvalimento, in linea con le prescrizioni comunitarie, è quella di consentire a soggetti, che non posseggono determinati requisiti di partecipazione, di concorrere egualmente mediante l'ausilio di un'altra impresa, che sia in possesso dei necessari requisiti, purché ricorrano le condizioni indicate dal citato art. 49. Si ottiene, pertanto, il risultato di ampliare potenzialmente la partecipazione delle imprese alle procedure concorsuali, assicurando così una maggiore tutela delle libertà comunitarie e degli stessi principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. L'analisi del dato finalistico consente, dunque, di fare rientrare la normativa in esame nell'ambito della tutela della concorrenza.

In relazione alla seconda questione, la legge regionale campana stabiliva che, che ha stabilito che le stazioni appaltanti, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, «prevedono nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia» (art. 27, comma 1, lettera t), punto 1, della legge regionale n. 1 del 2008).

Diversamente, il legislatore statale, sul punto, ha previsto, all'art. 122, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006, in capo alla stazione appaltante, il potere discrezionale di valutare l'opportunità di procedere all'esclusione automatica ovvero verificare in contraddittorio l'anomalia dell'offerta. A ciò va aggiunto che l'art. 1, comma 1, lettera bb), n. 2, del decreto legislativo 11 settembre 2008 n. 152 (Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62) ha modificato - proprio al fine di aumentare l'area di concorrenzialità - la norma statale, la quale ora prevede che la facoltà di esclusione automatica «non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci». È quindi evidente che, al di là dello iato temporale intercorrente tra i due testi normativi, il legislatore regionale ha dettato una disciplina diversa da quella statale, prevedendo che la stazione appaltante è obbligata a procedere sempre ed in ogni caso all'esclusione automatica delle offerte anomale in presenza di un contratto di appalto di rilevanza non comunitaria. Orbene, secondo la decisione in commento, tale previsione, eliminando radicalmente qualunque potere di valutazione tecnica in capo all'amministrazione mediante l'attivazione di procedure di verifica in contraddittorio, viola i principi della concorrenza. La previsione, infatti, di un potere vincolato di esclusione automatica restringe aprioristicamente la possibilità di partecipazione di un numero più elevato di operatori economici, ledendo le regole concorrenziali sancite a livello comunitario e nazionale.

In conclusione, anche con questa pronuncia i giudici costituzionale, accanto alla

riaffermazione di principi già espressi, offrono nuove coordinate ermeneutiche alla spinosa questione in esame: da un lato, dopo aver individuato gli ambiti di materie in cui, in prevalenza, si colloca la disciplina dell'attività contrattuale della amministrazione nel settore dei pubblici appalti, viene operata una verifica circa gli spazi riconosciuti alla competenza regionale con particolare riferimento alla disciplina della procedura di evidenza pubblica che di volta in volta viene in rilievo. Al riguardo viene posto in evidenza come nello specifico settore degli appalti la materia della tutela della concorrenza, nella parte in cui essa è volta ad assicurare procedure di garanzia, si connota per un particolare modo di operare della sua trasversalità: infatti, la interferenza con le competenze regionali si atteggia in modo peculiare non realizzandosi normalmente un intreccio in senso stretto con ambiti materiali di pertinenza regionale, bensì la prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa. Ne consegue che la fase della procedura di evidenza pubblica, riconducibile alla tutela della concorrenza, potrà essere interamente disciplinata, nei limiti del rispetto dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, dal legislatore statale.

Dall'altro lato, nella medesima prospettiva, le singole Regioni sono legittimate a regolare, da un lato, quelle fasi procedimentali che afferiscono a materie di propria competenza; dall'altro, i singoli settori oggetto della predetta procedura e rientranti anch'essi in ambiti materiali di pertinenza regionale. Nondimeno, al fine di evitare che siano vanificate le competenze delle Regioni, è consentito che norme regionali riconducibili a tali competenze possano produrre effetti proconcorrenziali, purché tali effetti «siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza».

1.6. Le regioni a statuto speciale. Infine, appaiono meritevoli di considerazione una serie di recentissime sentenze dei giudici di Palazzo della Consulta, chiamate a pronunciarsi, in senso opposto rispetto al precedente del 2007, sulla conformità a Costituzione di alcune leggi regionali intervenute successivamente all'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici: tra queste, con specifico riferimento alle Regioni a Statuto speciale, merita in primis menzione la sentenza della Corte Costituzionale 17 dicembre 2008, n. 411.

In tale pronuncia la Corte ribadisce che la disciplina degli appalti pubblici, intesa in senso complessivo, include diversi “ambiti di legislazione” che «si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono»: in essa, pertanto, si profila una interferenza fra materie di competenza statale e materie di competenza regionale, che, tuttavia, «si atteggia in modo peculiare, non realizzandosi normalmente in un intreccio in senso stretto», ma con la «prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa» (sentenza n. 401 del 2007) in relazione agli oggetti riconducibili alla competenza esclusiva statale, esercitata con le norme recate dal d.lgs. n. 163 del 2006. Quanto alla identificazione dei predetti “ambiti di legislazione”, è stato inoltre precisato che la disciplina delle procedure di gara e, in particolare, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione, ivi compresi quelli che devono presiedere all'attività di progettazione, mirano a garantire che le medesime si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza e parità di trattamento (sentenze n. 431 e n. 401 del 2007). Esse, in quanto volte a consentire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti, sono riconducibili all'ambito della tutela della concorrenza, di esclusiva competenza del legislatore statale (sentenze n. 401 del 2007, n. 345 del 2004), che ha titolo pertanto a porre in essere una disciplina integrale e dettagliata delle richiamate procedure (adottata con il citato d.lgs. n. 163 del 2006), la quale, avendo ad oggetto il mercato di riferimento delle attività economiche, può influire anche su materie attribuite alla competenza legislativa delle Regioni (sentenza n. 430 del 2007). Analogamente, la Corte ha riconosciuto che «la

fase negoziale dei contratti della pubblica amministrazione, che ricomprende l'intera disciplina di esecuzione del rapporto contrattuale, incluso l'istituto del collaudo, si connota per la normale mancanza di poteri autoritativi in capo al soggetto pubblico, sostituiti dall'esercizio di autonomie negoziali e deve essere ascritta all'ambito materiale dell'ordinamento civile» (sentenza n. 401 del 2007), di competenza esclusiva del legislatore statale, che l'ha esercitata, anche in tal caso, adottando le disposizioni del predetto d.lgs. n. 163 del 2006.

Orbene, con riguardo al rapporto tra competenza legislativa statale e corrispondente potere normativo primario nelle regioni a Statuto speciale, si osserva come, sulla base di tali indicazioni, deve leggersi l'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006, il quale, nella parte in cui stabilisce che «le Regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione», impone anche alle Regioni ad autonomia speciale (in assenso di norme statutarie attributive di competenze nelle materie cui afferiscono le norme del Codice dei contratti) di conformare la propria legislazione in materia di appalti pubblici a quanto stabilito dal Codice stesso.

Appare pertanto decisivo il riferimento alle norme statutarie attributive di competenze nelle materie cui afferiscono le norme del Codice dei contratti; tanto è vero che nel caso sottoposto all'esame della Corte costituzionale, questa ha premesso che lo statuto della Regione Sardegna, all'art. 3, lettera e), attribuisce alla medesima una competenza legislativa primaria in materia di lavori pubblici di interesse regionale, alla quale, quindi, non appartengono le norme relative alle procedure di gara ed all'esecuzione del rapporto contrattuale: tali settori sono oggetto delle disposizioni del citato Codice, alle quali, pertanto, il legislatore regionale avrebbe dovuto adeguarsi. Donde la conclusione per cui, avendo La Regione Sardegna, con le norme impugnate, legiferato in ambiti già espressamente ricondotti, dalla stessa Corte, per un verso, alla materia della “tutela della concorrenza”, per altro verso, alla materia dell’“ordinamento civile”, dettando una disciplina difforme rispetto a quella stabilita dal legislatore statale con il d.lgs. n. 163 del 2006, nell'esercizio delle proprie competenze esclusive, senza adempiere all'obbligo di adeguamento - tutte le impugnate norme regionali sono costituzionalmente illegittime per violazione dell'art. 3, lettera e), dello statuto, in quanto stabiliscono una disciplina difforme da quella nazionale, alla quale avrebbero dovuto adeguarsi alla stregua dell'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006, in materie, quelle della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile, estranee alla competenza legislativa regionale e riservate viceversa allo Stato.

Ulteriori e recenti spunti in tal senso possono essere tratti dalle sentenze **Corte Costituzionale nn. 45 e n. 221 del 2010**: la prima dichiara l'illegittimità costituzionale di un a serie di norma della l. prov. n. 10 del 2008, nella parte in cui, sostituendo l'art. 1, commi 6, l. della Provincia autonoma di Trento 10 settembre 1993 n. 26, reca una disciplina in contrasto con i principi contenuti nel del codice degli appalti, dettati dal legislatore statale in attuazione della normativa comunitaria a tutela della concorrenza. La seconda dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 5, lettera a), della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia, 4 giugno 2009, n. 11 (laddove prevede la non essenzialità della progettazione preliminare, considerandola assorbita nell'approvazione dell'elenco annuale dei lavori) per contrasto con l'art. 93 del d.lgs. n. 163 del 2006, (ritenuta elemento coesistente alla riforma economico-sociale con la conseguenza che essa opera come limite all'attività legislativa regionale), nella parte in cui, prevedendo che la progettazione in materia di lavori pubblici si articola, secondo tre livelli di successivi approfondimenti tecnici, in preliminare, definitiva ed esecutiva, con tale articolazione persegue il fine di assicurare la qualità dell'opera e la rispondenza alle finalità relative alla conformità alle norme ambientali e urbanistiche, nonché il soddisfacimento dei requisiti

essenziali, definiti dal quadro normativo nazionale e comunitario.

Con tali decisioni la Corte Costituzionale ha sviluppato le successive linee fondamentali del riparto delle competenze legislative nel settore degli appalti pubblici tra Stato e Regioni a Statuto speciale. Ed, invero, pur in presenza di una specifica attribuzione statutaria di competenza regionale esclusiva in materia di lavori pubblici – per cui, non contemplando il novellato Titolo V della parte II della Costituzione la materia «lavori pubblici», trova applicazione, in base all'art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 recante «Modifiche al Titolo V della parte II della Costituzione», la previsione statutaria in questione- Ciò, tuttavia, non comporta che - in relazione alla disciplina dei contratti di appalto che incidono nel territorio della Regione - la legislazione regionale sia libera di esplicarsi senza alcun vincolo e che non trovino applicazione le disposizioni di principio contenute nel primo menzionato «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE».

In questa prospettiva vengono in rilievo in primo luogo i limiti derivanti dal rispetto dei principi della tutela della concorrenza, strumentali ad assicurare le libertà comunitarie, e quindi le disposizioni contenute nel Codice degli appalti pubblici che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello dell'Unione Europea. Peraltro anche le Regioni ad autonomia rafforzata sono vincolate in base all'art. 117, 1° comma della Costituzione al rispetto degli obblighi internazionali ai quali sono riconducibili i principi generali del diritto comunitario e delle disposizioni contenute nel Trattato del 25 marzo 1957 istitutivo della Comunità Europea, ora ridenominato, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, e, in particolare, di quelle che tutelano la concorrenza (sentenza C.C. n. 45/2010). Ed, invero - posto che come dianzi illustrato, la nozione di concorrenza di cui al secondo comma, lett. e) dell'art. 117 della Costituzione «non può che riflettere quella operante in ambito comunitario»; e che, avuto riguardo al diritto comunitario, devono essere ricomprese in tale nozione «le disposizioni legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da assicurare "la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici"» (sentenza n. 401/2007) - nello specifico settore degli appalti vengono altresì in rilievo tutte le disposizioni che «disciplinando la fase prodromica alla stipulazione del contratto si qualificano per le finalità perseguite di assicurare la concorrenza «per» il mercato e che tendono a tutelare essenzialmente i principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi (artt. da 28 a 32, da 34 a 37, da 45 a 54, da 56 a 66 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea)» (sentenza n. 45 del 2010). Sul punto quindi la Regione a Statuto speciale, nel dettare norme in materia di lavori pubblici di interesse regionale, pur esercitando una competenza esclusiva specificamente attribuita dallo Statuto di autonomia «deve non di meno rispettare, con riferimento soprattutto alla disciplina della fase del procedimento amministrativo di evidenza pubblica, i principi della tutela della concorrenza strumentali ad assicurare le libertà comunitarie e dunque le disposizioni contenute nel Codice degli appalti che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste al livello europeo» e che sono espressione dei principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e delle norme di riforme economico-sociale (sentenza n. 45/2010).

Nella successiva pronuncia, la stessa Corte, inoltre, ha avuto modo di chiarire che al Codice degli appalti pubblici deve essere riconosciuto il carattere sostanziale di norma fondamentale di riforma economico-sociale in quanto ha comportato una complessiva e profonda innovazione normativa in un settore che assume importanza nazionale e che richiede l'attuazione di principi uniformi su tutto il territorio del Paese, atteso che questi ultimi comportano, tra l'altro, l'omogeneità e la trasparenza delle procedure, l'uniforme qualificazione dei soggetti, la libera concorrenza degli operatori in un mercato senza restrizioni regionali. Le norme del predetto Codice che attengono, da un lato alla scelta del

contraente (alla procedura di affidamento) e, dall'altro, al perfezionamento del vincolo negoziale e alla correlata sua esecuzione, costituiscono un legittimo limite all'esplicarsi della potestà legislativa esclusiva della Regione. Questa quindi si ritiene non possa adottare, per quanto riguarda la tutela della concorrenza, una disciplina con contenuti difformi da quella assicurata dal legislatore statale con il decreto legislativo n. 163 del 2006, in attuazione delle prescrizioni poste dall'U.E. (sentenza C.C. n. 221/2010).

Per quanto concerne la disciplina siciliana in materia di lavori pubblici, deve ricordarsi che questi ultimi nello Statuto della Regione Sicilia, approvato con legge costituzionale, sono indicati quale materia di legislazione esclusiva regionale.

Cosicché quando il legislatore regionale ha operato il rinvio alla normativa nazionale di settore (titolo I, art. 1, comma 1, della legge 7/2002), costituita prima di tutto dalla legge n. 109 dell'11 febbraio 1994, lo ha fatto contestualmente individuando alcune eccezioni o aree di non recepimento della normativa nazionale; contestualmente modificando, sostituendo o integrando specifiche parti della normativa nazionale; disponendo in via generale, per quanto concerne gli strumenti diversi dalla legge n. 109/94, la non applicabilità nel territorio della Regione di quelle parti incompatibili con la disciplina posta nella stessa legge regionale; e soprattutto disponendo l'applicazione della normativa nazionale "nel testo vigente alla data di approvazione della presente legge" (n. 7/2002).

In virtù dell'ultima condizione, il rinvio operato risulta dunque di carattere statico, cd. rinvio recettizio, il quale ha come conseguenza fondamentale l'invarianza – in linea di principio – della normativa recepita rispetto alle modifiche apportate alla fonte originaria.

Peraltro, occorre ricordare come in tempi recentissimi l'Assemblea Regionale Siciliana, **il 13 luglio 2010, ha approvato la L.R. Sicilia n. 16/2010**, dal titolo «Modifiche ed integrazioni alla normativa regionale in materia i appalti» e dalla dichiarata finalità di adeguamento della disciplina regionale degli appalti di opere pubbliche alle disposizioni di principio del Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Nondimeno, si segnala, nella prospettiva qui esaminata, che il Commissario dello Stato ha presentato ricorso avverso una serie di norme presenti in tale novella in quanto ritenute costituzionalmente illegittime per violazione dell'art. 14, lett. g) dello Statuto Speciale e dell'art. 117, comma 2, lett. e) della Costituzione in quanto incidono sulle procedure di selezione dei concorrenti e di affidamento stabilendo una disciplina autonoma, in taluni casi anche difforme, da quella nazionale, cui avrebbero dovuto adeguarsi in materia di tutela della concorrenza, intervenendo in un settore estraneo alla competenza legislativa regionale e riservato viceversa, allo Stato.

In particolare, per un verso, le disposizioni contenute nell'art. 3, comma 1 lett. d), e), f) e g), e nell'art. 4, commi 5, 6, 7 e 8, - nel prevedere rispettivamente, da un lato, che non è soggetto a ribasso d'asta il costo del lavoro e nell'escludere giustificazioni ai fini di quanto disposto dal comma 1-bis 2 inerenti allo stesso e, dall'altro, che, in tema di valutazione dell'anomalia delle offerte, le giustificazioni siano presentate dai concorrenti già in sede di gara - si pongono in evidente contrasto sia con quanto previsto dall'art. 87, comma 2, lett. g) del Codice degli appalti, che considera il suddetto costo oggetto di eventuale giustificazione da parte dell'offerente in caso di offerte anormalmente; sia con l'art. 86 del Codice degli appalti e con l'art. 55 della Direttiva europea 2004/18/CE (articoli questi del decreto legislativo n. 163 del 2006 ritenuti da codesta Corte espressamente vincolanti per le Regioni con le sentenze n. 431/2007 e n. 322 del 2008). Per altro verso, si rileva che le disposizioni contenute nell'art. 3, comma 1, lett. g) e nell'art. 4, commi 5, 6, 7 e 8, sebbene riproducano sostanzialmente le corrispondenti norme statali di cui all'art. 7, comma 1, lett. e) del d.P.R. n. 34/2000 e all'art. 11, commi 9, 10, 10-bis e 10-ter del d.lgs. n. 163 del 2006, così come modificato dall'art. 1 del d.lgs. n. 53/2010 in tema rispettivamente di qualificazione e di aggiudicazione, vertendo entrambi in materia

riconducibile alla concorrenza, sono da ritenersi di esclusiva competenza dello Stato e precluse a qualsiasi forma d'intervento del legislatore regionale. Ciò sull'assunto per cui "Non può invero ritenersi ammissibile che il legislatore regionale, privo della competenza nella materia «de qua» per le ragioni prima esposte, possa operare un sostanziale recepimento delle disposizioni statali senza però prevedere al contempo che il recepimento stesso disponga l'indispensabile rinvio dinamico alla eventuale legislazione nazionale successivamente introdotta, e ciò al fine di evitare che in tale ipotesi possano essere in vigore normative difformi «medio tempore» in attesa del necessario adeguamento alla nuova disciplina".

2. La giurisprudenza della CGCE in tema di soggetti ammessi a partecipare e requisiti di partecipazione. Questioni problematiche in materia di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed offerte anomale.

Nella struttura del bando di gara vengono in rilievo in primo luogo le cc.dd. prescrizioni di carattere soggettivo, che si articolano in due complementari dimensioni prospettiche: da un lato, la determinazione di quali soggetti siano abilitati a partecipare; dall'altro, quali requisiti questi partecipanti debbano possedere e dimostrare.

E che questa sia la ricostruzione corretta della tematica che stiamo affrontando è oggi confermata, a livello legislativo, dal Codice dei Contratti Pubblici che segue proprio questa partizione dei bandi di gara. Il Capo II del D.Lgs. 163/2006, agli artt. 34 e ss., ha ad oggetto: "Requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento" e si compone di due ordini di norme: gli articoli da 34 a 37 indicano chi può partecipare; gli articoli da 37 in poi individuano i requisiti e la documentazione che si devono rispettivamente possedere e produrre.

Quindi il modello prima illustrato e descritto in sede teorica oggi si presenta come recepito a livello legislativo. In particolare, poi, l'art. 34 ha come rubrica "Soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici" e consiste in un elenco contenente l'indicazione delle categorie di soggetti che possono partecipare alle gare e, quindi, divenire aggiudicatari di un contratto. La norma considera, tra gli altri, gli imprenditori individuali o in forma societaria, i consorzi, i raggruppamenti temporanei d'impresa, il gruppo europeo di interesse economico, le società cooperative. Inizialmente, l'articolo in questione contemplava, nel suo primo capoverso, il fenomeno del collegamento tra concorrenti nella duplice dimensione giuridico-formale e materiale-fattuale, in quanto considerato alla stregua di una limitazione alla partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica.

Su queste due "anime" della norma è intervenuta la legislazione correttiva ed in entrambi i casi per dar seguito ai critici rilievi avanzati al riguardo in sede comunitaria.

Quanto al primo comma, si segnala l'aggiunta che a questa norma ha apportato il D.Lgs. 152/08 che ha inserito in questo catalogo una lettera f bis), prevedendo che, oltre a tutti quelli già menzionati, devono poter partecipare alle gare anche gli operatori economici ai sensi dell'art. 3 comma 22 del decreto, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi. Il senso di questa modifica è immediato: tutto il terzo decreto correttivo costituisce il chiaro tentativo del legislatore italiano di sfuggire all'ennesima procedura di infrazione che l'Unione Europea ha avviato nei confronti dell'Italia in presenza di una disciplina normativa non conforme al diritto comunitario. Nel gennaio 2008, con lettera indirizzata al Ministro degli Esteri dell'epoca, la Commissione Europea ha evidenziato tutta una serie di norme del Codice dei Contratti Pubblici non in linea con il diritto comunitario (segnatamente con le direttive nn. 17 e 18 del 2004). Tra queste norme figurava anche l'art. 34 per il seguente rilievo: tale disposizione afferma che possono partecipare alle procedure ad evidenza pubblica, tra gli altri, gli imprenditori individuali o in forma societaria secondo la legge italiana; i consorzi secondo il codice civile; i raggruppamenti di imprese previsti dalla nostra legislazione; ecc. Ma è chiaro che in un contesto comunitario non si può discriminare in base alla legislazione di appartenenza perché – ed è questo il dato che interessa – secondo la Comunità Europea ciò che conta non è la veste formale di chi partecipa, ma il possesso sostanziale dei requisiti di affidabilità necessari. Quindi, non è possibile operare distinzioni in base alla qualificazione formale rivestita.

Quanto al secondo comma, si registra lo "spostamento" della tematica del collegamento tra concorrenti dall'art. 34 all'art. 38 del Codice Contratti e, di conseguenza, la diversa

rilevanza che esso assume in quanto non più riferito astrattamente al novero dei potenziali affidatari di appalti pubblici, ma inerente al diverso profilo delle dichiarazioni da rendere in ordine al concreto possesso dei requisiti generali (lettera m-quater).

Appare dunque evidente, nella prospettiva di questa trattazione, lo speciale interesse che presenta tale tematica, in quanto ancora una volta esemplificativa della più generale questione della definizione dei rapporti reciproci fra i diversi sistemi normativi convergenti sulla materia degli appalti pubblici e del rapporto tra le posizioni ermeneutiche assunte dai diversi organi giurisdizionali.

2.1. Il catalogo degli operatori economici ammessi alle procedure ad evidenza pubblica.

Il tema di fondo concerne la possibilità per il bando di derogare alla previsione di cui al citato art. 34 Codice Appalti e, quindi in una prima declinazione della questione, impedire a taluno di questi soggetti di partecipare ad una gara di appalto; in altri termini, si tratta del problema relativo alla possibilità di riconoscere alla *lex specialis* di gara una capacità derogatoria in *peius*. In secondo luogo e soprattutto, si tratta di chiarire se, inversamente, il bando possa ammettere la partecipazione di soggetti ulteriori e distinti rispetto a quelli enucleati nella norma de qua.

Può essere utile al riguardo ribadire il principio generale per cui non è affatto detto che le norme di legge siano sempre e comunque inderogabili. Le norme di legge sono imperative, quelle di diritto pubblico in particolare, ma possono ben essere arricchite dalla previsione di atti amministrativi. In altri termini, il bando di gara si ritiene legittimato ad introdurre ulteriori prescrizioni rispetto a quelle minime che la legge indica per la procedura; la giurisprudenza ammette che ciascuna stazione appaltante, in base alle proprie esigenze, possa arricchire il contenuto del bando con ulteriori prescrizioni, solo che queste siano proporzionate, adeguate e ragionevoli rispetto all'oggetto dell'appalto. Quindi certamente il bando può "personalizzare" la gara ma solo entro limiti di ragionevolezza e salva l'inderogabilità di specifiche norme, perché non sempre la legge consente deroghe.

Così, tornando alla descritta problematica, sorge la questione relativa alla legittimità di un bando di gara che, riducendo il novero dei potenziali partecipanti alla procedura, escluda taluna di queste ipotesi legislativamente considerate dal citato art. 34, primo comma, D. lgs. n. 163/2006.

Assume al riguardo una portata paradigmatica la vicenda esaminata e decisa dal **Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania - Prima Sezione Napoli - con la sentenza n. 1622/2005**, relativamente ad una controversia avente ad oggetto un bando per l'appalto di servizio di vigilanza armata nei locali pubblici in cui si escludeva la possibilità che partecipassero più soggetti in raggruppamento temporaneo d'impresa. Come noto, sia la normativa ante Codice dei contratti pubblici, sia quest'ultimo agli artt. 37 e 34, comma primo, lettera d), prevedono che l'imprenditore, sia individuale che societario, possa partecipare da solo alla gara oppure possa accordarsi con altre imprese per parteciparvi in forma associata. A differenza del consorzio, questa unione è temporanea, cioè è finalizzata soltanto a quella specifica procedura di gara.. La funzione del raggruppamento, così come accade per l'avvalimento e per il subappalto, è proprio quella di stimolare la cooperazione tra le imprese per aumentare la platea dei potenziali concorrenti. Di qui la questione volta a stabilire se sia legittimo, come nel caso suddetto, un bando che faccia divieto di partecipare raggruppati: la sentenza, annullando il bando – subito impugnato perché immediatamente lesivo – ha affermato l'illegittimità di questa scelta amministrativa, da un lato perché la norma prevede che possono partecipare alle gare anche i soggetti raggruppati senza far salva la diversa volontà dell'amministrazione, dall'altro perché il favor participationis, cioè di massima apertura, è un principio immanente nel nostro

ordinamento. In particolare, il giudice amministrativo partenopeo – dopo aver respinto le eccezioni in ordine all'asserita irritalità dell'impugnazione del bando evidenziando l'inconferenza del richiamo ai noti e suestposti principi giurisprudenziali che, per un verso, impongono l'immediata impugnazione delle clausole di bando immediatamente lesive e, per altro verso, escludono l'impugnazione ora per allora di siffatti atti a seguito dell'esito della gara, dovendosi rilevare che, in disparte la qualificazione come tali delle clausole contestate, nel caso di specie si è comunque in presenza di un autonomo, tempestivo e rituale gravame sul punto - nel merito giudica il ricorso è fondato con riguardo l'assorbente profilo connesso alla evidente illegittimità della previsione di *lex specialis* in relazione all'immotivato divieto di partecipazione in ATI alla gara de qua.

Ed, invero, in termini generali viene ribadito che la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo ripetutamente di affermare che, ai sensi del combinato disposto dell'art. 10 comma 1, d.lg. 24 luglio 1992 n. 358, e dell'art. 11 comma 1, d.lg. 17 marzo 1995 n. 157, è illegittima la clausola del bando di gara per l'affidamento di servizi che escluda la partecipazione dei raggruppamenti temporanei di imprese.

Nel caso di specie la *lex specialis* non solo diverge apertamente dalle richiamati principi (sicché, regolarmente impugnata, è in contrasto in parte qua sia con l'art. 11 del D. Lgs. 17.3.1995 n. 157, che ammette la partecipazione sia delle ATI costituite sia di quelle costituende, sia con l'art. 26, par. 1, della direttiva 92/50 CEE, il quale vieta che l'ordinamento statale possa imporre alle imprese offerenti particolari vesti giuridiche) ma omette qualsivoglia determinazione motivazionale sul punto, limitandosi a disporre che non saranno ammesse alla gara le associazioni temporanee d'impresa o i consorzi comunque costituiti.

Deve invece osservarsi come proprio in relazione alla concreta tipologia di servizio in esame (sicurezza e vigilanza privata), da un lato, si è escluso che una ragione di divieto alla partecipazione associata potesse essere fondata sul peculiare regime cui tali imprese sono assoggettate, rilevandosi in particolare che l'articolo 8 del T.U.L.P.S. – nel disporre che "le autorizzazioni di polizia sono personali non possono, in alcun modo essere trasmesse né dar luogo a rapporti di rappresentanza, salvi i casi espressamente previsti dalla legge", - non impedisce la costituzione di ATI purché ovviamente sia la capogruppo, sia gli altri partecipanti all'associazione temporanea di imprese, siano singolarmente muniti delle prescritte autorizzazioni, e come tali abilitati allo svolgimento, nei propri ambiti territoriali, dei servizi oggetto dell'appalto, senza che sia configurabile alcuna trasmissione del titolo autorizzatorio. La disposizione in esame afferma, evidentemente, alla fase - diversa rispetto a quella della gara - del successivo esercizio dell'attività autorizzata, così come confermato dal secondo comma, secondo cui "nei casi in cui è consentita la rappresentanza nell'esercizio di una autorizzazione di polizia, il rappresentante deve possedere i requisiti necessari per conseguire l'autorizzazione...".

Anche sotto tale profilo, dunque, - precisa il Tar campano, il disposto divieto appare non conferente, in quanto l'attribuzione, da parte delle imprese associate, di un mandato di rappresentanza irrevocabile alla capogruppo concerne esclusivamente la fase di gara ed i rapporti con la stazione appaltante, non incidendo sulla diretta riferibilità dei diversi servizi di vigilanza alle singole imprese che li esercitano e che ne sono, conseguentemente, pienamente responsabili dinanzi all'Autorità di polizia che ha rilasciato loro la relativa autorizzazione.

Di qui la conclusione nel senso anche dalla inidoneità della richiamata disposizione a fondare il divieto dell'associazione temporanea di impresa, da cui discende ulteriormente l'illegittimità della clausola di bando per violazione dei richiamati principi che ammettono, in mancanza di espresso divieto, il ricorso a tale strumento.

Per altro verso, poi, sul piano assiologico e della *ratio legis*., merita una specifica sottolineatura il passaggio motivazionale per cui la peculiare realtà di un mercato

caratterizzato da un numero limitato di imprese astrattamente e potenzialmente idonee a partecipare al servizio in questione, nonché dall'esistenza di un regime di rigida predeterminazione dei fattori tecnico-organizzativi dell'attività di impresa e delle relative tariffe, da un lato, evidenzia ulteriormente la necessità e l'opportunità di consentire forme di partecipazione associata; e, dall'altro, impone una rigorosa e ferma distinzione tra la determinazione dei requisiti di partecipazione e la definizione dei parametri di valutazione delle offerte, atteso che l'equivoca commistione di tali distinte fasi e dei relativi criteri incide negativamente sull'esito di gara, al pari dell'obbligo di concorrere in forma singola.

2.1.1. L'ampliamento del catalogo soggettivo nella giurisprudenza amministrativa di primo grado. Più delicata è la seconda questione, relativa alla possibilità di derogare melius questa norma ovvero alla legittimità di prescrizioni di bando di gara che ammette non alla procedura soggetti ulteriori rispetto a quelli di legge.

Al riguardo si registrano diversi indirizzi giurisprudenziali, ma la questione resta aperta e non ancora portata a soluzione, ancorché autorevolmente indirizzata in tempi recentissimi dal giudice comunitario, con indicazioni già prontamente recepite dalla giurisprudenza amministrativa e dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici.

I problemi riguardano soprattutto, per un verso, le associazioni di volontariato, le ONLUS e tutti quei soggetti che svolgono attività di erogazione di servizi senza conformarsi allo statuto codicistico dell'impresa (ad esempio le fondazioni, magari correlate a banche o assicurazioni); per altro verso, a soggetti pubblici (amministrazioni o consorzi di enti pubblici), stabilmente operanti sul mercato nella produzione di servizi e forniture ma istituzionalmente sottratti alla logica d'impresa propria della ricerca del profitto e della divisione degli utili. Si tratta, in altri termini, di soggetti che non sono imprenditori in senso tecnico perché non perseguono un profitto per ridistribuirne l'utilità tra i soci o tra gli appartenenti. Per definizione, le associazioni di volontariato e le ONLUS non perseguono finalità lucrative; analogamente la fondazione è semplicemente un patrimonio personificato per uno scopo di utilità sociale; tuttavia, questi soggetti operano in settori nei quali l'amministrazione agisce con bandi di gara per l'aggiudicazione di servizi pubblici..

Possono siffatti soggetti partecipare alle gare? Il bando che consente anche a questi di partecipare, ampliando la previsione legislativa perché non esiste nell'art. 34, opera in modo legittimo o meno? Sul punto bisogna intendersi in via preliminare sulla natura dell'art. 34 cit.: se si afferma che l'elenco ivi contenuto configura un *numerus clausus*, un elenco tipico e tassativo di fattispecie, è evidente che chi non vi rientra non è legittimato a partecipare e l'eventuale clausola di bando che lo prevedesse sarebbe *contra legem*. Se, invece, si sostiene che l'elenco è esemplificativo, cioè individua ordinariamente la tipologia di concorrente senza però esaurirne la catalogazione, dovremmo riconoscere che ben può il bando, nei limiti della ragionevolezza e della proporzionalità, ampliare l'ambito soggettivo di partecipazione all'evidenza pubblica.

In secondo luogo, occorre chiarire la portata, con specifico riferimento alle procedure ad evidenza pubblica, che assume la nozione di imprenditore ex art. 2082 del codice civile, ai sensi del quale tale è colui che esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.

I due argomenti, sulla scorta della giurisprudenza anche anteriore al Codice dei Contratti che concludeva per la tesi negativa², troverebbero poi una saldatura logico-assiologica nel

2 Tra le altre, Tar Campania - Napoli, Sezione I, 21 marzo 2006, n. 3109, Tar Piemonte, Sezione II, 12 giugno 2006, n. 1604, Tar Basilicata, Sezione I, 6 dicembre 2005, n. 1011, Tar Puglia-Lecce, Sezione II, 5 settembre 2003 e Tar Lombardia-Milano, Sezione III, 9 marzo 2000, n. 1869, che, inaugurando con specifico riguardo ad una gara indetta per l'appalto di servizi di trasporto di malati e trasporto esterno diurno dei degenti, l'orientamento ostativo alla partecipazione delle organizzazioni di volontariato agli appalti, precisò

dato per cui l'opzione legislativa interna di escludere soggetti privi della qualità di imprenditore e non perseguiti lo scopo di lucro dalle procedure di pubblici appalti risiede nell'esigenza di evitare che costoro concorrano con gli imprenditori veri e propri, creando in tal modo una distorsione della concorrenza, contraria ai principi del Trattato UE.

Orbene, su questa questione della natura chiusa o meno dell'elencazione di cui all'art. 34, come accennato, vi sono orientamenti non univoci in giurisprudenza amministrativa. Nel senso dell'eshaustività dell'elencazione si è espresso paradogmaticamente il T.A.R. del Lazio III Sez. di Roma con sentenza n. 7591 del 2008. La massima ivi elaborata, che è espressione del principio, afferma che "L'elencazione dei soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici contenuto nell'art. 34 del d. lgs. 163/06 deve ritenersi tassativa. Infatti, l'elencazione espressa di una serie di ipotesi tra cui le cooperative, i consorzi, il gruppo europeo di interesse economico che pure potrebbero rientrare latamente in un concetto di impresa induce a ritenere che le singole previsioni facciano riferimento allo specifico istituto come regolamentato nell'ordinamento giuridico e che non ci sia spazio per una interpretazione estensiva. Sulla premessa che quindi si tratta di norma tassativa, eccezionale e come tale insuscettibile di applicazione analogica o estensiva, si è concluso nel senso che nel caso di specie, non possono, quindi, essere ammesse a partecipare alle gare pubbliche, in mancanza di una espressa previsione, le

che "Le associazioni di volontariato non possono partecipare in regime di concorrenza a pubbliche gare, atteso che la L. 11.8.1991, n. 266 individua l'attività di volontariato come una prestazione personale, spontanea e gratuita da svolgere esclusivamente senza fini di lucro, salvo il rimborso delle spese sostenute, con conseguente incompatibilità con qualsiasi forma di rapporto di lavoro subordinato od autonomo e con ogni altro rapporto a contenuto patrimoniale con l'organizzazione di cui il volontario fa parte. Rilevante altresì la pronuncia Tar Basilicata, Sezione I, 6 dicembre 2005, n. 1011, a mente della quale problema di turbativa al principio (sia comunitario che nazionale) della libera concorrenza si pone soltanto nel caso di partecipazione ai procedimenti di evidenza delle Associazioni ONLUS, in quanto la partecipazione alle gare di tali Associazioni provocherebbe una grave alterazione delle logiche di mercato, poiché le Associazioni ONLUS, non esplicitando un'attività istituzionale di natura commerciale (infatti non sono iscritte nemmeno alla CCIAA), godono di particolari e vantaggiosissime agevolazioni fiscali (cfr. artt. 111, 111 bis e 111 ter DPR n. 917/1987 e le norme in materia di esenzione IVA), che sono giustificate soltanto se l'attività di tali Associazioni si esplica non in competizione con le ditte commerciali, ma in una logica di apporto ausiliario alle finalità istituzionali della Pubblica Amministrazione nel campo dell'assistenza sociale o sanitaria". Sul fronte (apparentemente) opposto merita menzione la nota sentenza del Consiglio di Stato n° 2785 del 2003, la quale si riferiva alla disciplina del dlgs. n. 157/95 e dalla direttiva CEE 92/50 del 18 giugno 1992, che considerava prestatori di servizi "le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici che forniscono servizi"; secondo il Consiglio di Stato già tale previsione comportava una limitazione dei soggetti ammessi tale da escludere ad esempio le associazioni non riconosciute. In particolare, secondo le affermazioni del Consiglio di Stato, pur non potendosi intendere la previsione comunitaria come assolutamente preclusiva della partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica di soggetti di diritto diversi da quelli ivi espressamente elencati (tenuto conto della peculiarità degli ordinamenti nazionali nella complessa materia della regolamentazione della soggettività giuridica), l'espressa catalogazione dei tipi di soggetti legittimati alla conclusione dei contratti in questione assume il chiaro significato di una limitazione soggettiva nell'accesso alla contrattazione con le amministrazioni aggiudicatrici e che un'interpretazione che estenda indistintamente la qualità di prestatore di servizi a qualsiasi soggetto giuridico che nel mercato di riferimento offre quella prestazione dovrebbe essere rifiutata in quanto contraria al canone ermeneutico che preclude l'assegnazione di un significato che impedisce alla disposizione di produrre qualsiasi utile effetto (posto che in quel caso l'indicazione dei soggetti titolati si rivelerebbe del tutto pleonastica).va peraltro soggiunto che secondo il Consiglio di Stato in via interpretativa, si doveva riconoscere nella disposizione in esame, per come formulata, la ratio di circoscrivere il novero dei soggetti ammessi alla contrattazione con le amministrazioni aggiudicatrici (nella materia degli appalti pubblici di servizi) a quelli che, secondo la disciplina degli Stati membri, garantiscono, per un verso, un sicuro regime di responsabilità, personale e patrimoniale, e di imputazione degli effetti del contratto (così dovendosi intendere il riferimento, in qualche modo limitativo, alle persone fisiche e giuridiche) e, per un altro, una evidente capacità all'esercizio dell'attività d'impresa (nella quale si risolve la prestazione di un servizio in favore di un'amministrazione), cosa che nel caso di specie escludeva trattandosi di una associazione non riconosciuta.

fondazioni, le quali, ai sensi degli art. 14 ss. c.c. e secondo le ricostruzioni dottrinarie prevalenti costituiscono soggetti costituiti da un patrimonio personificato dall'ordinamento per la realizzazione di uno scopo determinato considerato di utilità sociale". Questa è la posizione del T.A.R. del Lazio: l'art. 34 contiene un elenco chiuso, tipico di fattispecie insuscettibile di applicazione estensiva o analogica nemmeno in forza di una previsione di bando di gara, per cui chi non vi rientra, nel caso di specie le fondazioni, non è legittimato a prendere parte agli appalti pubblici.

Argomenti in favore della necessaria lettura non restrittiva della norma in esame, quale opzione ermeneutica di doveroso ossequio al regime comunitario della materia, si traggono dalla sentenza 27 ottobre 2008 n. 1440 del T.A.R. Lombardia, Sez. di Brescia. La decisione è molto interessante perché, al di là di questa specifica questione, affronta il tema sempre delicato della legittimità dell'affidamento in house dei servizi pubblici locali a società costituite dai Comuni con capitale interamente pubblico. Ai fini che qui interessano, occorre segnalare in fatto come, a fronte del ricorso presentato da una Onlus al fine di contestare le determinazioni con le quali l'amministrazione comunale ha rinnovato l'adesione alla gestione associata del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento R.S.U. e differenziata, già affidato in house alla Società contro interessata in ragione dell'insussistenza in concreto del requisito del controllo analogo per l'irrilevanza della partecipazione del Comune e la totale assenza di poteri suscettibili di incidere sull'attività della Società, l'amministrazione resistente ha dedotto la carenza di legittimazione della ricorrente ed il suo difetto di interesse all'impugnazione, poiché una Cooperativa sociale ONLUS senza fini di lucro non può concorrere in un'eventuale gara per l'affidamento del servizio, essendo la procedura competitiva riservata dalla legge in via esclusiva alle Società di capitali (art. 113 comma 5 del D. Lgs. 267/2000 di disciplina della gestione dei servizi pubblici locali, afferma, nel testo all'epoca vigente, alla lett. a) che essi sono conferiti - secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione Europea - a "... società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica".

Occorre tuttavia al riguardo ricordare che detta disciplina è stata recentemente sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia (sez. IV), che con la sentenza 18/12/2007 (procedimento C-357/06) ha dichiarato l'art. 113 comma 5 lett. a) del D. Lgs. 267/2000 - nella parte cui in cui riserva alle sole Società di capitali la partecipazione alle procedure di gara relative all'affidamento dei servizi pubblici locali - contrario alle previsioni del diritto comunitario e, come tale, disapplicabile. La Corte ha sottolineato che, a norma dell'art. 26 n. 2 della direttiva 92/50, le amministrazioni aggiudicatrici non possono escludere i concorrenti idonei ad erogare un determinato servizio "soltanto per il fatto che, a norma delle disposizioni vigenti nello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere o persone fisiche o persone giuridiche". Dalle disposizioni citate "si evince che le amministrazioni aggiudicatrici non possano neppure scartare, da una procedura di gara i candidati od offerenti che, in base alla normativa dello Stato membro, sono autorizzati a fornire il servizio di cui trattasi, soltanto per il fatto che la forma giuridica non corrisponde ad una categoria specifica di persone giuridiche.... Di conseguenza, disposizioni nazionali come quelle di cui trattasi nella causa principale, che limitano l'attribuzione degli appalti di servizi pubblici locali di rilevanza economica il cui valore superi la soglia di applicazione della direttiva 92/50 a società di capitali, non sono compatibili con l'art. 26, n. 2, di tale direttiva" (cfr. punti 21 e 23 sentenza). Il Collegio osserva che l'art. 4 comma 1 della direttiva 2004/18/CE racchiude una norma analoga all'art. 26 n. 2 citato. La sentenza 18/12/2007 ribadisce infine che il giudice nazionale, il quale si trovi di fronte ad una disposizione di diritto interno insuscettibile di un'interpretazione conforme alle prescrizioni del diritto comunitario, ha l'obbligo di applicare integralmente quest'ultimo e di

tutelare i diritti che esso conferisce ai singoli, disapplicando la norma nazionale contraria. Proprio richiamando tali argomenti, il collegio lombardo conclude, per un verso, ricordando che le norme comunitarie di questo tenore sono caratterizzate dall'efficacia diretta, ossia dall'immediata penetrazione nel tessuto nazionale con l'attribuzione ai singoli (persone fisiche e giuridiche) di posizioni soggettive tutelabili innanzi ai giudici nazionali. Ne consegue che i singoli destinatari di diritti riconosciuti dalla fonte comunitaria possono azionarli in sede amministrativa e giurisdizionale, mentre sorge in capo all'autorità giudiziaria e alla pubblica amministrazione il correlativo dovere di dare loro immediata applicazione: la norma interna - anteriore o posteriore - incompatibile con l'ordinamento comunitario deve essere disapplicata dal giudice nazionale nel caso di specie sottoposto alla sua cognizione, senza la necessità di ottenere una preventiva dichiarazione di incostituzionalità. Per altro verso, viene in rilievo proprio il disposto di cui all'art. 34 comma 1 lett. a) del Codice degli appalti pubblici, emanato in attuazione della citata direttiva, stabilisce che "Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati: ..."gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative" Di qui la disapplicazione delle norme interne citate in quanto incompatibili con il diritto comunitario, dovendosi ritenere, nel caso di specie, la ricorrente pienamente legittimata a partecipare alle gare pubbliche per l'affidamento del servizio rifiuti, con conseguente reiezione dell'eccezione sollevata.

Con maggiore aderenza al disposto del citato art. 34, merita un'espressa menzione la decisione resa dal Tar Veneto, Sezione I, con la sentenza 26 marzo 2009, n. 1889, laddove ha trovato limpida condivisione l'opzione ermeneutica per la quale, in nome dell'esigenza di assicurare la più ampia garanzia dei principi di apertura del mercato e della concorrenza, ai fini della partecipazione alle gare di appalti è sufficiente e necessario che l'operatore economico eserciti un'attività economica, ricollegabile oggettivamente ad una capacità di conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, di tal che deve ritenersi ammissibile la partecipazione agli appalti anche a soggetti non qualificabili come "imprenditori", alla luce del diritto interno.

Nel caso di specie, il giudice amministrativo di primo grado era stato chiamato a pronunciarsi sul ricorso presentato da una società semplice avverso il provvedimento di revoca dell'attestato SOA. A sua volta motivato sul dato squisitamente giuridico per cui le società semplici, che sono "costituite per svolgere attività non commerciale, per lo più agricola, o professionale ovvero economica occasionale", sono escluse dalla possibilità di essere qualificate e attestate ai fini della partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti di lavori pubblici, poiché l'art. 10 della legge 11.2.1994 n. 109 indica esclusivamente le società commerciali. Insomma, la ragione esclusiva della menzionata esclusione risiede nel fatto che l'odierna ricorrente è società semplice, laddove il fatto di essere, al contempo, impresa agricola non appare come la ragione determinante di ciò (se non, forse, in via indiretta): la natura di impresa rappresenta, qui, solo un collegamento con la questione principale (per il fatto che, tra le attività tipiche della società semplice, rientra anche l'attività agricola) ma, nel ragionamento dell'Autorità, non si pone come ostativa in sé della partecipazione alle gare de quibus.

Il collegio – dopo aver incidentalmente osservato che il "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE", approvato con D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, mentre, all'art. 34, nell'individuare i soggetti che possono partecipare alle gare di appalto, ripete tal quale l'espressione "società commerciali", all'art. 3.6, nel definire gli appalti pubblici, parla di "contratti a titolo oneroso, stipulati tra una stazione appaltante... e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori..." – prende le mosse nel suo ragionamento dalla considerazione per cui, ai fini della risoluzione della controversia, occorra esaminare le

fonti comunitarie. Al riguardo, ricorda innanzi tutto l'art. 1 della direttiva del Consiglio sui lavori pubblici 93/37/CEE del 14.6.93, dove si definiscono gli appalti pubblici (di lavori) come "contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice... aventi per oggetto l'esecuzione...". Di contenuto analogo è la definizione di "appalti pubblici" che fornisce la direttiva unificata in tema di appalti di lavori, servizi e forniture n. 2004/18/CE: l'art. 1 definisce gli appalti pubblici come "contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici... aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi". È dunque fuori dubbio che le fonti comunitarie in materia di appalti pubblici non richiedono, in capo ai soggetti aspiranti a partecipare alle gare per l'affidamento di appalti pubblici (non solo di lavori) la qualità di impresa (o imprenditore) commerciale, ciò che è un portato esclusivo del nostro ordinamento. La pragmaticità o flessibilità delle norme europee (che non si pongono, a quanto pare, scrupoli di corretta costruzione teorica degli istituti da esse regolati), del resto, è comprovata - per quanto concerne la materia degli appalti pubblici - anche sotto altri profili: così accade che il prestatore di servizi non debba necessariamente, per dette fonti comunitarie, possedere un'organizzazione di impresa, requisito, invece, imprescindibile per il nostro codice civile (art. 1655 c.c.). allo stesso modo, le forniture di prodotti si fanno rientrare nel contratto di appalto, cosa che nel nostro ordinamento, prima dell'impatto con il diritto comunitario, non sembrava certamente corretto, non fosse altro perché il codice disciplina il contratto di fornitura. Le fonti comunitarie richiedono, come requisito necessario per stipulare un contratto di appalto pubblico, la qualità, dapprima, di imprenditore, e, con la direttiva più recente, di "operatore economico", nozione ancora più generica ed estesa del concetto di imprenditore, certamente inclusiva anche dei soggetti che operano, svolgendo attività economica, con la veste di società semplici. Al fine di realizzare un mercato concorrenziale nel settore degli appalti pubblici, insomma, non si pongono veti o preclusioni (non richiedendosi la natura di imprenditore o "impresa commerciale" per stipulare i relativi appalti e, prima ancora, per partecipare alle gare a evidenza pubblica). D'altra parte, viene ribadito l'assunto per cui la normativa interna di recepimento della direttiva "unica" 2004/18/CE in materia di appalti di lavori, servizi e forniture (D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163) parla a sua volta di "operatore economico" (art. 3, comma 6), anche se, più avanti (art. 34.1) fa tuttora riferimento, come già rilevato, alla nozione di "società commerciale". Questa la conclusione del giudice amministrativo veneziano: *rebus sic stantibus*, sembra evidente il contrasto della normativa interna con quella comunitaria, contrasto che non sembra superato nemmeno dal recentissimo "codice dei contratti pubblici" appena citato, il quale reca, come si è visto, definizioni contrastanti. Che la stessa sia interpretabile in senso "evolutivo" (in maniera da adeguare dette norme al contesto comunitario), se potrebbe sembrare in astratto possibile, specialmente sulla base del disposto dell'art. 3 del D.Lgs. n. 163/2006, non sembra soluzione accettabile, dal momento che, sia le norme del codice civile, sia quelle dello stesso "codice dei contratti pubblici" (art. 34) -e, prima, della legge n. 109/94 (art. 10) - rimangono tuttora ancorati alla nozione di impresa o società commerciale quale requisito imprescindibile per la partecipazione alle gare e la stipulazione di contratti di appalto. Né sembra al Collegio opportuno rimettere la questione alla Corte di giustizia con un rinvio per interpretazione, onde chiedere alla CG di pronunciarsi sul punto se la richiamata normativa italiana debba ritenersi in contrasto con la normativa comunitaria, dal momento che, come detto poco addietro, tale contrasto è certamente ravvisabile. D'altronde, troppo stratificate e interiorizzate nel sistema ordinamentale sembrano le norme del nostro ordinamento che distinguono nettamente tra impresa (e società) commerciale e non commerciale, in particolare tra impresa commerciale e impresa agricola, come pure tra società semplice e gli altri tipi di società. Sottoporre ora alla CG la questione della conformità, o meno, di una parte consistente del

nostro ordinamento in materia di società, sembra in qualche modo prematuro, e, in fondo, spropositato rispetto all'entità della materia del contendere nel caso in esame. La controversia, ad avviso del Collegio, va risolta a favore della ricorrente disapplicando le norme e gli atti interni che si pongono in contrasto con le direttive comunitarie. Nella fattispecie, come si è ricordato all'inizio, pacificamente la società ricorrente svolge le attività correlate alle categorie OG13 e OS24. Pacificamente, inoltre, alla stessa può essere riconosciuto il titolo di "operatore economico", nozione certamente più estesa di "società commerciale". Se ciò è vero, disapplicando nei suoi confronti tanto l'art. 10, comma 1 lettera a) della legge n. 109/94, quanto l'art. 34, comma 1, lettera a) del D.Lgs. n. 163/2000, e disapplicando, altresì, al caso di specie il comunicato n. 42 del 24.11.2004 dell'Autorità - norme e comunicato, al più assimilabile ad un atto amministrativo generale, che si pongono in contrasto con le menzionate direttive comunitarie, va annullato l'impugnato provvedimento di "revoca" dell'attestazione SOA con la delibera sub b) dell'epigrafe e la presupposta nota dell'Autorità, recante l'invito a ritirare l'attestazione con conseguenziale ripristino della situazione qua ante, vale a dire dell'attestazione medesima e della connessa possibilità di partecipare alle gare per appalti di lavori di cui alle categorie OG13 e OS24.³ All'opposto, nel senso dell'eshaustività dell'elencazione si è espresso paradigmaticamente il T.A.R. del Lazio III Sez. di Roma con sentenza n. 7591 del 2008. La massima ivi elaborata, che è espressione del principio, afferma che "l'elencazione dei soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici contenuto nell'art. 34 del d. lgs. 163/06 deve ritenersi tassativa. Infatti, l'elencazione espressa di una serie di ipotesi (tra cui le cooperative, i consorzi, il gruppo europeo di interesse economico) che pure potrebbero rientrare latamente in un concetto di impresa induce a ritenere che le singole previsioni facciano riferimento allo specifico istituto come regolamentato nell'ordinamento

³ Il giudice veneto, che ha anche colto l'occasione per rivedere la propria posizione sul merito, ha preso atto della necessità di superare la concezione che della nozione di imprenditore è ricavabile, nell'ordinamento italiano, dal codice civile e le altre leggi fiscali e sul commercio. Tale nozione, infatti, eccessivamente attenta alla finalizzazione delle attività e delle risorse organizzate dall'imprenditore allo scopo dell'utile di impresa, risulta disallineata e contrastante con l'ordinamento europeo. Il quale, invece, deve prevalere sulle regole interne, visto che la concezione di "operatore economico" di stampo comunitaria è molto più ampia, al preciso scopo di garantire un confronto concorrenziale molto esteso. La sentenza dei giudici veneti sottolinea che i parametri della nozione di impresa forniti a livello comunitario prescindono da una particolare fattispecie organizzativa dell'attività imprenditoriale. Ai sensi della disciplina europea, come del resto chiarisce piuttosto bene l'articolo 3, comma 19, del d.lgs 163/2006, è sufficiente che l'operatore economico eserciti un'attività economica, ricollegabile oggettivamente ad una capacità di conseguire la remunerazione dei fattori produttivi. In altre parole, la qualità di impresa deriva dallo svolgimento di attività economiche da cui possa derivare un ricavo, non svolte gratuitamente. Specifica il Tar Veneto che, allo scopo di qualificare l'operatore economico come idoneo o meno a partecipare a procedure d'appalto, rimane giuridicamente irrilevante lo scopo di lucro, elemento psicologico connesso al movente soggettivo che induce l'imprenditore ad esercitare la sua attività. Di conseguenza, il carattere imprenditoriale dell'attività va escluso nel caso in cui essa sia svolta in modo del tutto gratuito. Stando così le cose, se le imprese nell'accezione europea del termine possiedono i requisiti di ordine generale e speciale previsti dai bandi di gara, e svolgono un'attività economica consistente nell'offerta di beni o servizi su un determinato mercato contro retribuzione e con assunzione dei rischi finanziari connessi, possono certamente concorrere con soggetti qualificati come imprenditori ai sensi dell'ordinamento interno. A tale proposito risulta irrilevante, per le Onlus e, comunque, per ogni operatore economico secondo l'accezione discendente dalla direttiva 2004/18, l'iscrizione al registro delle imprese, né il possesso di partita IVA e di posizioni INPS e INAIL attive. Infatti, aggiunge la sentenza del Tar Veneto, l'iscrizione al registro delle imprese non è finalizzata a costituire l'impresa, tanto è vero che l'inosservanza dell'obbligo di iscrizione comporta, ai sensi dell'art. 2194 c.c., la sola irrogazione di una sanzione pecuniaria: sicché l'esclusione dalla gara per la mancanza di questo requisito potrebbe ammettersi solo se il bando lo prevedesse espressamente. Allo stesso modo, la presenza di personale dipendente non è elemento necessario dell'organizzazione imprenditoriale, sicché anche il possesso di posizioni INPS e INAIL non è dirimente per la partecipazione a gare, in particolare se riservate ai soggetti del cosiddetto "terzo settore".

giuridico e che non ci sia spazio per una interpretazione estensiva. Sulla premessa che quindi si tratta di norma tassativa, eccezionale e come tale insuscettibile di applicazione analogica o estensiva, si è concluso nel senso che nel caso di specie, non possono, quindi, essere ammesse a partecipare alle gare pubbliche, in mancanza di una espressa previsione, le fondazioni, le quali, ai sensi degli art. 14 ss. c.c. e secondo le ricostruzioni dottrinarie prevalenti costituiscono soggetti costituiti da un patrimonio personificato dall'ordinamento per la realizzazione di uno scopo determinato considerato di utilità sociale". Questa è la posizione del T.A.R. del Lazio: l'art. 34 cit. contiene un elenco chiuso, tipico di fattispecie, insuscettibile di applicazione estensiva o analogica nemmeno in forza di una previsione di bando di gara: ciò, sul piano letterale-sistematico trova conferma nella sua formulazione letterale, la quale, a consapevole differenza dei suoi precedenti normativi, elenca in maniera specifica i soggetti ammessi alle gare, di tal che, diversamente dal passato, non si pone in tal caso il problema di una questione interpretativa, anche alla luce della normativa comunitaria. Si deve invece considerare la volontà espressa del legislatore di limitare l'accesso alle gare a soggetti determinati a garanzia non solo dell'affidabilità dei soggetti partecipanti, ma anche e soprattutto della concorrenza. In ogni caso, l'art. 4 della direttiva n° 18 del 2004 prevede che i candidati o gli offerenti che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche. Tale norma impedisce ai legislatori nazionali di introdurre limitazioni relative al possesso di un requisito formale, come la personalità giuridica, ma non impedisce le limitazioni che riguardino il profilo sostanziale dei partecipanti, come appunto quello dei soggetti che perseguono particolari finalità che gli attribuiscono, inoltre, nell'ordinamento nazionale, un regime di favore.

Sul versante assiologico-funzionale, la scelta limitativa del legislatore interno deriva dalla esigenza di evitare che soggetti i quali godono di un particolare regime di favore in forza del vincolo di scopo, basta far riferimento al regime fiscale con la forte riduzione della imposta sulla società, possano partecipare in condizioni di parità con gli altri operatori economici.⁴

4 In altri termini e schematizzando, con specifico riferimento al fenomeno "fondazioni", il Tar del Lazio - accogliendo con citata sentenza il ricorso in ragione della ritenuta fondatezza della censura relativa alla violazione dell'art. 34 del codice dei contratti pubblici approvato con d. lgs. n. 163 del 2006, e cioè la illegittima partecipazione alla gara, nel raggruppamento aggiudicatario, di una fondazione, con assorbimento di tutti gli altri motivi e rigetto della conseguente domanda risarcitoria - ha sviluppato la seguente ratio decidendi:

- l'elencazione dei soggetti ammessi alle gare (art. 34) è tassativa e, in mancanza di espressa previsione, le fondazioni non possono essere ammesse alle gare pubbliche; ciò in quanto esse, ai sensi dell'art. 14 e seguenti c.c., hanno specifiche peculiarità: la rilevanza sociale dello scopo, di carattere non lucrativo, impedisce qualsiasi assimilazione delle fondazioni alle società commerciali, il cui elemento fondamentale è costituito invece dalla divisione degli utili tra i soci;
- la previsione dell'art. 34 del codice si riferisce alla nozione di impresa solo per l'imprenditore individuale, mentre per i soggetti collettivi o personificati, fa riferimento espresso alle società commerciali che, com'è noto, sono i tipi previsti dagli artt. 2291 e segg. c.c.;
- non rileva la sentenza del Consiglio di Stato n. 2785 del 2003, che sembrerebbe ammettere alle gare pubbliche le fondazioni, in quanto decisione precedente alla previsione espressa nell'art. 34 del codice degli appalti;
- la nuova scelta del legislatore del codice di non far partecipare le fondazioni si spiega anche per il regime fiscale di favore di cui esse godono, con conseguenti riflessi sulla parità di condizioni tra i concorrenti;
- infine, nell'ambito della disciplina civilistica è discussa la natura di imprenditore commerciale delle fondazioni, in quanto, anche se svolgono attività di impresa, questa resta collaterale e comunque finalizzata ad uno scopo non di lucro; qualora la fondazione assuma il carattere dell'impresa commerciale ai sensi dell'art. 2082 c.c. sarebbe illegittimo il decreto di riconoscimento e dovrebbe essere disapplicato.

2.1.3. Soggetti del terzo settore e soggetti pubblici nelle decisioni e pareri del Consiglio di Stato. La posizione del Consiglio di Stato, emersa nel corso del 2009, si è anch'essa assestata, nelle prime decisioni, su di una non univoca linea interpretativa, ancorché emerga un diffuso senso di preferenza verso l'opzione estensiva in ragione della sua maggiore compatibilità con l'assetto comunitario.

In primo luogo, appare significativo l'esame della decisione 16 giugno 2009 n. 3897 della Sezione VI del Consiglio di Stato, non solo per la perentorietà delle argomentazioni e delle conclusioni ivi formulate sulla questione de qua; ma anche per le dinamiche processuali che ne hanno portato la statuizione. Ed, inverso, per un verso, i giudici di appello hanno riformato proprio la decisione in primo grado del Tar Lazio Roma, Sezione III 29 luglio 2008, n. 7591, dall'altro, hanno stabilito l'opposto principio di diritto per cui l'elenco di cui al pluricitato art. 34 del d lgs 163/2006, non è affatto tassativo, ma solo esemplificativo: va guardato, infatti, in combinazione con le disposizioni dell'articolo 3, commi 19 e 20 del medesimo Codice dei Contratti pubblici e con le statuizioni della giurisprudenza comunitaria, da anni ormai orientata a garantire la più ampia partecipazione agli appalti pubblici, a garanzia dei principi di concorrenza e di libertà di forma organizzative degli operatori economici.

In particolare, l'assunto per cui l'elencazione dell'art. 34 non può ritenersi tassativa trovi conforto, secondo i giudici di Palazzo Spada, in altre norme del codice degli appalti che definiscono la figura dell'imprenditore o fornitore o prestatore di servizi nell'ambito degli appalti pubblici (art. 3, commi 19 e 20) e nelle disposizioni comunitarie prima richiamate le quali (art. 1, comma 8, 4 e 44 della direttiva 2004/18/CE) indicano che il soggetto abilitato a partecipare alle gare pubbliche è l'"operatore economico" che offre sul mercato lavori, prodotti o servizi, secondo un principio di libertà di forme (persone fisiche o persone giuridiche).

Soprattutto, la giurisprudenza comunitaria ha affermato che per "impresa", pur in mancanza di una sua definizione nel Trattato, va inteso qualsiasi soggetto che eserciti attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento (Sentenza Corte di giustizia 1.7.2008, causa C-49/07, e richiami ivi indicati); che costituisce attività economica qualsiasi attività che consiste nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato (Corte di giustizia 10.1.2006, causa C-222/04 relativa a una fondazione bancaria che sia stata autorizzata dal legislatore nazionale a effettuare operazioni necessarie per la realizzazione degli scopi sociali, tra i quali anche la ricerca, l'educazione, l'arte e la sanità); che l'assenza di fine di lucro non esclude che un soggetto giuridico che esercita un'attività economica possa essere considerato impresa (Corte di giustizia 29.11.2007, causa C-119/06, relativa a organizzazioni sanitarie che garantiscono il servizio di trasporto d'urgenza di malati e che possono concorrere con altri operatori nell'aggiudicazione di appalti pubblici, a nulla rilevando che i loro collaboratori agiscono a mezzo di volontari ed esse possono presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri concorrenti).

Di qui la conclusione per cui la definizione comunitaria di impresa non discende da presupposti soggettivi, quali la pubblicità dell'ente o l'assenza di lucro, ma da elementi puramente oggettivi quali l'offerta di beni e servizi da scambiare con altri soggetti, nell'ambito quindi di un'attività di impresa anche quando non sia l'attività principale dell'organizzazione.

Qualche incertezza in termini di capacità di persuasione presenta invece la pars destruens della pronuncia in questione, laddove criticamente affronta (senza, in verità, convincere del tutto) la fondamentale osservazione che ha determinato la diversa conclusione del giudice

di primo grado: cioè, sul piano sostanziale, che la Fondazione godrebbe di un regime fiscale di favore idoneo a incidere sulla dinamica concorrenziale. In senso contrario, il Consiglio di Stato, da un lato, valorizza (impropriamente, laddove, come in quel passaggio motivazionale, si affronta un principio di diritto) le peculiarità della fattispecie concreta, osservando che ivi la Fondazione è solo una delle partecipanti alla costituenda ATI; dall'altro, piuttosto genericamente, si limita all'osservazione generalizzante e semplicistica per cui il regime fiscale di favore assiste anche altri soggetti, quali le cooperative, senza che si possa sostenere che queste siano escluse dagli appalti pubblici (anzi sono espressamente contemplate nell'art. 34 del codice), ovvero le ONLUS che secondo la recente giurisprudenza amministrativa (Cons. di Stato, VI, n. 185 del 2008; V, n. 1128 del 2009⁵) possono essere ammesse alle gare pubbliche quali "imprese sociali", cui il d. lgs. 24 marzo 2006 n. 155 ha riconosciuto la legittimazione ad esercitare in via stabile e principale un'attività economica organizzata per la produzione e lo scambio di beni o di servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità d'interesse generale, anche se non lucrativa.

Probabilmente, proprio la non piena capacità di convincimento insita nelle due ultime argomentazioni ha indotto successivamente il Consiglio di Stato, (ancorché e forse proprio perché) nella diversa veste di organo consultivo nell'ambito di un ricorso straordinario al capo dello Stato, ad assumere posizioni meno perentorie ma più sfumate e problematiche al riguardo.

Il riferimento è al parere n. 200800167 reso dalla Seconda Sezione del Consiglio di Stato in ordine al Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, proposto dal CoNISMA (Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare) contro la Regione Marche, per l'annullamento, previa sospensione, della nota prot. n. 79026 in data 23/4/2007 di esclusione dalla gara indetta dalla Regione per l'acquisizione di rilievi geofisici e campionatura a mare - tratto di costa tra il foglio Pesaro e il foglio Civitanova M.; di tutti i verbali di gara, sconosciuti, della Commissione Giudicatrice, ed in particolare di quello relativo alla seduta del 18/4/2007 nel quale la Commissione ha deciso di escludere il CoNISMA dalla gara, nonché quello relativo alla seduta del 4/4/2007 in cui si formulava riserva circa l'ammissibilità del CoNISMA alla procedura sopraindicata.

Il CoNISMA – Consorzio Nazionale Interuniversitario Scienze del Mare, con il provvedimento sopra indicato, è stato escluso dalla gara per il servizio di acquisizione di rilievi geofisici e campionatura a mare. Avverso il provvedimento di esclusione dalla gara

5 Quest'ultima pronuncia, in particolare, disattendendo la tesi fatta propria nella sentenza impugnata secondo la quale l'onlus in questione (Ekoclub International) non avrebbe i necessari requisiti per partecipare alla gara in quanto priva della qualità di impresa sociale- precisa che il decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 155, recante "disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118", ha dato pratica attuazione alla nozione di impresa sociale, riconoscendo alla stessa la legittimazione a esercitare in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale e con particolari requisiti (indicati negli articoli 2, 3 e 4 del medesimo decreto legislativo); sicché la capacità all'esercizio di attività economica organizzata nei settori dell'utilità sociale consente così di fornire contenuti concreti a un concetto giuridico indeterminato (quello dell'utilità sociale per l'appunto) in ragione della peculiare evoluzione delle istituzioni sociali nell'attuale periodo storico.

Viene altresì precisato che uno dei settori di utilità sociale, rispetto ai quali l'esercizio professionale dell'attività da parte dell'impresa sociale è pienamente ammesso, è costituito, giusta quanto previsto dall'articolo 2, comma 1 lettere e), f) e g) del decreto legislativo n. 155 del 2006, dalla gestione in funzione di tutela dell'ambiente, dell'educazione e del turismo sociale, cioè l'ambito nel quale si colloca l'oggetto della procedura per la quale è controversia. Ora non v'è dubbio che una organizzazione non lucrativa di utilità sociale vada iscritta tra le imprese sociali, come peraltro si deduce dal combinato disposto degli articoli 1 e 17 del decreto legislativo n. 155 del 2006. Donde la conclusione per cui dal collegamento dei dati normativi qui esposti con l'oggetto della vertenza, emerge con chiarezza come, in virtù di disciplina pienamente vigente all'epoca della gara, una onlus, qualificabile senz'altro come impresa sociale, avesse pieno titolo a partecipare a una gara concernente l'aggiudicazione di un servizio che rientra tra quelli di utilità sociale come previsti dall'articolo 2 del decreto legislativo n. 155 del 2006.

il consorzio ricorrente deduce, ai fini che qui maggiormente interessano, tre motivi di illegittimità incentrati sulla violazione degli artt. 2, 3 e 34 d. lgs. n. 163/2006, artt. 3, 41 e 97 Cost., artt. 3, 4, 14, 43, 82 e 86 Trattato CEE. Per un verso, si sostiene che l'amministrazione ha disposto l'esclusione sull'erroneo presupposto della tassatività dell'elencazione dei soggetti ammissibili a gara, senza considerare l'art. 3, comma 19, dello stesso d. lgs. n. 163, il quale consente a tutti gli "operatori economici" che offrono sul mercato lavori o servizi di partecipare alle gare ad evidenza pubblica, né l'art. 1, commi 8, e 11, della dir. CE n. 18/2004; per altro verso, si deduce l'illegittimità propria e derivata della seconda motivazione dell'esclusione, cioè della mancata iscrizione nel registro delle imprese, non richiesta per le associazioni ed organismi che non svolgono in modo prevalente attività commerciale; per questi basta l'iscrizione al REA e gli altri adempimenti fiscali e contabili posti in essere dal consorzio. Infine, viene in rilievo, nella prospettazione di parte ricorrente, la doglianza per cui il presupposto su cui la Regione fonda la ragione dell'esclusione, rifacendosi a due sole sentenze dei TAR Marche e Campania, per di più non pertinenti, è doppiamente errata. Infatti, non solo il consorzio non è un'università né è ad essa equiparabile, in quanto il consorzio ha distinta personalità giuridica, nonché autonomia statutaria, gestionale e contabile, rappresentando perciò soggetto distinto dalle università che lo compongono, ma soprattutto non sussiste l'incapacità delle università di partecipare alle gare pubbliche.

Il massimo organo di consulenza giuridico-amministrativa procede ad un'articolata ricognizione dei diversi livelli normativo-pretori che definiscono il perimetro della questione affrontata, sia ricostruendo il quadro normativo comunitario in ordine alla figura di "operatore economico" e orientamento del Giudice Comunitario in tema di concorrenza; sia delineando il corrispondente quadro normativo italiano e 4 Gli orientamenti espressi dal Giudice italiano; infine, sintetizzando La Posizione dell'Autorità LL. PP. Italiana al fine di completare il disegno ordinamentale in ordine alle nozioni di "Operatore economico" e soggetto offerente sul mercato.

L'esito di questo sforzo ricostruttivo è, cartesianamente, l'affermazione per cui l'unica certezza al riguardo è, paradossalmente, il dubbio:

- da un canto, l'incertezza che la partecipazione di un soggetto consortile (non interessa qui in quale forma: interno, esterno, funzionale, ecc.) tra pubbliche amministrazioni, soprattutto se capillarmente diffuse su tutto il territorio nazionale, possa violare il principio di concorrenza sotto un duplice profilo:

a) da una parte, rischiando di sottrarre al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali una fetta non irrilevante di imprese ordinarie verrebbero, di fatto, almeno ostacolate da un agevole accesso attraverso la presenza capillare di centrali di approvvigionamento d'affari;

b) dall'altra, costituendosi a favore dell'affidatario una posizione di ingiusto privilegio, garantendogli una sicurezza economica, costituita da finanziamenti pubblici costanti e prevedibili, che gli altri operatori economici non hanno, dovendo affidarsi esclusivamente alla loro capacità di ricavare reddito esclusivamente dalla "offerta sul mercato". Il tutto con il pericolo di tradursi nella creazione di posizioni di vantaggio economico che l'aspirante affidatario del servizio può sfruttare anche nel mercato, nel quale si presenta come "particolarmente" competitiva, con conseguente alterazione della par condicio (cfr. per l'analisi delle distorsioni economiche derivanti dall'affidamento diretto di servizi, c.d. in house, e anche per la giurisprudenza comunitaria in materia, si veda Consiglio di giustizia amm. reg. sic., 4 settembre 2007, n. 719).⁶

⁶ Suggestivo al riguardo è il paragone con la tematica speculare dell'affidamento diretto di servizi pubblici con il sistema domestico (c. d. in house): ed, invero, così come solo il controllo societario totalitario accompagnato da un'influenza determinante da parte del socio pubblico, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti, consente il ricorso all'appalto di servizi in house, analogamente, e per converso, il

- D'altro canto, in senso diametralmente antipodico, viene in rilievo il dubbio che una interpretazione restrittiva della normativa comunitaria, che impedisse alle Università, Istituti di Ricerca e loro Consorzi, di partecipare a gare di appalto, sarebbe gravemente pregiudizievole per attività di collaborazione tra entità pubbliche e private, tra attività di ricerca ed attività di impresa ed, in definitiva, limitativa dei principi di libera concorrenza.

Di qui la scelta (non pilatesca ma necessaria attesa l'insufficienza degli strumenti e del livello meramente interno) – ricordando che le sezioni consultive del Consiglio di Stato possono ritenersi competenti a richiedere una pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia, come da essa esplicitamente affermato con sent. del 16-10-1997, nelle Cause riunite da 69/96 a 79/96, secondo la quale il Consiglio di Stato italiano, quando emette un parere nell'ambito di un ricorso straordinario, costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi del previgente articolo 177 del Trattato - di dover sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

<Se le disposizioni della Direttiva n. 18/2004 - relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi – come indicate nel paragrafo 1 debbano essere interpretati nel senso che vietano la partecipazione ad un appalto di servizi come quello di acquisizione di rilievi geofisici e campionatura a mare ad un consorzio costituito esclusivamente da università italiane e amministrazioni statali, nelle forme indicate nel par. 8>.

< Se le disposizioni dell'ordinamento italiano di cui all'articolo 3, commi 22 e 19, e all'art. 34 del codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. n. 163/2006 - secondo i quali, rispettivamente “ Il termine «operatore economico» comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi” e “ I termini «imprenditore», «fornitore» e «prestatore di servizi» designano una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che “offra sul mercato”, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi” – si ponga in contrasto con la direttiva n. 18/2004, se interpretato nel senso di limitare la partecipazione ai prestatori professionali di tali attività con esclusione di enti che abbiano preminenti finalità diverse da quelle di lucro, quali la ricerca.

2.1.4. L'intervento comunitario: Corte di Giustizia Ce - Ue - Sentenza 23 dicembre 2009, n. C-305/08. Come prevedibile, la risposta del giudice comunitario ai dubbi

controllo societario totalitario accompagnato da un'influenza determinante da parte del “socio” privato, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti consente la partecipazione alle gare di appalti pubblici: in entrambi i casi se la c.d. partnership pubblico-privato va favorita nel quadro di una moderna concezione delle amministrazioni pubbliche, comprese quelle dedite alla ricerca, essa tuttavia non può rappresentare un modo per eludere la disciplina della concorrenza (cfr. Cons. St., Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1 e la cospicua giurisprudenza comunitaria in essa riportata).

Occorrerebbe ricordare anche, in questo contesto, le sentenze Teckal, (Sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Racc. pag. I-8121, punti 50 e segg) ARGE (Sentenza 7 dicembre 2000, causa C-94/99, Racc. pag. I-11037, punto 40), Stadt Halle e RPL Lochau, (sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1, punto 47) e Aurox e a., (sentenza 18 gennaio 2007, causa C-220/05, Aurox e a., Racc. pag. I-385, punto 44) nelle quali la Corte ha, tra l'altro, statuito che la disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici trova applicazione persino nei casi in cui l'imprenditore sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice. Pertanto un'amministrazione aggiudicatrice può essere considerata «operatore economico» ai sensi della Direttiva. Anche questo suffraga la mia interpretazione estensiva di tale nozione nella fattispecie. Relativamente all'ipotesi in cui un'università può essere amministrazione aggiudicatrice, v. sentenza 3 ottobre 2000, causa C-380/98, The University of Cambridge, Racc. pag. I-8035. In riferimento alla nozione di amministrazione aggiudicatrice, v. Tizzano, A., «La notion de “pouvoir adjudicateur” dans la jurisprudence communautaire», in Monti, M., Prinz Nikolaus von und zu Liechtenstein, Vesterdorf, B., Westbrook, J., Wildhaber, L. (Eds.), *Economic Law and Justice in Times of Globalisation*, Nomos, Baden-Baden, 2007, pagg. 659-669.

interpretativi sollevati dalla seconda sezione del Consiglio di Stato è pervenuta in termini netti e perentori,. Già significative al riguardo si presentavano le Conclusioni dell'Avvocato Generale Ján Mazák presentate il 3 settembre 2009 nella Causa C-305/08 CoNISMa (Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare) contro Regione Marche. Meritano in particolare di essere evidenziate non tanto le argomentazioni (tratte dal già ricordato quadro normativo e giurisprudenziale di livello comunitario) favorevoli alla soluzione ampliativa, quanto piuttosto il ragionamento volto a superare i dubbi manifestati dal giudice interno di rinvio.

Così, quanto all'assenza di fini di lucro in capo a strutture non strettamente imprenditoriali, s'osserva che, nella sentenza Commissione/Italia (Sentenza 29 Novembre 2007, causa C-119/06, punti 37-41), la Corte ha dichiarato che, per un verso, che l'assenza di fini di lucro in un'associazione non esclude che essa eserciti un'attività economica e costituisca un'impresa ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza; per altro verso, ha affermato che la circostanza che, a seguito del fatto che i loro collaboratori agiscono a titolo volontario, tali associazioni possano presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli di altri offerenti non impedisce loro di partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalla direttiva 92/50. La Corte ha pertanto concluso che l'accordo oggetto della causa non era escluso dalla nozione di appalti pubblici di servizi, ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50, per il fatto che le associazioni interessate non perseguivano fini di lucro.

Quanto ai dubbi espressi riguardo al fatto che il consorzio non sarebbe in grado di offrire la professionalità e capacità di stampo imprenditoriale, nonché i macchinari sofisticati e gli operatori di elevata professionalità richiesti dal servizio, è sufficiente ricordare la giurisprudenza nella quale la Corte ha dichiarato che è irrilevante che l'offerente stesso non possa o non intenda eseguire direttamente l'appalto, purché sia in grado di dimostrare di disporre delle risorse – di consociate o di terzi e indipendentemente dal rapporto giuridico con tali società (V. sentenze 14 aprile 1994, causa C-389/92, Ballast Nedam Groep, Racc. pag. I-1289 («Ballast Nedam Groep I»), punto 11 e segg.; 2 dicembre 1999, causa C-176/98, Holst Italia, Racc. pag. I-8607, punti 25 e segg., e 12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli Architetti e a., Racc. pag. I-5409 («La Scala»), punti 88-96.) – necessarie per l'esecuzione dell'appalto. A tale proposito, la Direttiva non consente ad un'amministrazione aggiudicatrice di escludere un ente pubblico, quale il CoNISMa, dal partecipare ad una gara d'appalto, giacché la questione se un operatore economico abbia le qualifiche per partecipare a tale procedura deve essere esaminata nell'ambito degli artt. 44-52 della Direttiva. In altre parole, la possibilità di partecipare alla procedura di gara d'appalto con la presentazione di un'offerta va tenuta distinta dalla valutazione di tale offerta nell'ambito della successiva fase della procedura in cui avviene la selezione.

Soprattutto vengono lucidamente affrontate le perplessità del giudice del rinvio nel ritenere che la partecipazione a gare d'appalto di enti pubblici, quali il CoNISMa, possa violare il principio della libera concorrenza sotto un duplice profilo. In primo luogo, una partecipazione del genere potrebbe sottrarre al libero mercato quote di contratti pubblici, l'accesso ai quali sarebbe ostacolato, per una fetta non irrilevante di imprese ordinarie, dalla presenza capillare di centrali di approvvigionamento d'affari del consorzio. In secondo luogo, porrebbe l'affidatario in una posizione di ingiusto privilegio, per effetto della sicurezza economica, costituita da finanziamenti pubblici costanti e prevedibili, di cui non dispongono gli altri operatori economici, che devono affidarsi esclusivamente alla loro capacità di ricavare reddito dalla loro offerta sul mercato.

Viene al riguardo replicato che, per quanto riguarda la presenza capillare di centrali di approvvigionamento d'affari, trattasi di argomento non significativo ed in ogni caso, con riguardo all'ipotesi di specie, non particolarmente determinante in quanto il CoNISMa ha dimostrato l'unicità della sua sede e la circostanza per cui gli uffici dei suoi vari membri

non svolgono alcun ruolo nelle gare d'appalto.

Viceversa, per quanto riguarda, poi, l'argomento centrale secondo cui il CoNISMa sarebbe posto in una posizione di ingiusto privilegio per effetto delle risorse pubbliche a sua disposizione – a prescindere dalla spiegazione del CoNISMa che le sue attività commerciali sono autofinanziate – si ribatte che è sufficiente riferirsi alla giurisprudenza della Corte secondo cui tale elemento non osta alla partecipazione a gare d'appalto (V. sentenza ARGE, citata alla nota 22, punti 24 e segg.). La Corte ha affermato, in particolare, che gli enti pubblici, specificamente gli organismi che beneficiano di sovvenzioni dallo Stato che consentono loro di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti non sovvenzionati, sono espressamente autorizzati (all'epoca, dalla direttiva 92/50) a partecipare a procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici. In effetti, anche la Direttiva che è pertinente per i fatti nella causa principale autorizza espressamente gli enti pubblici, finanziati in alcuni casi con fondi pubblici, a partecipare a procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici.

Appare al riguardo decisivo il rilievo per cui l'art. 55, n. 3, della Direttiva riguardante le «[o]fferte anormalmente basse» stabilisce che «[l]'amministrazione aggiudicatrice che accerta che un'offerta è

anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato può respingere tale offerta per questo solo motivo unicamente se consulta l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice, che l'aiuto in

questione era stato concesso legalmente. Quando l'amministrazione aggiudicatrice respinge un'offerta in tali circostanze, provvede a informarne la Commissione».⁷

Una parola definitiva al riguardo è stata da ultimo espressa da Corte di Giustizia Ce - Ue - Sentenza 23 dicembre 2009, n. C-305/08, il cui chiaro dispositivo così recita:

“ 1) Le disposizioni della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, ed in particolare quelle di cui al suo art.1, nn. 2, lett.a), e 8, primo e secondo comma, che si riferiscono alla nozione di “operatore economico”, devono essere interpretate nel senso che consentono a soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato, quali le università e gli istituti di ricerca nonché i raggruppamenti costituiti da università e amministrazioni pubbliche, di partecipare ad un appalto pubblico di servizi.

2) La direttiva 2004/18 dev'essere interpretata nel senso che essa osta all'interpretazione di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale che vieti a soggetti che, come le università e gli istituti di ricerca, non perseguono un preminente scopo di lucro di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, benché siffatti soggetti siano autorizzati dal diritto nazionale ad offrire sul mercato i servizi oggetto dell'appalto considerato.

Pur nell'ampiamente scontato percorso argomentativo (disciplina e giurisprudenza comunitaria) e conclusivo, la sentenza in esame si presenta degna del massimo interesse per alcuni spunti più generali che contribuiscono ad una corretta ricostruzione del quadro complessivo delle regole nella contrattazione con le pubbliche amministrazioni.

In primo luogo, si segna la necessità di operare selettivamente non già sul preliminare versante dei requisiti di partecipazione, quanto piuttosto sul quello della valutazione delle offerte e della loro congruità, valorizzandosi lo strumento fondamentale del giudizio di

⁷ Così, anche sentenza ARGE 7 dicembre 2000, causa C-94/99, Racc. pag. I-11037, punto 40. Si ricordi a tale proposito, che nel quarto 'considerando' la Direttiva afferma che «[g]li Stati membri dovrebbero provvedere affinché la partecipazione di un offerente che è un organismo di diritto pubblico a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico non causi distorsioni della concorrenza nei confronti di offerenti privati».

anomalia. In tal modo contro il paventato rischio di una possibile distorsione della concorrenza a motivo della partecipazione ad un appalto pubblico di enti che vantano una posizione privilegiata rispetto a quella degli operatori privati grazie a finanziamenti pubblici che vengono loro erogati ovvero ad un più favorevole statuto normativo, si sottolinea, per un verso, che il quarto ‘considerandò della direttiva 2004/18 enuncia l’obbligo per gli Stati membri di provvedere affinché una distorsione di questo tipo non si produca per il fatto della partecipazione di un organismo di diritto pubblico a un appalto pubblico. Per altro verso, si devono altresì ricordare, al riguardo, gli obblighi e le facoltà di cui dispone un’amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell’art. 55, n.3, della direttiva 2004/18, in caso di offerte anormalmente basse dovute alla circostanza che l’offerente ha ottenuto un aiuto di Stato. Peraltro, la Corte ha riconosciuto che, in talune circostanze particolari, l’amministrazione aggiudicatrice ha l’obbligo, o quanto meno la facoltà, di prendere in considerazione l’esistenza di sovvenzioni, ed in particolare di aiuti non compatibili con il Trattato, al fine eventualmente di escludere gli offerenti che ne beneficino (v., in tal senso, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-94/99, ARGE, Racc.pag.I-11037, punto 29). Va però ribadito che l’eventualità di una posizione privilegiata di un operatore economico in ragione di finanziamenti pubblici o aiuti di Stato non può giustificare l’esclusione a priori e senza ulteriori analisi di enti, quali il ricorrente nella causa principale, dalla partecipazione a un appalto pubblico. Ciò, ancora una volta, perché il legislatore comunitario non ha inteso restringere la nozione di “operatore economico che offre servizi sul mercato” unicamente agli operatori che siano dotati di un’organizzazione d’impresa, né introdurre condizioni particolari atte a porre una limitazione a monte dell’accesso alle procedure di gara in base alla forma giuridica e all’organizzazione interna degli operatori economici.

In secondo luogo vanno rimarcate le chiare affermazioni con cui la Corte spiega il reale significato del tanto declamato obiettivo della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici costituito dall’apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile (v. in particolare, in tal senso, sentenza Bayerischer Rundfunk ea., cit., punto 39): posto che è nell’interesse del diritto comunitario che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d’appalto (sentenza 19 maggio 2009, causa C-538/07, Assitur, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 26⁸), si aggiunge, in proposito, che

⁸ La sentenza - particolarmente interessante e rilevante nel nostro assetto ordinamentale in quanto involgente il delicato tema del divieto di partecipazione simultanea alla gara per le imprese che si trovino fra loro in rapporto di controllo (soprattutto con riguardo alla presunzione assoluta a tal fine sancita dall’art. 2359 c.c., richiamato sia dall’art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/94, sia dalla norma che lo ha ora sostituito nell’ambito del Codice dei Contratti (art. 34, ultimo comma, del decreto legislativo n. 163/06, a sua volta abrogato e trasposto, in una nuova formulazione in linea propria con i dicta dei giudici lussemburghesi, dall’art. 3, comma 2, L. 20 novembre 2009, n. 166, “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, recante disposizioni urgenti per l’attuazione di obblighi comunitari e per l’esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee”.)) – sancisce il duplice principio di diritto per cui:

- a) L’art. 29, primo comma, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro, in aggiunta alle cause di esclusione contemplate da tale disposizione, preveda ulteriori cause di esclusione finalizzate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, a condizione che tali misure non eccedano quanto necessario per conseguire la suddetta finalità.
- b) Il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell’ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d’appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell’ambito di tale gara.

Soprattutto, merita di essere riportato il passaggio argomentativo con cui la Corte comunitaria, premesso che la conformità al diritto comunitario della normativa nazionale in questione nella causa principale deve essere

siffatta apertura alla concorrenza più ampia possibile è prevista non soltanto con riguardo all'interesse comunitario alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, bensì anche nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice considerata, la quale disporrà così di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata (v., in tal senso, in tema di offerte anormalmente basse, sentenza 15 maggio 2008, cause riunite C-147/06 e C-148/06, SECAP e Santorso, Racc.pag.I-3565, punto29)⁹. Sul punto si è correttamente osservato che “in effetti, la

ulteriormente esaminata alla luce del principio di proporzionalità, ricorda che le norme comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici sono state adottate nell'ambito della realizzazione del mercato interno, nel quale è assicurata la libera circolazione e sono eliminate le restrizioni alla concorrenza (v., in tal senso, sentenza 21 febbraio 2008, causa C-412/04, Commissione/Italia, Racc. pag. I-619, punto 2). Di qui l'importante affermazione di principio per cui “In tale contesto di un mercato interno unico e di concorrenza effettiva, è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto”. Quanto poi alla specifica questione ivi esaminata, la CGCE chiarisce che, per un verso, dalla decisione di rinvio risulta che la disposizione in questione nel procedimento a quo, redatta in termini chiari e perentori, comporta per le amministrazioni aggiudicatrici un obbligo assoluto di escludere dalla procedura di gara d'appalto le imprese che presentino offerte separate e concorrenti, qualora tali imprese siano legate fra loro da rapporti di controllo, quali quelli previsti dalla normativa nazionale oggetto della causa principale. Per altro verso, tuttavia, sarebbe contraria ad un'efficace applicazione del diritto comunitario l'esclusione sistematica delle imprese tra loro collegate dal diritto di partecipare ad una medesima procedura di aggiudicazione di appalto pubblico. Una soluzione siffatta, infatti, ridurrebbe notevolmente la concorrenza a livello comunitario. Donde la conclusione per cui è giocoforza constatare che la normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale, nella misura in cui estende il divieto di partecipazione ad una medesima procedura di aggiudicazione alle situazioni in cui il rapporto di controllo tra le imprese interessate rimane ininfluenza sul comportamento di queste ultime nell'ambito di siffatte procedure, eccede quanto necessario per conseguire l'obiettivo di garantire l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza. Ed, invero, una tale normativa, basata su una presunzione assoluta secondo cui le diverse offerte presentate per un medesimo appalto da imprese collegate si sarebbero necessariamente influenzate l'una con l'altra, viola il principio di proporzionalità, in quanto non lascia a tali imprese la possibilità di dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti (v., in tal senso, sentenze 3 marzo 2005, cause riunite C-21/03 e C-34/03, Fabricom, Racc. pag. I-1559, punti 33 e 35, nonché Michaniki, cit., punto 62).

Sul punto cfr. *amplius* infra § 2.2. e ss.

⁹ Ancora una volta è illuminante la giurisprudenza della stessa Corte sul punto, così schematizzabile:

- a) la normativa comunitaria in materia è applicabile qualora il soggetto con cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice (v., in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto47 e giurisprudenza ivi citata). Orbene, ai sensi dell'art.1, n.9, della direttiva 2004/18, un'amministrazione aggiudicatrice è un ente che soddisfa una funzione di interesse generale, avente carattere non industriale o commerciale. Un organismo di questo tipo non esercita, a titolo principale, un'attività lucrativa sul mercato.
- b) Analogamente la normativa comunitaria osta a qualsiasi normativa nazionale che escluda dall'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi il cui valore superi la soglia di applicazione delle direttive candidati od offerenti autorizzati, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, ad erogare il servizio in questione per il solo motivo che tali candidati od offerenti non hanno la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di persone giuridiche (v., in tal senso, sentenza 18 dicembre 2007, causa C-357/06, Frigerio Luigi & C., Racc.pag.I-12311, punto22).
- c) Inoltre ricordare, principio della parità di trattamento non è violato per il solo motivo che le amministrazioni aggiudicatrici ammettono la partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico di organismi che beneficino di sovvenzioni che consentono loro di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli offerenti concorrenti non sovvenzionati e, dall'altro, che, se il legislatore comunitario avesse avuto l'intenzione di obbligare le amministrazioni aggiudicatrici ad escludere tali offerenti, l'avrebbe espressamente indicato (sentenza ARGE, cit., punti25-26).
- d) Infine, la normativa comunitaria non richiede che il soggetto che stipula un contratto con un'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di realizzare direttamente con mezzi propri la prestazione pattuita perché il medesimo possa essere qualificato come imprenditore, ossia come operatore economico; è sufficiente che tale soggetto abbia la possibilità di fare eseguire la prestazione di cui trattasi, fornendo le garanzie necessarie a tal fine (v., in tal senso, sentenza 12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli Architetti ea., Racc.pag.I-5409, punto90).

disciplina comunitaria in tema di apertura dei mercati alla concorrenza è profondamente diversa, nella sua logica ed impostazione, rispetto alla normativa di diritto interno, posta a qualificare la soggettività giuridica degli enti e dei soggetti che svolgono prestazioni di servizi. La concorrenza è intesa come massima apertura possibile del mercato, non tanto e non solo per garantire agli operatori di poter liberamente competere tra essi, ma soprattutto per permettere ai cittadini di avvantaggiarsi di una possibilità di scelta molto ampia e di un livello di servizi e prestazioni particolarmente efficiente; infatti, la competizione tra i soggetti per primeggiare nel mercato, li spinge a migliorare continuamente la qualità dei prodotti, contenendo i prezzi. Se, pertanto, sono vietate le intese restrittive del mercato tra privati, allo stesso modo le pubbliche amministrazioni debbono agire in modo da evitare limitazioni all'apertura dei mercati, considerando l'impatto relevantissimo che nel mercato medesimo comporta l'attività del "committente pubblico". Laddove fosse il committente pubblico a restringere il mercato, dando alle norme sulla disciplina dello status giuridico degli operatori una lettura finalizzata ad escludere soggetti non in possesso di determinati requisiti, il mercato subirebbe fortissimi condizionamenti, anzi quelle vere e proprie distorsioni, che la tesi contraria alla partecipazione agli appalti da parte dei soggetti non perseguiti scopo di lucro ritiene di scongiurare. Non si deve dimenticare che il committente pubblico agisce per garantire l'interesse generale. Pertanto, dovrebbe rivelarsi ancora maggiore l'attenzione verso prestazioni di servizi di ottima qualità e costo contenuto, posto che detti servizi non potrebbero che essere acquisiti dagli enti pubblici e non dal semplice cittadino, il quale ultimo, dunque, si aspetta dagli enti preposti alla cura degli interessi generali la scelta maggiormente ampia ed efficace degli operatori chiamati, poi, a rendere servizi la cui utilità finale deve riverberarsi, anche se magari indirettamente, anche nei confronti della comunità amministrata"¹⁰.

Di qui la perentoria conclusione per cui, sia dalla normativa comunitaria sia dalla giurisprudenza della Corte, risulta che è ammesso a presentare un'offerta o a candidarsi qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di detto appalto, in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto, indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico e di essere attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale, o, ancora, dal fatto di essere sovvenzionato tramite fondi pubblici o meno. L'effettiva capacità di detto ente di soddisfare i requisiti posti dal bando di gara è valutata durante una fase ulteriore della procedura, in applicazione dei criteri previsti agli artt. 44-52 della direttiva 2004/18.

Conclusioni e spunti di ulteriore riflessione. la posizione dell'Avcp Infine, appare utile un separato richiamo alle profonde e sostanziali osservazioni contenute nel paragrafo n. 43 della decisione in esame, laddove, pragmaticamente, la Corte di giustizia - ribadito che un'opzione ermeneutica di stampo riduttivo nel caso di specie sarebbe gravemente pregiudizievole per la collaborazione tra attività di ricerca e attività d'impresa e rappresenterebbe una restrizione della concorrenza - aggiunge che un'interpretazione restrittiva della nozione di "operatore economico" avrebbe come conseguenza che i contratti conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici e organismi che non agiscono in base a un preminente scopo di lucro non sarebbero considerati come "appalti pubblici",

¹⁰ L. OLIVIERI, Appalti aperti alla partecipazione dei soggetti che non perseguono scopo di lucro, in Lexitalia.it n. 12/2009, il quale conclude nel senso che "l'esclusione aprioristica, allora, di una categoria vastissima di soggetti, quali gli enti pubblici o le associazioni non perseguiti scopi di lucro, rischierebbe di emarginare soggetti particolarmente specializzati e dediti nella materia di loro particolare pertinenza. Laddove, del resto, tali soggetti non fossero dotati delle capacità organizzative per competere, sarebbe il mercato in ogni caso a decretare il verdetto della loro esclusione. La quale, allora, non sarebbe dovuta a regole restrittive, ma ai risultati della loro azione.

potrebbero essere aggiudicati in modo informale e, in tal modo, sarebbero sottratti alla norme comunitarie in materia di parità di trattamento e di trasparenza, in contrasto con la finalità delle medesime norme.

Sul punto la dottrina da ultimo citata – precisato che il rischio concreto sotteso all’opposta strada interpretativa sarebbe la creazione di una sorta di “mercato parallelo”, nel quale gli affidamenti nei riguardi di soggetti non imprenditori in senso stretto non sarebbero considerati come appalti pubblici e, dunque, affidati in maniera informale, sì da sottrarre tali affidamenti alle regole comunitarie di garanzia della parità di trattamento e trasparenza: la duplicazione del mercato in due branche distinte, quella del profit e del non profit inquinerebbe, nella sostanza, la concorrenza – evidenzia come da queste premesse argomentative dovrebbe discendere una più approfondita riflessione in merito alla compatibilità con le regole del diritto comunitario di alcuni discussi settori di affidamenti di servizi pubblici, quali, in particolare, le prestazioni rese dagli avvocati nei confronti delle amministrazioni pubbliche e le discipline derogatorie alle modalità di espletamento delle gare pubbliche per l’affidamento dei servizi sociali ad associazioni di volontariato.

Per altro verso, la stessa Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, in una recente decisione in merito¹¹, da un lato, ha ripercorso e ribadito gli assunti del giudice comunitario, confermandone l’assunto principale per cui, anche se non ricompresi nell’elenco di cui all’articolo 34 del Codice, qualora i soggetti giuridici non aventi veste d’impresa in senso stesso annoverino, tra le attività statutariamente ammesse, quella di svolgere compiti aventi rilevanza economica possono, limitatamente al settore di pertinenza, - e se in possesso dei requisiti richiesti dal singolo bando di gara - partecipare a procedure di evidenza pubblica per l’affidamento di contratti aventi ad oggetto servizi compatibili con le rispettive attività istituzionali; dall’altra – e con maggiore innovatività e proiezione prospettica - condivisibilmente ritiene opportuno evidenziare che la Corte comunitaria pone a fondamento della sentenza anche la considerazione che l’esclusione delle Università potrebbe portare a considerare “non contratti” gli accordi che comunque verrebbero conclusi tra tali soggetti e le stazioni appaltanti, eludendo l’applicazione delle direttive 17/2004/CE e 18/2004/CE¹². Di qui la seconda parte della citata determinazione in cui si affronta il delicato tema della compatibilità con il diritto comunitario degli accordi con le amministrazioni aggiudicatrici in relazione ai quali perviene alla conclusione per cui gli stessi, pur se costruiti come accordi tra amministrazioni ex art. 15 L. 241/1990¹³, non

¹¹ Determinazione n. 7 del 21 Ottobre 2010, Questioni interpretative concernenti la disciplina dell’articolo 34 del d.lgs. 163/2006 relativa ai soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici.

¹² Ed, invero, secondo l’AVCP “appare chiaro, allora, quanto la pronuncia della Corte abbia spostato il baricentro della questione, fugando ogni dubbio sull’impossibilità per le stazioni appaltanti di escludere a priori, dalla partecipazione alle gare, gli enti pubblici non economici, e le Università in particolare, solo perché difettano del requisito dello scopo di lucro o di un’organizzazione stabile d’impresa, ma nel contempo escludendo che i contratti conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici e organismi che non agiscono in base ad un preminente scopo di lucro possano non essere considerati “appalti pubblici” e, pertanto, venir aggiudicati senza il rispetto della normativa comunitaria e nazionale dettata in materia.

¹³ Significativa è la vicenda ed il percorso logico-giuridico che ha condotto di recente il Tar Puglia Lecce – Sent. 21 luglio 2010, n. 1791 ad annullare, per il mancato rispetto delle obbligatorie procedure di evidenza pubblica appositamente descritte nel codice degli appalti, la delibera della Giunta comunale di Lecce n. 439 del 16 luglio 2009 con la quale è stato affidato all’Università di Genova – Dipartimento di progettazione e costruzione dell’Architettura (DIPARC) e Dipartimento di scienze per l’Architettura (DSA), il contratto di ricerca avente ad oggetto le attività di collaborazione, studio, ricerca, coordinamento scientifico e consulenza connesse alla redazione del PUG della Città di Lecce, prevedendo a tal fine un compenso di trecentoquarantamila (340.000) euro, oltre IVA. Per un verso, il giudice salentino, nel delineare il *discrimen* tra i contratti di appalto di servizio e gli accordi interamministrativi ex art. 15 L. 241/1990, nota come quest’ultima disposizione prefiguri un modello convenzionale attraverso il quale le pubbliche amministrazioni coordinano l’esercizio di funzioni proprie in vista del conseguimento di un risultato comune (Cass. civ., 13 luglio 2006, n. 15893) in modo complementare e sinergico, ossia in forma di “reciproca

possono in ogni caso essere stipulati in contrasto con la normativa comunitaria, non dovendo in particolare interferire con il perseguimento dell'obiettivo della libera circolazione dei servizi e dell'apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza¹⁴.

collaborazione" e nell'obiettivo comune di fornire servizi "indistintamente a favore della collettività e gratuitamente" (cfr. TAR Liguria, sez. II, 30 ottobre 2008, n. 1925; Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2002, n. 1902). Donde la conclusione per cui "diversamente, nel caso di specie il rapporto è di tipo sinallagmatico, o meglio "a prestazioni corrispettive": alla svolgimento della descritta attività di supporto e consulenza da parte dell'Università di Genova corrisponde infatti il versamento di un compenso, in favore della stessa, da parte del Comune di Lecce. Si consideri altresì, al riguardo, che la delibera oggetto di gravame afferma espressamente che le suddette convenzioni con gli istituti universitari costituiscono al momento la soluzione "economicamente più vantaggiosa per l'amministrazione". Tale rapporto deve essere dunque qualificato, per quanto precede, alla stregua di contratto di appalto. D'altra parte, in nessuna parte della delibera o del contratto appare la dizione "accordo interamministrativo" ma soltanto, per l'appunto, quella di "contratto". In questa direzione, la giurisprudenza amministrativa ha costantemente interpretato in senso restrittivo la disposizione di cui al citato art. 15, trattandosi di istituto in deroga al principio dell'evidenza pubblica (sul piano del diritto comunitario si veda peraltro la sentenza CGCE Commissione c. Spagna, 13 gennaio 2005, causa C-84/03, nella quale è stato assunto un orientamento negativo in merito al ricorso allo strumento degli accordi c.d. interamministrativi qualora i medesimi abbiano la stessa natura degli appalti pubblici). In altre parole, l'istituto dell'accordo interamministrativo non può essere utilizzato quale strumento di elusione della normativa in materia di evidenza pubblica.

In particolare è stato affermato che difetta l'interesse comune nell'accordo interamministrativo quando un'amministrazione ha inteso acquisire da un'altra amministrazione un servizio di proprio esclusivo interesse verso corrispettivo. Ciò che si verificherebbe proprio nella fattispecie, laddove l'Università di Genova, dietro compenso, si impegna a contribuire alla redazione di una serie di documenti di pianificazione urbanistiche che, all'esito della descritta attività, resteranno di esclusiva proprietà del Comune di Lecce. La presenza di un corrispettivo è dunque da considerarsi quale elemento sintomatico della qualificazione dell'accordo alla stregua di appalto pubblico, da assoggettare alla relativa disciplina secondo le prescrizioni del codice degli appalti. A tale conclusioni deve inoltre pervenirsi nella considerazione che è da ritenersi in ogni caso illegittimo il ricorso agli accordi in parola qualora essi siano in realtà diretti ad ottenere, come nella specie, prestazioni lavorative o professionali". Per altro verso e con specifico riferimento al tema qui esaminato, una volta qualificato l'accordo sub iudice come appalto di servizi (anche) in ragione del fatto che l'Università di Genova è da considerare alla stregua di "operatore economico", viene specificato a quest'ultimo riguardo che la Corte di Giustizia delle comunità europee (cfr. sentenza della quarta sezione del 23 dicembre 2009, resa nel procedimento C-305/08), ha significativamente chiarito che un'interpretazione restrittiva della nozione di «operatore economico» avrebbe come conseguenza che i contratti conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici e organismi che non agiscono in base a un preminente scopo di lucro non sarebbero considerati come «appalti pubblici», potrebbero essere aggiudicati in modo informale e, in tal modo, sarebbero sottratti alla norme comunitarie in materia di parità di trattamento e di trasparenza, in contrasto con la finalità delle medesime norme" (punto n. 43), di tal che alla luce di quanto sopra riportato, emerge dunque che le università possono ben essere qualificate quali soggetti di mercato, e in particolare alla stregua di operatori economici, in quanto tali abilitate a stipulare contratti di appalto (di servizi, come nella specie) con altre amministrazioni aggiudicatrici.,

¹⁴ Sempre in una chiave comunitariamente orientata, l'AVCP osserva come la giurisprudenza della CGCE, da un lato - nel generale principio (sui si fonda anche il modello dell'*in house providing*) secondo cui un'amministrazione pubblica può adempiere ai compiti ad essa attribuiti attraverso moduli organizzativi che non prevedono il ricorso al mercato esterno per procurarsi le prestazioni di cui necessita, avendo piena discrezionalità nel decidere di far fronte alle proprie esigenze attraverso lo strumento della collaborazione con le altre autorità pubbliche (sentenza Coditel Brabant, 13 novembre 2008, causa C-324/07) - ha ad esempio riconosciuto la compatibilità comunitaria di un'intesa intercorsa tra quattro *Landkreise* tedeschi e la città di Amburgo perché sussistevano le seguenti condizioni: l'attuazione della cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico; viene salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati, in modo tale che nessuna impresa privata è posta in situazione privilegiata rispetto agli altri concorrenti; la collaborazione tra amministrazioni non è una costruzione di puro artificio diretta ad eludere le norme in materia di appalti pubblici; gli unici movimenti finanziari ammessi tra gli enti pubblici cooperanti sono quelli corrispondenti al rimborso delle spese effettivamente sostenute; tutte le strutture pubbliche coinvolte svolgono un ruolo attivo, anche se non necessariamente nella stessa misura; quindi sussiste un'effettiva condivisione di compiti e di responsabilità ben diversa dalla situazione che si avrebbe in presenza di un contratto a titolo oneroso in cui solo una parte svolge la prestazione pattuita, mentre l'altra assume l'impegno della remunerazione; l'accordo controverso

Da ultimo, quale ulteriore riprova dell'attualissima rilevanza che tale tematica presenta, spunti d'interesse possono trarsi dalla recente decisione **TAR SICILIA - CATANIA, SEZ. III - sentenza 29 dicembre 2010 n. 4857**, relativa ad una procedura negoziata per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare in favore di disabili gravi, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più favorevole, in cui, avendo quattro dei cinque concorrenti invitati riportato il medesimo punteggio finale, l'esito è stato determinato per estrazione a sorte a norma dell'art. 77 del R.D. 827/1924 sul presupposto che, avendo appunto riportato il medesimo punteggio, le offerte interessate fossero da considerarsi perfettamente pari tra di loro, e ciò sebbene una di esse avesse formulata un'offerta più vantaggiosa rispetto alle concorrenti in forza del fatto che una componente dell'ATI era soggetto esente da IVA, contrariamente alle concorrenti soggette a tale imposta nella misura del 4%. In realtà, secondo il giudice amministrativo siciliano, proprio questo è il *punctum dolens* della determinazione amministrativa, la quale ha erroneamente ritenuto che l'IVA rappresenti un costo non valutabile ai fini dell'aggiudicazione e, in ogni caso, un onere detraibile; diversamente s'osserva che se è vero che i prezzi andavano offerti al netto dell'IVA, proprio la peculiare connotazione soggettiva del soggetto in questione imponeva una diversa valutazione atteso che l'ATI ricorrente, essendo una Onlus, aveva dichiarato di essere (quantomeno relativamente alla componente riferibile ad una partecipante) esente dall'IVA e ciò comportava che, sui servizi resi dalla stessa, tale imposta non si doveva pagare. Donde l'interessante conclusione, ai fini che qui rilevano, per cui “né ciò avrebbe, peraltro, dato luogo (contrariamente a quanto dedotto dal Comune resistente) alla distorsione della concorrenza ed alla violazione della par condicio, in quanto per coloro i quali sono soggetti all'IVA, questa non costituisce costo dei beni o dei servizi dagli stessi acquistati, ricadendo l'IVA, secondo la partita di giro, sul consumatore finale che è il soggetto non titolare della partita IVA (vedasi in tal senso Cons.Stato, sez.6°, sentenza n.185 del 25/1/2008). L'amministrazione, quindi, dovendo valutare il costo finale del servizio e non potendo negare il beneficio fiscale attribuito dalla legge all'Onlus ASSOMED, avrebbe dovuto attribuire alla detta Associazione un punteggio che tenesse conto del vantaggio economico dell'offerta per l'amministrazione, la quale, siccome consumatore finale, non avrebbe dovuto (diversamente dalla situazione ordinaria) pagare l'IVA”.¹⁵

istituisce una cooperazione tra gli enti locali finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli stessi che, nel caso specifico, è costituita dallo smaltimento dei rifiuti (sentenza del 9 giugno 2009, causa C-480/06).

Dall'altro, osserva come gli stessi giudici di Lussemburgo abbiano censurato, per contrasto col diritto comunitario, la generalizzata esclusione delle norme sugli appalti con riguardo ai rapporti stabiliti tra amministrazioni pubbliche, indipendentemente dalla loro natura. In particolare, interessante è il riferimento alla citata sentenza del 23 dicembre 2009, laddove si ricorda come “la Corte ha chiarito che la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici è applicabile agli accordi a titolo oneroso conclusi tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un'altra amministrazione aggiudicatrice, intendendo con tale espressione un ente che soddisfa una funzione di interesse generale, avente carattere non industriale o commerciale e che, quindi, non esercita a titolo principale un'attività lucrativa sul mercato. Del resto, un'interpretazione della normativa comunitaria incline alla massima apertura delle procedure selettive per l'affidamento di commesse pubbliche a soggetti tradizionalmente esclusi, come le Università, è perfettamente in linea con l'intento di circoscrivere il ricorso all'affidamento diretto: si tratta di un “modus operandi” che prima della pronuncia menzionata poteva trovare una qualche giustificazione nella considerazione secondo la quale, essendo al mondo della ricerca precluso all'origine l'accesso al mercato dei contratti pubblici, lo strumento dell'accordo-convenzione-contratto permetteva alla stazione appaltante di assicurarsi la collaborazione sinergica con un polo di eccellenza, come il settore universitario, non altrimenti conseguibile. Essendo, però, profondamente mutata l'interpretazione dell'articolo 34 del Codice, la pratica descritta non ha più ragion d'essere”.

¹⁵ Da ultimo, interessanti indicazioni si traggono da Consiglio di stato, sez. V, 26 agosto 2010, n. 5956, laddove i giudici amministrativi di appello rilevano come – premesso che la *lex specialis* del bando richiedeva espressamente il possesso dei requisiti di cui all'articolo 38 del D.Lgs. n. 163/06 e di capacità

economico-finanziaria e tecnico-organizzativa indicati al punto 6 del disciplinare, che risultano possedute dalle controinteressate, mentre non richiedeva l'iscrizione al registro delle imprese, né il possesso di partita Iva e di posizioni Inps ed Inail attive tali previsioni si basano sulla pacifica applicazione della definizione di impresa e di attività economica con riferimento alle norme ed ai principi del trattato CE in materia di concorrenza. Anche di recente, con sentenza della Corte di Giustizia CE sez. IV 23 dicembre 2009 . C 305/08, è stato ribadito che le disposizioni della direttiva 2004/08 devono essere interpretate "nel senso che consentono a soggetti che non perseguono preminente scopo di lucro, non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato... di partecipare ad un appalto pubblico di servizi" e che tale direttiva osta all'interpretazione di una normativa nazionale che vieti a soggetti che "non perseguono preminente scopo di lucro di partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico". Pertanto, l'assenza di fini di lucro non esclude che le associazioni di volontariato possano esercitare un'attività economica, né rileva la carenza di iscrizione alla Camera di Commercio o al registro delle imprese, che non costituiscono requisito indefettibile di partecipazione alle gare di appalto (C.S. 4236/09) né, nella fattispecie, ciò era espressamente stabilito dalle norme di gara. Donde la conclusione per cui vanno, di conseguenza, confermate le motivazioni di reiezione del giudice di primo grado, aggiungendosi che "deve essere respinta la censura con la quale si sostiene la mancata iscrizione della Irifor al registro delle persone giuridiche, atteso che né la *lex specialis*, né la normativa applicabile al procedimento in esame, impone che il concorrente sia iscritto, come sezione provinciale, al registro delle persone giuridiche".

3. Un ulteriore filone d'indagine: la nuova disciplina del collegamento tra concorrenti nelle procedure ad evidenza pubblica. La necessità di scegliere l'offerta migliore, all'esito di una gara regolarmente svolta, spiega il fatto che il Codice dei contratti preveda una serie di requisiti¹⁶ di ordine generale, di idoneità professionale e di capacità economica e finanziaria, al possesso dei quali è subordinata la partecipazione delle imprese alle procedure ad evidenza pubblica. In particolare, l'art.38 DL.gs.163/06, all'interno del quale sono indicati i requisiti di ordine generale necessari per concorrere in una gara pubblica, nel c. 1, lettera m-quater, e c. 2¹⁷, detta la disciplina normativa relativa alle situazioni di controllo o collegamento¹⁸ nelle quali possono trovarsi le imprese partecipanti alla medesima gara. La norma prevede che i potenziali contraenti devono, infatti, alternativamente dichiarare l'assenza¹⁹ di situazioni di controllo o di collegamento ex c.1

¹⁶Mentre i requisiti di ordine generale e di moralità professionale devono essere posseduti personalmente da tutti i concorrenti alle gare pubbliche a garanzia della loro integrità e per la corretta esecuzione dell'opera, del servizio o della fornitura, il possesso dei requisiti economico-finanziari o tecnico-organizzativi, invece, può essere provato dagli operatori economici utilizzando l'avvalimento (artt.49 e 50 DL.gs.163/06). Si tratta di un istituto di origine comunitaria e di portata generale, applicabile a tutti gli appalti di lavori servizi e forniture. Ha lo scopo di consentire un'apertura maggiore del mercato, un'intensificazione della concorrenza attraverso la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica di piccole e medie imprese che possono avvalersi delle potenzialità delle grandi imprese. Con il contratto di avvalimento un'impresa, detta ausiliaria, si obbliga nei confronti del concorrente, detto ausiliato, a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse per tutta la durata dell'appalto. L'avvalimento può essere di garanzia ed è riferito alla capacità economico finanziaria, oppure operativo. In quest'ultimo caso, si riferisce alla capacità tecnico-organizzativa. E' bene, inoltre, precisare, che, per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a euro 150.000, è necessario un apposito attestato (SOA) con valore di atto pubblico, rilasciato da organismi di diritto privato a ciò autorizzati. Anche l'attestazione SOA può, naturalmente, essere oggetto di avvalimento.

¹⁷Art. 38, D. L.gs., comma 1, lettera m-quater: che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale. (lettera aggiunta dall'art. 3, comma 1, Decreto Legge 135 del 25/09/2009 in vigore dal 26/09/2009) Art.38, DL.gs., comma 2: Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del comma 1, lettera m-quater), i concorrenti allegano, alternativamente: a) la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile con nessun partecipante alla medesima procedura; b) la dichiarazione di essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile e di aver formulato autonomamente l'offerta, con indicazione del concorrente con cui sussiste tale situazione; tale dichiarazione e' corredata dai documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta, inseriti in separata busta chiusa. La stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica. (comma così modificato dall'art. 3, comma 2, Decreto Legge 135 del 25/09/2009 in vigore dal 26/09/2009).

¹⁸ Mentre i casi di controllo sono tipici e normativizzati all'art. 2359 c.c., i casi collegamento sostanziale, se si eccettua la presunzione, peraltro relativa, prevista al comma terzo dell'art. 2359 c.c., che deriva dalla presenza di un'influenza dominante, non sono legislativamente elencati. La stazione appaltante, infatti, per affermare la presenza di un controllo sostanziale e procedere alla conseguente esclusione delle imprese coinvolte, dovrà riscontrare l'unicità del centro decisionale sulla base di elementi univoci derivanti da indizi gravi, precisi e concordanti.

¹⁹ L'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture ha recentemente, con la determinazione n. 1 del 12/1/10, fornito importanti indicazioni interpretative in merito alle cause di esclusione sancite dall'art. 38 del Codice dei contratti, prendendole in esame in maniera analitica anche alla luce della prassi applicativa. In particolare, ha specificato che "l'autocertificazione, nell'ipotesi di assenza di controllo, deve fare riferimento anche a situazioni di controllo di fatto e attestare, in ogni caso, la piena autonomia del dichiarante nella formulazione dell'offerta. Parimenti, nel caso di presenza di controllo, devono essere dichiarate anche situazioni di controllo di fatto ferma restando l'attestazione circa l'autonomia nella elaborazione dell'offerta".

art. 2359 c.c.²⁰ con gli altri partecipanti alla stessa gara, oppure, nell'ipotesi opposta, allegare alla domanda di partecipazione la documentazione idonea a provare l'indipendenza e la segretezza delle reciproche offerte. La stazione appaltante, qualora riscontri la presenza di elementi univoci idonei a ricondurre le offerte formulate ad un unico centro decisionale, disporrà l'esclusione dalla gara delle imprese coinvolte, dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica e previo contraddittorio.

La ratio della disposizione è da rinvenire nell'esigenza di garantire la trasparenza e la parità di trattamento nelle procedure ad evidenza pubblica, le quali, potrebbero essere gravemente

²⁰ Art. 2359 Codice Civile: Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi. Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati. Nell'art. 2359, libro V, del Codice civile, la nozione di società controllate e quella di società collegate fu data allo scopo di evitare l'annacquamento del capitale, mediante limitazioni alla legittimazione negoziale societaria aventi ad oggetto atti di disposizione di azioni o di quote (gli artt. 2359-bis e 2359-ter stabiliscono infatti, il divieto di sottoscrizione di azioni o quote della società controllante da parte della controllata). Allo stesso modo, il legislatore, al fine di evitare l'inquinamento del confronto concorrenziale nelle gare di appalto derivante da possibili intese collusive aventi ad oggetto la presentazione delle offerte tra le imprese partecipanti, ha richiamato, nella disciplina dei soggetti ammessi alle gare, le situazioni di controllo previste dalla normativa in parola. Tale richiamo ha comportato il sorgere di un'ulteriore limitazione della legittimazione negoziale, relativa naturalmente alle procedure ad evidenza pubblica, consistente nel divieto di partecipazione alla medesima gara per le società che sono in rapporto di controllo. In virtù di quanto esposto un breve commento alla normativa citata è necessario per illustrare alcuni profili di diritto commerciale, che meglio possono far comprendere la delicatezza delle problematiche che comporta l'applicazione di un tale articolo nelle procedure ad evidenza pubblica. Nello specifico, l'art. 2359 c.c., che è stato così novellato dal D. Lgs. n. 6/03, contiene la definizione generale di società controllata. Il legislatore disciplina nella norma in oggetto esclusivamente il controllo tra società, mentre non definisce né regola l'ipotesi in cui il controllo sia esercitato da una persona fisica. La norma prevede tre possibili forme di controllo: la prima (n.1) dà luogo al così detto controllo interno di diritto, la seconda (n. 2) ad un controllo interno di fatto, la terza (n.3) disciplina il caso di un controllo esterno di fatto. Nella prima ipotesi, in cui la società controllante dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria della controllata, stante l'ampia modulabilità del diritto di voto, deve verosimilmente tenersi conto di tutte le azioni che lo attribuiscono almeno con riferimento alle cariche sociali. Nella seconda ipotesi, invece, la società controllante, pur non disponendo della maggioranza dei voti, è comunque in condizione di esercitare un'influenza dominante sulla controllata. Tale situazione di controllo può profilarsi in conseguenza dell'assenteismo dei soci, così che anche disponendo della semplice maggioranza relativa dei voti si è in grado di condizionare significativamente l'orientamento assembleare. Nei casi su esposti il controllo può essere anche indiretto. In questo caso si deve tenere conto dei voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta. Si ritiene che, nella nozione di persona interposta, rientrino tutti i casi in cui l'azione è detenuta da un terzo fiduciario della società, sia se è titolare dell'azione stessa, sia se ne è mero possessore legittimato. Il punto 3 prevede un'influenza dominante discendente da rapporti contrattuali. Tale figura di controllo si caratterizza per il fatto che dal perdurare dei vincoli contrattuali deriva una dipendenza dell'attività e della potenzialità imprenditoriale della controllata nei confronti della controllante. Nel terzo comma della normativa in oggetto si introduce la figura del collegamento tra società che deriva dalla circostanza che l'una eserciti sull'altra un'influenza notevole. Il legislatore non indica alcun presupposto tipico costitutivo di influenza notevole dal quale derivare la presenza di un collegamento. Tuttavia, la sussistenza del collegamento è presunta (la presunzione è relativa), quando una società dispone di un quinto dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di un'altra, o un decimo, se quest'ultima ha azioni quotate in borsa. Corre l'obbligo inoltre di precisare che il concetto di controllo è diverso da quello di gruppo. Il gruppo è considerato un complesso di società soggette ad un'unitaria attività di direzione e coordinamento che non costituisce un soggetto di diritto a se stante, e l'appartenenza ad esso non fa venir meno l'autonomia giuridica di ciascuna delle società che lo compongono (Cfr. *Cass.*, 3805/97; 521/99; 6361/00). L'esistenza di una situazione di controllo tra diverse società è dunque un presupposto necessario ma non sufficiente per la formazione di un gruppo; è fondamentale, infatti, che l'influenza dominante si espliciti effettivamente nell'esercizio di un'attività di direzione unitaria.

inquinata dall'influenza esercitata da un collegamento di fatto o di diritto sulla indipendenza delle offerte. La sopra citata normativa è, tuttavia, frutto di un recente intervento del legislatore²¹, che in attuazione dei principi enunciati dalla Corte di Giustizia Europea Sez. IV sentenza 19/05/09 proc. C-538/07, ha abrogato il c. 2 dell'art.34 D.Lgs.163/06, ricollocandone le prescrizioni nell'art. 38 c. 1, lettera m-quater, e c. 2, D. Lgs.163/06, rivoluzionando, così, il consolidato impianto normativo nazionale nel quale si prevedeva l'automaticità dell'esclusione per i casi di controllo ex art. 2359, c. 1, c.c., e l'esclusione, previo contraddittorio, in presenza di indizi gravi precisi e concordanti nelle altre ipotesi non codificate.

La nuova normativa supera, dunque, l'automatismo dell'esclusione e ridisegna il ruolo della stazione appaltante attraverso l'introduzione di una necessaria fase istruttoria sub-procedimentale all'esito della quale può essere disposta con provvedimento motivato l'esclusione delle concorrenti collegate. Il recente intervento legislativo ha di contro portato diverse difficoltà di applicazione, che hanno fatto emergere tutta una serie di problematiche sorte in conseguenza del nuovo quadro normativo che, come si è detto, ha inciso in maniera sostanziale sulla disciplina del controllo nelle gare pubbliche. Tali questioni riguardano:

- la tempistica e le modalità di gestione del sub-procedimento istruttorio, instaurato dalla stazione appaltante al fine di accertare l'influenza sulle reciproche offerte delle due imprese in rapporto di controllo (il legislatore non è infatti intervenuto sulla regolamentazione di tale aspetto);

- la tipologia della documentazione da allegare da parte delle partecipanti per dimostrare l'assenza dell'unicità del centro decisionale e l'autonomia delle offerte (è appena il caso di precisare, che le difficoltà a carico dei concorrenti aumentano in maniera significativa nel caso in cui bisogna allegare una documentazione idonea a dimostrare che il dichiarato collegamento di fatto sussistente tra due o più imprese non ha influenzato l'indipendenza delle rispettive offerte)²²;

- l'entità dei poteri ispettivi configurabili in capo alla stazione appaltante ed il loro esercizio;

- il momento del procedimento nel quale, all'esito del contraddittorio, va disposta l'eventuale esclusione e le ripercussioni sulla determinazione della soglia di anomalia (in particolare, l'utilizzo dell'entità dell'offerta economica come elemento di prova della sussistenza di un unico centro di interessi, si configura come ancor più importante in seguito all'intervento del legislatore).

Alle problematiche su esposte, che non hanno a tutt'oggi trovato un'univoca soluzione, non può essere fornito un tentativo di soluzione senza prima aver delineato un quadro normativo, dottrinario e pretorio riguardante la disciplina del rapporto di controllo e di collegamento nelle procedure ad evidenza pubblica.

²¹ Con il D.L. n. 135/09 (art.3), convertito con Legge n. 166/09 in materia di attuazione di obblighi comunitari, è stato soppresso il comma 2 dell'art.34 D. L.gs. n. 163/06 ed apportata una modifica all'art. 38 del medesimo testo legislativo. All'interno del citato articolo, è stata inserita un'ulteriore causa di esclusione legata al rapporto di controllo o collegamento fra imprese partecipanti alla medesima gara. Il controllo societario, come causa di esclusione, era tuttavia già stato previsto dal legislatore con la così detta legge Merloni *ter* (art.3 comma1 L.415/98), con la quale si inseriva il comma 1 *bis* all'art.10 della legge 109/94, con la previsione per cui non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile. Con l'entrata in vigore del D. Lgs. n. 163/06 veniva superata la previsione del comma 1*bis* dell'art.10 L. n. 109/94. L'art.34, infatti, al secondo comma introduceva accanto al controllo formale il collegamento sostanziale, ampliando in maniera significativa la precedente previsione normativa. La legge n. 166/09 ha infine collocato la disciplina del controllo societario nelle gare pubbliche all'interno dell'art.38, abrogando la disposizione contenuta al comma 2 dell'art.34.

²² Cfr. la determinazione Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture n.1 del 2010 riportata per estratto infra in nota 25.

2.3.1 L'evoluzione normativa: dalla l. 109/94 alla posizione iniziale del codice dei contratti. Corte di giustizia europea, sezione iv, sentenza 19 maggio 2009 e la nuova lettera m-quater) dell'articolo 38 Codice Appalti. L'introduzione nel nostro ordinamento del divieto di partecipazione alla medesima gara delle imprese che si trovino in una relazione di controllo, è avvenuta tramite la formulazione del c.1-bis dell'art.10 L.109/94 (Legge Merloni) disposta dall'art. 3, c. 1, L. n. 415/98 (Legge Merloni-ter)²³, a seguito di un vivace dibattito giurisprudenziale. In particolare, data la perdurante assenza di una previsione normativa, un primo orientamento della giurisprudenza²⁴ riteneva illegittime le clausole dei bandi di gara che comportassero, in assenza di effetti distorsivi della concorrenza prodottisi in concreto, un'esclusione automatica per effetto della sola sussistenza di un rapporto di controllo tra più soggetti partecipanti. L'assunto esposto si basava sul presupposto che la ricorrenza di una siffatta situazione non era considerata, di per sé, idonea a testimoniare l'esistenza di interferenze, di condizionamenti o di reciproci accordi, in grado di turbare il corretto svolgimento della selezione a nocimento del pieno e libero confronto concorrenziale. Diversamente, un altro filone giurisprudenziale²⁵ riteneva che il collegamento tra diversi soggetti partecipanti alla medesima gara fosse in grado di alterare in maniera certa la par condicio e la segretezza delle offerte, dovendo condurre, senz'altro, all'esclusione dei soggetti che si trovassero in siffatta situazione. A sopire momentaneamente il dibattito giurisprudenziale interveniva, come si è detto, il disposto inserito nell'art.10, c.1-bis, L. n. 109/94 che sanciva il divieto di "partecipazione alla medesima gara per le imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art.2359 c.c."²⁶. Il disposto normativo citato recepiva la necessità di inibire la

²³ Art.10 comma 1-bis L.109/94: "Non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile".

²⁴ Cfr. Cons. St., sez. IV, 16/99; Tar Basilicata, 347/98, nella cui pronuncia si fa riferimento ai fini in esame "ad un rapporto idoneo a consentire un flusso informativo in merito alla fissazione dell'offerta ovvero agli elementi valutativi alla stessa sottostanti che si verifica in presenza di un intreccio di organi amministrativi o tecnici tale da far sì che il rischio che un'intesa preventiva, in astratto sempre presente, in una seria e ragionevole presunzione di riconducibilità delle offerte al medesimo centro decisionale". Tar Campania, Napoli, sez. I, 3359/97, secondo cui "il problema della rilevanza dei rapporti di controllo tra più soggetti partecipanti alla medesima gara non può essere risolto sul piano formale in termini di automatica esclusione degli stessi, ma deve correttamente porsi sul piano sostanziale della verifica dell'effettiva incidenza di tali rapporti sui profili della segretezza e dell'effettività della concorrenza che devono presiedere allo svolgimento della gara". Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 1948/97, in base al quale "la situazione di collegamento o di controllo tra più imprese partecipanti non comporta di per sé la sussistenza di interferenze, condizionamenti, accordi o altro che possa rappresentare un pericolo per la concorrenza e trasparenza della gara, poiché le scelte di partecipare o meno ad una determinata gara competono, nelle logiche aziendali, agli amministratori, fermo restando che l'amministrazione può valutare se sussista, nel caso concreto, il predetto pericolo, a causa dell'effettiva sussistenza di una commistione tra gli organi amministrativi o di rappresentanza delle imprese concorrenti, e, nel caso, procedere all'esclusione dalla gara".

²⁵ Cfr. Cons. St., sez. IV, 344/94, secondo cui "la necessità che le offerte espresse nell'ambito di una gara non siano riconducibili al medesimo centro decisionale non è adeguatamente assicurata nel caso di due distinti soggetti partecipanti che siano amministrati dalla stessa persona"; Tar Piemonte, sez. II, 31/98, il cui disposto ha fatto discendere "la legittima esclusione dalla gara di un'impresa il cui socio di maggioranza era anche direttore tecnico, con funzioni di rappresentanza, di un'altra ditta partecipante alla medesima procedura di selezione, e ciò in quanto la rilevata situazione di intreccio è stata considerata in grado di far ritenere i due soggetti come espressione, in realtà, di un unico centro di interessi con relativa possibilità concreta di uno scambio di informazioni e di preventiva concertazione di volontà nella formulazione delle offerte". Tar Sardegna, 2104/94, sottolinea "la possibilità, in caso di rapporto di controllo tra più partecipanti alla medesima procedura, che la media matematica delle offerte ne risulti influenzata".

²⁶ Mentre la giurisprudenza aveva unitariamente interpretato che l'esclusione prevista in presenza delle ipotesi di cui all'art. 2359 c.c., scattasse automaticamente una volta che la stazione appaltante avesse accertato la situazione di controllo intercorrente tra due imprese partecipanti alla medesima gara (per tutti Cons. St., sez. VI, 6037/08); di contro, era giunta a conclusioni divergenti in relazione all'ipotesi nella quale due concorrenti nella medesima gara non fossero reciprocamente controllate, ma fossero possedute da

partecipazione alla medesima procedura concorsuale pubblica ai soggetti legati da rapporti tali da far presumere un turbamento nello svolgimento della gara, derivante da situazioni di influenza dominante oppure da situazioni di “collusione”, in grado di influire sulle offerte presentate dai concorrenti e sul corretto e libero confronto concorrenziale, in violazione dei principi di segretezza, trasparenza e par condicio. Il divieto di partecipazione alle gare pubbliche e la conseguente automatica esclusione a carico dei concorrenti controllati previsto dal c.1-bis dell’art.10 L. n. 109/94, riguardava non solo le compagini societarie ma anche le imprese individuali e, più in generale, qualsiasi tipo di impresa indipendentemente dalla configurazione soggettiva con la quale partecipava alla gara.²⁷ Il carattere di norma imperativa posta a tutela dell’ordine pubblico economico della disposizione illustrata, che trovava un punto di equilibrio²⁸ tra l’art. 41 Cost. e l’art. 97 Cost., ad avviso della giurisprudenza²⁹, comportava inoltre la sua applicazione indipendentemente da una specifica disposizione in tal senso da parte dell’amministrazione appaltante. La ricorrenza

un’altra società rimasta estranea alla procedura, in grado comunque di esercitare nei confronti di entrambi i concorrenti l’influenza dominante o notevole, richiamata dall’art.2359 c.c. Secondo un primo orientamento, anche in tal caso, opererebbe il divieto di partecipazione e la conseguente esclusione automatica (*Cons. St., sez. IV, 2950/07; Cons. St., sez. V, 4285/08; Cons. St., sez. IV, 1459/09*). Un altro orientamento, peraltro minoritario, riteneva l’appartenenza di due imprese concorrenti ad un’unica società madre, soltanto un elemento di prova da valutare ai fini dell’imputabilità delle due offerte ad un unico centro decisionale (*Cons. St., sez. VI, 6037/08*). Un’ulteriore riflessione può essere dedicata al terzo comma dell’art.2359 c.c. “*Sono considerate collegate le società sulle quali un’altra società esercita un’influenza notevole L’influenza si presume quando nell’assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati*”. L’esclusione prevista nei casi di influenza notevole, è da ritenersi sempre non automatica. Infatti anche la presunzione contenuta nella seconda parte del comma terzo dell’articolo 2359 c.c. è considerata dalla giurisprudenza relativa e quindi vincibile con prova contraria. Cfr. Neri G., *Note in tema di partecipazione di gruppi di società alle gare d’appalto di lavori pubblici*, in *Foro Amministrativo Tar*, 2003, 367 ss.

²⁷ Cfr. *Cons. St., sez. IV, 5196/04*, in *Diritto e Giustizia*, 2004, 74 ss., con nota di Alesio M. *Collegamento tra imprese: una realtà proteiforme*; *Cons. St., sez. VI, 3089/05; Cons. St., sez. IV, 6367/04; Cons. St., sez. IV, 1328/07*, secondo cui “*il divieto di partecipazione previsto dall’art. 10 comma 1-bis, della L. 109/94, non si applica soltanto alle società, in quanto il rispetto dei fondamentali principi della par condicio e della segretezza delle offerte, posti a garanzia della regolarità della procedura concorsuale, nell’interesse sia della pubblica amministrazione che dei partecipanti, postula necessariamente che tra i concorrenti ad una gara non venga in rilievo una relazione idonea a consentire un flusso informativo in merito alla fissazione dell’offerta, ovvero agli elementi valutativi ad essa sottostanti, quale che sia la configurazione soggettiva con la quale le imprese partecipano alla gara, e, quindi, anche nel caso di imprese individuali*”; *Cons. St., sez. VI, 3093/05*, nella quale analogamente “*tale Sezione aveva già in precedenza specificato che l’esclusione in parola riguarda, non solo le ipotesi di influenza dominante tipizzate per le società dall’art. 2359 c.c., o le altre fattispecie di controllo societario, bensì ogni caso di reciproca influenza tra le imprese partecipanti alla gara in qualsiasi forma costituite, altrimenti la scelta di adottare una struttura dell’impresa non societaria costituirebbe un modo per eludere la legge*”.

²⁸ Sulla necessità di temperare le esigenze della libertà d’iniziativa economica privata tutelata dall’art.41 Cost., con quelle legate alla necessaria imparzialità dell’attività amministrativa ex art.97 Cost. si veda Sinisi M., *Il collegamento di imprese: elementi di riscontro e incompatibilità con la gara pubblica*, in *Foro Amministrativo Tar*, 2003, 3556 ss.; Spagnuolo Vigorita R., *Collegamento d’ imprese nelle gare d’appalto: sulla necessità della ricerca di un punto di equilibrio tra la tutela della concorrenza e la garanzia della regolarità sostanziale delle procedure di scelta del contraente*, in *Foro Amministrativo Tar*, 2002, 2893 ss.

²⁹ Fra tutte: *Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 1272/07; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 594/06; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 181/04; Tar Lazio, sez. III, 1024/02; Cons. St., sez. V, 4850/08; Cons. St., sez. IV, 5196/04; Cons. St. sez., IV, 5185/04; Tar Campania, Napoli, sez. I, 2197/07; Cons. St., sez. I, 1569/04; Cons. St., sez. V, 4879/04; Cons. St. sez., IV, 6424/01; Tar Piemonte, sez. II, 1776/04; Tar Sicilia Palermo, sez. III, 4159/06*, in cui si sottolinea “*come la potestà della pubblica amministrazione di provvedere al fine di assicurare la massima trasparenza e concorrenzialità tra le offerte in gara deriva direttamente dai principi costituzionali di buon andamento ed efficienza, come anche dai principi di efficacia e trasparenza dell’azione amministrativa. Pertanto la previsione di cui all’art.2359 c.c., contenendo una norma di ordine pubblico ,deve trovare applicazione indipendentemente da una specifica previsione in tal senso da parte della stazione appaltante...*”; *Tar Lombardia, sez. III, 1262/03*, che sottolinea come “*il carattere di norma imperativa posta a tutela dell’ordine pubblico economico che, in quanto tale non può essere disattesa*”.

di una delle situazioni di controllo di cui al c. 1 dell'art. 2359 c.c. era rilevante ex se, poiché gravava l'amministrazione dell'obbligo di procedere all'esclusione automatica delle imprese coinvolte. Infatti, il provvedimento di esclusione era basato su di una presunzione juris et de iure di conoscibilità delle rispettive offerte presentate dai partecipanti che, in quanto tale, non poteva essere confutata neppure fornendo la prova che la compagine controllata aveva formulato l'offerta in totale autonomia.

La cd. Merloni-ter aveva l'indubbio pregio di operare un deciso intervento a tutela del bene giuridico consistente nel corretto e trasparente svolgimento delle gare pubbliche, attraverso la introduzione di una disposizione di carattere eccezionale che, in quanto tale, non era suscettibile di estensione analogica. Tutto ciò aveva portato la giurisprudenza ad interrogarsi circa la possibilità di escludere dalla partecipazione ad una gara pubblica imprese che, pur non versando formalmente in una delle situazioni di controllo previste dall'art. 2359, c. 1, c.c., tuttavia mostrassero degli elementi di collegamento, anche solo sostanziali, tali da far legittimamente dubitare del rispetto del principio della segretezza delle offerte. Fin dai primi anni del 2000 la giurisprudenza e la dottrina prevalente, invocando un nuovo intervento del legislatore, affermavano che non si potesse escludere l'esistenza di altre ipotesi di controllo o collegamento sostanziale idonee ad alterare il regolare svolgimento delle procedure concorsuali al di là di quelle tipizzate³⁰; e che fosse, quindi, in facoltà dell'amministrazione appaltante introdurre clausole di esclusione dalla

³⁰ In senso contrario ha avuto modo di esprimersi una giurisprudenza (*Tar Lazio Roma, sez. III, 4170/05; Tar Lazio Roma, sez. III, 4171/05; Tar Lazio Roma, sez. III, 5182/05*), peraltro minoritaria, la quale è giunta ad affermare che il divieto, sancito dall'art.10 comma 1-bis, L.109/94, di partecipazione a gare pubbliche rivolto alle imprese che si trovino tra loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art.2359 c.c., va inteso in senso tecnico. Infatti, ad avviso dei giudici della terza sezione del Tar del Lazio, la previsione di cui all'art.2359 c.c., consente un'eccezione ai principi costituzionali in tema di iniziativa economica e di eguaglianza, non essendo pertanto, suscettibile di interpretazione estensiva o analogica. In base a tale assunto si può affermare l'illegittimità del bando di concorso che preveda il divieto di partecipare ad una gara d'appalto nonché l'esclusione dalla stessa per le imprese che si trovino tra loro in una situazione di collegamento diverso dal controllo di cui all'art.2359 c.c., atteso che il c.d. collegamento sostanziale non è previsto da alcuna norma. Una parte della dottrina (Baccarini S., *Il collegamento sostanziale tra imprese nelle gare d'appalto, tra diritto giudiziario e accertamenti indiziari*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 253 ss.), rimasta isolata, in accordo con la giurisprudenza citata, ritiene che la norma in questione è la chiara espressione della volontà del legislatore di includere in tale divieto le sole situazioni di controllo e di escluderne quelle di collegamento, trattandosi di una posizione tassativa, perché non fondata su di una tecnica normativa di presunzione legale. Infatti, a differenza di quanto ritenuto dalla maggior parte della giurisprudenza, la normativa in esame, è da ritenersi di stretta interpretazione, in quanto in grado di determinare una penetrante limitazione della legittimazione negoziale delle imprese, in deroga ai principi privatistici della personalità giuridica e della autonomia patrimoniale delle società. Inoltre, il concetto di collegamento sostanziale scontrerebbe una notevole indeterminatezza derivante dal fatto che la sua definizione è lasciata ad una serie di indizi eterogenei, per natura e per efficacia probatoria, nessuno dei quali è considerato infettibile. Pertanto, per la citata dottrina, il collegamento sostanziale non poggiando su alcuna base normativa, non consentirebbe alle stazioni appaltanti di introdurre discrezionalmente nei bandi clausole di esclusione dalle gare delle imprese che versassero in tali situazione. Anche l'Autorità per la Vigilanza sui contratti, lavori, servizi e forniture inizialmente aveva dato una lettura particolarmente restrittiva della previsione normativa ex Merloni-ter. Infatti, nell'Atto di regolazione del Consiglio 27/00, osserva "*che il dettato dell'art.10 comma 1-bis, è da ritenersi una norma a carattere imperativo a tutela dell'ordine pubblico economico, come tale non estensibile a fattispecie espressamente non previste, a pena tra l'altro di violazione del canone costituzionale di tutela della libera iniziativa economica privata e del principio della garanzia della massima partecipazione alle gare. In particolare*" prosegue l'Autorità "*il mancato richiamo non possa ritenersi casuale, perché qualora il legislatore avesse inteso riferirsi anche alle situazioni di collegamento lo avrebbe fatto espressamente. Ne consegue, in linea di principio l'illegittimità delle clausole del bando di gara che stabiliscono automatici divieti di partecipazioni a gare di imprese tra loro caratterizzate dalla presenza di una influenza notevole dell'una sull'altra o sulle altre*" (in tal senso anche la Determinazione n. 22/00 nella quale si ribadiva che "*il divieto di cui all' art. 10 comma 1-bis, è da considerarsi relativo esclusivamente al caso di società che si trovino tra loro in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c.*"). L'Autorità per la Vigilanza sui contratti, lavori, servizi e forniture cambierà nettamente orientamento a partire dalla Determinazioni n.10/03 e n. 101/04.

gara in presenza di ulteriori fattispecie, con il limite del rispetto dei principi di ragionevolezza e logicità³¹. Si specificava inoltre, sempre in via pretoria³², che l'esclusione in presenza di fattispecie non tipizzate non poteva essere automatica, ma doveva basarsi sulla constatazione di fatti gravi, precisi e concordanti in presenza dei quali, in base alla regola dell'*id quod plerumque accidit*, si poteva ragionevolmente e verosimilmente ritenere sussistente la conoscenza delle rispettive offerte da parte delle imprese coinvolte e la conseguente alterazione della gara. In buona sostanza, ad avviso della giurisprudenza interna, mentre nelle ipotesi di controllo di cui all'art. 2359, c. 1, c.c. si verificava l'esclusione dalla gara ex lege dei concorrenti interessati, nei casi non tipizzati invece, la stazione appaltante soltanto dopo aver istaurato il contraddittorio, al fine di accertare la presenza di circostanze concrete tali da inquinare la correttezza della procedura di gara, poteva con provvedimento adeguatamente motivato escludere i concorrenti collegati. Tutto ciò sia in applicazione di specifiche previsioni riguardanti ipotesi di collegamento contenute negli atti di gara, che in assenza di espresse disposizioni della *lex specialis*³³. Le numerose sollecitazioni dottrinali e giurisprudenziali spingevano il legislatore con il c. 2 dell'art. 34 D. Lgs. n.163/06³⁴, a recepire la regola formulata dalla giurisprudenza secondo la quale le stazioni appaltanti potevano escludere dalla gara, oltre ai concorrenti che si

³¹ Cons. St., sez. V, 4879/04, "*Pertanto, la stazione appaltante può prevedere nella lex specialis ulteriori ipotesi di esclusione capaci di alterare la segretezza, la serietà e l'indipendenza delle offerte, purché l'individuazione non superi il limite della ragionevolezza e della logicità al fine di non aggravare in modo eccessivo il procedimento, che deve pur tendere ad un'ampia partecipazione al fine della scelta del giusto contraente*". La giurisprudenza interna sembra anticipare le posizioni della Corte di Giustizia UE, sez. IV, sentenza 19/05/09, n. C-538/07, "*..... non osta a che uno Stato membro, in aggiunta alle cause di esclusione contemplate dal diritto comunitario, preveda ulteriori cause di esclusione finalizzate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, a condizione che tali misure non eccedano quanto necessario per conseguire la suddetta finalità*" (punto 23); ancora "*ne consegue che la conformità al diritto comunitario della normativa nazionale deve essere esaminata alla luce del principio di proporzionalità*" (punto 24).

³² Cfr. Cons. St., sez. VI, 3093/05; Cons. St., sez. V, 1644/05; Cons. St., sez. IV, 5792/04; Cons. St., sez. V, 4879/05; Cons. St., sez. V, 2317/04; Cons. St., sez. V, 2729/04; Cons. St., sez. V, 5721/06; secondo cui nei casi non rientranti nella previsione di cui all'art. 2359 c.c. "*l'esclusione non può essere automatica, dovendosi valutare in concreto se la fattispecie possa ragionevolmente indurre a ritenere violati i principi posti a garanzia della trasparenza e della concorrenza della procedura.....la stazione appaltante non può desumere l'esistenza di un unico centro decisionale, in assenza di elementi idonei a rappresentare l'esistenza.*"; Tar Veneto, sez. I, 1128/04; Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 2543/05; Tar Puglia, Bari, sez. I, 41/06, nella quale si "*collega l'esclusione a situazioni di collegamento ed intreccio di interessi idonei a costituire indice in concreto di una alterazione della gara*"; Tar Campania, Napoli, 2197/07, in cui "*l'esclusione non può essere automatica, dovendosi ricercare indizi gravi precisi e concordanti, non tipizzati preventivamente, ma nondimeno attestanti, secondo criteri di ragionevolezza, la provenienza delle offerte da un unico centro decisionale, a prescindere dall'esistenza di una formale situazione di controllo formale ex art. 2359 c.c.*"; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 4207/04, "*il collegamento tra imprese non comporta, di per sé, necessariamente la nascita di un autonomo centro di interessi, poiché in astratto le società collegate mantengono la propria personalità giuridica e la propria autonomia.....Ciò posto, resta impregiudicata, la possibilità per la stazione appaltante, di procedere comunque all'esclusione ma solo sulla base dell'accertamento di circostanze concrete che inducano verosimilmente a ritenere violati i principi di segretezza delle offerte e di par condicio*".

³³ Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III-ter, 12496/06; Tar Lazio, Roma, sez. III, 5425/04; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 4698/02; Cons. St., sez. VI, 3089/05, secondo cui "*anche in assenza di espresse previsioni della lex specialis, la stazione appaltante deve comunque disporre l'esclusione di offerte, in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti non previamente tipizzabili, che provengono da un unico centro decisionale*"; Cons. St., sez. V, 4285/08; Cons. St., sez. VI, 6449/06, ove "*nel confermare la rilevanza dell'esclusione da una gara, delle ipotesi non codificate di collegamento sostanziale, si afferma la non assoluta necessità che essa sia stata esplicitata nel bando di gara*".

³⁴ Art. 34 D. Lgs. n. 163/06 comma secondo: "*Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile. Le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi*"

trovavano in una delle ipotesi tipizzate di controllo, anche quelli per i quali si accertava che le relative offerte erano imputabili ad un unico centro decisionale. Nello specifico, il c. 2 dell'art. 34 D. Lgs. n. 163/06, attraverso una formulazione strutturalmente complessa, privilegiava il corretto svolgimento delle gare pubbliche evitando così la facile elusione dei principi di trasparenza e par condicio da parte di imprese che, pur non versando in una situazione formale di controllo, fossero di fatto riconducibili ad un unico centro decisionale, tanto da condizionare la presentazione delle offerte e, di conseguenza, l'esito della procedura concorsuale. Proprio la necessità di arginare la relativa facilità di predisporre da parte di due o più imprese una strategia comune, sulla base di forti legami strutturali diversi dalle ipotesi codicistiche di controllo, e dunque in grado di sfuggire al divieto di partecipazione ed alla conseguente esclusione automatica costituivano la ratio dell'intervento normativo. La lettera della norma delineava, quindi, un sistema con due diverse modalità di esclusione in presenza di controllo o collegamento³⁵.

Nella prima parte, il c. 2 dell'art. 34 D. Lgs. n. 163/06, riprendendo la previsione già contenuta nell'art. 10, c.1-bis, L. n. 109/94, confermava l'automaticità dell'esclusione legata ai casi di controllo previsti dall'art. 2359, c. 1, c.c. Nella seconda parte, invece, subordinava l'esclusione alla presenza nello specifico ed in concreto di univoci elementi, tali da configurare un collegamento sostanziale³⁶ idoneo a rappresentare un caso di turbativa del corretto svolgimento della procedura concorsuale³⁷. La presenza degli univoci elementi, idonei a configurare un unico centro decisionale ed a pregiudicare l'imparzialità e la regolarità della gara, è data da una pluralità di indizi gravi, precisi e concordanti tali da ingenerare il più che ragionevole sospetto che l'accordo tra le partecipanti possa pregiudicare la par condicio e la segretezza delle offerte della procedura³⁸. Per quanto riguarda, infine, la individuazione dei su indicati elementi, la giurisprudenza a titolo esemplificativo ne ha rinvenuto la presenza nei seguenti casi: indicazione nelle stesse buste spedite dalle stesse imprese della medesima sede amministrativa³⁹; esistenza di rapporti di

³⁵ Si noti il novum esistente in questa disposizione rispetto al precedente assetto legislativo: da un lato, sul piano sistematico strutturale, il tema del controllo e del collegamento diviene regola generale per tutti gli appalti pubblici, siano essi lavori servizi o forniture, sopra o sotto soglia, nei settori ordinari o speciali; dall'altro, l'art. 34 secondo comma, a differenza della legge Merloni, dava rilevanza non soltanto al controllo giuridico di cui all'art. 2359 del codice civile, ma prevedeva anche la rilevanza, ai fini della esclusione dalla gara, del controllo fattuale, materiale. E non era più necessaria una previsione di bando, atteso che anche nel silenzio della lex specialis, per il fenomeno di eterointegrazione, la norma riceveva immediata applicazione.

³⁶ Già prima dell'intervento normativo, l'istituto del collegamento sostanziale è stato inteso come una "norma in bianco", sulla cui base veniva disposta l'esclusione dalla gara delle offerte di cui fosse accertata l'imputabilità ad un unico centro decisionale in virtù della presenza di indizi rivelatori o di indizi gravi, precisi e concordanti. Cfr. Guccione G., *Il collegamento sostanziale tra imprese partecipanti ad una gara*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2007, 1074, s.

³⁷ Cfr. Cons. St., sez V, 5578/09, e Cons. St., sez. IV, 949/09.

³⁸ Anche l'Autorità per la Vigilanza sui contratti, lavori, servizi e forniture ribadendo posizioni già peraltro assunte in precedenti Determinazioni (Cfr. Det. n. 10/03, e n. 101/04), prendeva atto che "oltre alla situazione di controllo da cui discende l'automatica esclusione dalla gara, l'art. 34 comma 2, prevede come ulteriore ipotesi legittimante l'estromissione dalla procedura ad evidenza pubblica, l'accertamento, da parte della stazione appaltante, che i concorrenti abbiano presentato offerte imputabili ad un unico centro decisionale sulla base di univoci elementi. Da quest'ultimo punto di vista" prosegue l'Autorità, "affinchè la stazione appaltante possa considerarsi abilitata ad emettere il provvedimento di esclusione in caso di collegamento sostanziale distorsivo del corretto esplicarsi della procedura ad evidenza pubblica, occorre compiere un esame approfondito del caso concreto, prendendo in considerazione soltanto elementi oggettivi di riconoscibilità del collegamento sostanziale, utili per poter affermare che le offerte di alcuni concorrenti siano oggettivamente riconducibili ad un medesimo centro di interessi, ovvero ad un centro decisionale comune. Laddove, invece, la situazione di collegamento non sia acclarata a mezzo di elementi oggettivi, essa, tuttavia, può essere desunta da elementi indiziari, purchè siano sempre oggettivi e concordanti, numerosi ed univoci". (Determinazione n.1 del 29 Marzo 2007).

³⁹ Cfr. Tar Toscana, sez. II, 1391/08, e Tar Lazio, sez. II-ter, 437/07.

parentela tra amministratori delle società⁴⁰; spedizione delle offerte lo stesso giorno, la stessa ora dallo stesso ufficio⁴¹; veste grafica dell'offerta identica e stessi errori⁴²; rilascio delle polizze fideiussorie presentate come cauzione, da parte della stessa compagnia e agenzia di assicurazioni nella medesima data e con numero progressivo successivo⁴³; coincidenza del numero di fax e dell'indirizzo di posta elettronica⁴⁴; garanzie bancarie rese dagli stessi istituti, con lettere recanti la medesima data⁴⁵.

La disciplina⁴⁶ relativa al controllo ed al collegamento nelle procedure ad evidenza pubblica, così come illustrata, è stata recentemente modificata allo scopo di dare attuazione ai principi enunciati dalla **Corte di Giustizia Europea, Sez. IV, sentenza 19/05/09, proc. C-538/07**. La pronuncia del Giudice comunitario è stata determinata a seguito della rimessione da parte del Tar Lombardia della questione di conformità all'ordinamento comunitario (art.29 c.1, Direttiva 92/50/CEE)⁴⁷, della norma contenuta nell'art. 10, c.1-bis, L. n. 109/94 (c.d. Legge Merloni), il cui testo era confluito, nelle more del giudizio, nell'art. 34, c. 2, D. Lgs. n. 163/06.

Un esame dei passaggi fondamentali della sentenza della Corte è indispensabile per comprendere la ratio sottesa alla modifica della normativa interna. La Corte comunitaria⁴⁸,

⁴⁰ Cfr. Tar Lazio, sez. II, 437/07 e Cons. St., sez. VI, 3089/05, tuttavia ad avviso del Tar Lazio, Roma, 4096/07, *“la semplice partecipazione degli stessi soggetti nell'ambito di una pluralità di persone giuridiche, non appare di per sé requisito sufficiente ad integrare il presupposto applicativo della esclusione dalla gara di appalto per collegamento sostanziale, in considerazione della assenza del presupposto dei gravi indizi necessari ai fini della integrazione della fattispecie presuntiva”*.

⁴¹ Cfr. Tar Toscana, sez. II, 127/07, e Tar Lazio, Roma, sez. III, 81/07.

⁴² Cfr. Tar Lazio, 11617/07.

⁴³ Cfr. Tar Lazio, sez. III, 3711/08.

⁴⁴ Cfr. Tar Lazio, sez. III, 3711/08, e Cons. St., 2721/04.

⁴⁵ Cfr. Tar Lazio, sez. III, 85/07, e Tar Lazio, sez. III, 2518/08. Per un elencazione sintetica di una pluralità di indizi gravi precisi e concordanti cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 99/09. Non mancano, tuttavia in giurisprudenza, casi nei quali pur ricorrendo buona parte degli indizi rivelatori riportati, il giudice abbia escluso la sussistenza del collegamento sostanziale. (Tar Toscana, sez. II, 1391/08).

⁴⁶ In sintesi la nuova formulazione della seconda parte del comma secondo dell'art. 34 D. Lgs. n.163/06, consentiva alle stazioni appaltanti, previo contraddittorio ed al di fuori delle ipotesi tipizzate, di escludere i concorrenti per i quali risultava accertato che le rispettive offerte fossero imputabili ad un unico centro decisionale sulla base di univoci elementi.

⁴⁷ Art. 29, comma primo, Direttiva del Consiglio 92/50/CEE: *“Può venir escluso dalla partecipazione ad un appalto qualunque prestatore di servizi il quale: a) sia in stato di fallimento, di liquidazione, di amministrazione controllata, di concordato preventivo, di sospensione dell'attività commerciale o si trovi in qualsiasi altra situazione analoga derivante da una procedura simile prevista dalle leggi e dai regolamenti nazionali; b) sia oggetto di procedimenti di dichiarazione di fallimento, di liquidazione coatta o di amministrazione controllata, di un concordato preventivo oppure di qualunque altro procedimento simile previsto dalle leggi o dai regolamenti nazionali; c) sia stato condannato per un reato relativo alla condotta professionale di prestatore di servizi, con sentenza passata in giudicato; d) si sia reso responsabile di gravi violazioni dei doveri professionali, provate con qualsiasi elemento documentabile dall'amministrazione; e) non abbia adempiuto obblighi riguardanti il pagamento dei contributi di sicurezza sociale conformemente alle disposizioni legislative del paese in cui è stabilito o di quello dell'amministrazione; f) non abbia adempiuto obblighi tributari conformemente alle disposizioni legislative del paese dell'amministrazione; g) si sia reso colpevole di gravi inesattezze nel fornire le informazioni esigibili in applicazione del presente capitolo o non abbia fornito dette informazioni”*. Il testo della Direttiva citata, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, riprende le stesse ipotesi di esclusione previste dall'art. 24, comma primo della Direttiva n.93/37/CEE. Le sette cause di esclusione elencate riguardano unicamente le qualità professionali dei partecipanti alle gare pubbliche.

⁴⁸ Il Giudice comunitario aveva già affrontato un'analogha problematica in due precedenti sentenze a cui sostanzialmente si riporta (*La Cascina S.c.r.a.r.l./Ministero della Difesa* sentenza 9/2/06 cause riunite C-226/04 e C-228/04, e *Michaniki AE/Ethniko Symvoulío Radiotileorasis Ypourgos Epikrateias* sentenza 16/12/08 causa C-213/07). Nella prima sentenza la Corte, dopo aver affermato che l'elenco delle cause di esclusione di cui all'art.29, comma primo, Direttiva del Consiglio 92/50/CEE, è tassativo e che in tale elenco non vi rientra il caso di società legate da un rapporto di controllo o il caso in cui una società eserciti una influenza notevole sulle altre, chiarisce che il legislatore nazionale, allo scopo di assicurare il massimo

interpretando l'art. 29, c. 1, Direttiva 92/50/CEE, ha affrontato, dunque, l'esclusione di imprese dalle gare pubbliche per controllo o collegamento, ed ha puntualizzato i presupposti, recepiti poi dalla nuova normativa nazionale, in base ai quali i concorrenti controllati o collegati possono legittimamente essere esclusi.

Ad avviso dei Giudici del Lussemburgo, l'art. 29 citato, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, non osta a che uno Stato membro, in aggiunta alle cause di esclusione comunitarie, ne preveda altre allo scopo di garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza a condizione che tali misure non eccedano quanto necessario per conseguire la suddetta finalità. Infatti, l'elenco dei casi di esclusione, riguardanti unicamente le qualità professionali degli operatori economici partecipanti alle gare pubbliche previste dall'art. 29, c. 1, Direttiva 92/50CEE, è da considerarsi tassativo nella misura della sua inderogabilità e non certo nell'eshaustività delle ipotesi elencate. Ne consegue che la conformità al diritto comunitario della normativa di uno Stato membro, la quale preveda ulteriori cause di esclusione in aggiunta a quelle comunitarie, deve essere valutata alla luce del principio di proporzionalità. Il diritto comunitario, quindi, osta ad una disposizione interna che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento e di trasparenza nell'ambito degli appalti pubblici, stabilisca, a carico delle imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, un divieto assoluto di partecipare in modo simultaneo ad una gara, senza poter dimostrare che il rapporto suddetto non abbia influito sul loro rispettivo comportamento⁴⁹. Una normativa che preveda l'esclusione automatica di imprese tra loro collegate, sulla base di una presunzione assoluta secondo cui le diverse offerte presentate per un medesimo appalto da imprese collegate sarebbero tra loro necessariamente influenzate l'una con l'altra, violerebbe il principio di proporzionalità oltre a ridurre notevolmente la concorrenza, poiché non lascerebbe alle imprese la possibilità di dimostrare che non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza ed a falsare la concorrenza. Ad avviso della Corte, dunque, i concorrenti, sospettati di trovarsi in una situazione di controllo o collegamento, non possono essere esclusi automaticamente dalla stazione appaltante, sulla quale, di contro, grava l'onere di accertare se in concreto sussista un condizionamento reciproco nella presentazione dell'offerta, attivando un apposito sub-procedimento di verifica in contraddittorio con i concorrenti stessi. I partecipanti, in questo

rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento, può comunque introdurre norme che abbiano l'effetto di ampliare le ipotesi di esclusione dalle gare. Tutto ciò a condizione che venga rispettato il principio di proporzionalità, e cioè che le esclusioni introdotte non si rivelino sproporzionate rispetto al fine che intendono perseguire. Nella seconda sentenza, la Corte conferma e ribadisce che l'elenco delle cause di esclusione dalla partecipazione ad una gara è tassativo ciononostante *“uno Stato membro può prevedere altre misure di esclusione, dirette a garantire la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento tra gli offerenti, ma tali previsioni devono, in ogni caso, non eccedere quanto necessario al raggiungimento dello scopo”*.

⁴⁹ Punto 21. *La Corte ha aggiunto che questo elenco tassativo non esclude tuttavia la facoltà degli Stati membri di mantenere o di stabilire, in aggiunta a tali cause di esclusione, norme sostanziali dirette, in particolare, a garantire, in materia di appalti pubblici, il rispetto dei principi di parità di trattamento di tutti gli offerenti e di trasparenza, che costituiscono la base delle direttive comunitarie relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, a condizione però che venga rispettato il principio di proporzionalità.* (v., in tal senso, sentenza *Michaniki*, C 213/07, punti 44-48 e la giurisprudenza ivi citata). Punto 22. *È palese che una misura legislativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale è intesa a scongiurare ogni possibile forma di collusione tra i partecipanti ad una medesima procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico nonché a tutelare la parità di trattamento dei candidati e la trasparenza della procedura.* Punto 23. *Si deve dunque affermare che l'art. 29, primo comma, della direttiva 92/50 non osta a che uno Stato membro, in aggiunta alle cause di esclusione contemplate da tale disposizione, preveda ulteriori cause di esclusione finalizzate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, a condizione che tali misure non eccedano quanto necessario per conseguire la suddetta finalità.* Punto 24. *Ne consegue che la conformità al diritto comunitario della normativa nazionale in questione nella causa principale deve essere ulteriormente esaminata alla luce del principio di proporzionalità.*

modo, avranno la possibilità di dimostrare l'indipendenza dei loro comportamenti facendo così tramontare la sistematicità dell'esclusione fondata su elementi presuntivi⁵⁰. La sentenza della Corte, ha quindi dato la stura ad un intervento legislativo di stampo sostanzialistico (art. 38, c. 1, lettera m-quater, e c. 2, D. Lgs.n. 163/06), che, in maniera definitiva, ha superato il rigido automatismo presente nel nostro ordinamento rappresentato dal sistema di esclusione dalla gara dei concorrenti qualora si rinvenissero i presupposti di controllo o collegamento⁵¹. Infatti, è bene ribadire che l'art. 34, c. 2, D. Lgs. n. 163/06 prevedeva, attraverso una struttura complessa, un sistema di doppia esclusione in presenza

⁵⁰ Punto 27. *Dalla decisione di rinvio risulta che la disposizione in questione nel procedimento a quo, redatta in termini chiari e perentori, comporta per le amministrazioni aggiudicatrici un obbligo assoluto di escludere dalla procedura di gara d'appalto le imprese che presentino offerte separate e concorrenti, qualora tali imprese siano legate fra loro da rapporti di controllo, quali quelli previsti dalla normativa nazionale oggetto della causa principale.* Punto 28. *Tuttavia, sarebbe contraria ad un'efficace applicazione del diritto comunitario l'esclusione sistematica delle imprese tra loro collegate dal diritto di partecipare ad una medesima procedura di aggiudicazione di appalto pubblico. Una soluzione siffatta, infatti, ridurrebbe notevolmente la concorrenza a livello comunitario.* Punto 29. *Pertanto, è giocoforza constatare che la normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale, nella misura in cui estende il divieto di partecipazione ad una medesima procedura di aggiudicazione alle situazioni in cui il rapporto di controllo tra le imprese interessate rimane ininfluenza sul comportamento di queste ultime nell'ambito di siffatte procedure, eccede quanto necessario per conseguire l'obiettivo di garantire l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza.* Punto 30. *Una tale normativa, basata su una presunzione assoluta secondo cui le diverse offerte presentate per un medesimo appalto da imprese collegate si sarebbero necessariamente influenzate l'una con l'altra, viola il principio di proporzionalità, in quanto non lascia a tali imprese la possibilità di dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti (v., in tal senso, sentenze 3 marzo 2005, cause riunite C 21/03 e C-34/03, Fabrice, punti 33 e 35, nonché Michaniki, C 213/07, punto 62).* Punto 31. *A tale riguardo va sottolineato che i raggruppamenti di imprese possono presentare forme e obiettivi variabili, e non escludono necessariamente che le imprese controllate godano di una certa autonomia nella gestione della loro politica commerciale e delle loro attività economiche, in particolare nel settore della partecipazione a pubblici incanti. Del resto, come rilevato dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte, i rapporti tra imprese di un medesimo gruppo possono essere disciplinati da disposizioni particolari, ad esempio di tipo contrattuale, atte a garantire tanto l'indipendenza quanto la segretezza in sede di elaborazione di offerte che vengano poi presentate contemporaneamente dalle imprese in questione nell'ambito di una medesima gara d'appalto.* Punto 32. *In tale contesto, il compito di accertare se il rapporto di controllo in questione abbia esercitato un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte depositate dalle imprese interessate nell'ambito di una stessa procedura di aggiudicazione pubblica richiede un esame e una valutazione dei fatti che spetta alle amministrazioni aggiudicatrici effettuare. La constatazione di un'influenza siffatta, in qualunque forma, è sufficiente per escludere tali imprese dalla procedura di cui trattasi. Per contro, la semplice constatazione dell'esistenza di un rapporto di controllo tra le imprese considerate, risultante dall'assetto proprietario o dal numero dei diritti di voto che possono esercitarsi nelle assemblee ordinarie, non è sufficiente affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa escludere automaticamente tali imprese dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, senza verificare se un tale rapporto abbia avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di questa procedura.*

⁵¹ Il legislatore dell'emergenza compie una duplice operazione di ortopedia normativa, perché abroga l'art. 34, secondo comma, sopprimendo la disposizione che aveva generato il giudizio di contrasto comunitario. Questa abrogazione non legittima il fenomeno del collegamento, perché la norma viene traspunta nell'ambito dell'art. 38, cioè la disciplina dei requisiti generali che le imprese partecipanti devono dichiarare e possedere. Non si tratta soltanto di uno spostamento topografico, ma a mutare sono anche il contesto di riferimento e la rilevanza della disposizione. L'art. 34 a priori discrimina chi può partecipare da chi non può partecipare, ponendo un filtro a monte della procedura. Il primo comma riconosceva la possibilità di partecipazione solo a determinati soggetti ed si è supra osservato come sia saltato questo filtro. Al secondo comma si prevedeva che non potessero partecipare coloro che sono in rapporto di collegamento; anche questo secondo filtro è saltato, avendo il legislatore stabilito che possono partecipare anche le imprese collegate o controllate, purché rendano determinate dichiarazioni che comprovino determinati requisiti. Spostando quella disposizione dall'art. 34 all'art. 38, la presunzione di collegamento non è più assoluta, ma soltanto relativa, consentendosi la possibilità di fornire prova contraria in un contesto di procedimento in contraddittorio e con garanzie partecipative; e questo era poi il vincolo che la Corte di Giustizia aveva posto nella sentenza del maggio 2009.

di controllo o collegamento, che è stato prima messo in crisi dal giudice comunitario e poi definitivamente superato dal legislatore interno. La nuova normativa, “comunitariamente orientata”, in sintesi supera il sistema della “doppia esclusione” ed equipara anche i casi di controllo ex art. 2359, c. 1, c.c. al collegamento sostanziale, vietando in qualsiasi caso l’esclusione automatica. E’ necessario, dunque, da parte della stazione appaltante procedere ad un’attività istruttoria ed eventualmente disporre l’esclusione solo dopo l’apertura delle buste contenenti l’offerta economica e non nella fase di verifica dei requisiti di ammissione⁵². Deve, in buona sostanza, essere consentito alle ditte di provare la trasparenza delle proprie offerte, in applicazione del principio comunitario della massima partecipazione alle procedure selettive pubbliche, in virtù del quale è consentito all’impresa controllante di partecipare alle gare insieme alla propria controllata.

La sussistenza di una fattispecie di controllo o di collegamento non è dunque, di per sé idonea a generare un provvedimento di esclusione, ma occorre dimostrare l’impatto concreto sulla gara in termini di reciproco condizionamento nella formulazione dell’offerta, accertando la presenza di un unico centro decisionale. Il legislatore, infatti, ha imposto alle imprese concorrenti di allegare alla domanda di partecipazione la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo ex art. 2359 c.c. con altri partecipanti alla medesima procedura, oppure, in caso di ipotesi opposta, le imprese stesse dovranno allegare in busta chiusa la documentazione idonea a dimostrare l’indipendenza e la segretezza delle reciproche offerte⁵³. Il compito di accertare se il rapporto di controllo abbia avuto un’influenza sulle offerte di due o più imprese partecipanti, spetta esclusivamente alle amministrazioni aggiudicatrici, le quali procederanno all’esclusione sulla base di una istruttoria dalla quale emerga l’inquinamento della regolarità della procedura.

3.3 Prime applicazioni della giurisprudenza interna. Conclusioni e linee prospettiche.

Le sostanziali novità introdotte nella menzionata disciplina conferiscono alle amministrazioni un compito di fatto estremamente arduo che sta presentando a livello di gestione delle procedure di gara diverse difficoltà⁵⁴, sintomatiche delle criticità che presenta la applicazione della nuova normativa relativa al collegamento ed al controllo tra

⁵² Il senso di tale scansione temporale è chiaro, in quanto il legislatore ritiene che l’elemento decisivo per rendersi conto se due o più imprese abbiano fatto cartello è la sostanza dell’offerta economica, non tanto gli indizi esteriori già da tempo catalogati. Ecco perché occorre prima procedere all’apertura delle offerte economiche e solo dopo, sulla base di quei risultati, ragionare nel senso di un possibile condizionamento nella formulazione dell’offerta. Questo, però, non sposta i tempi della gara, nel senso che si è ancora nella fase della verifica della documentazione amministrativa, che termina dopo l’apertura delle offerte economiche, ma ben prima del giudizio di anomalia. L’apertura delle buste avviene soltanto per suffragare o meno il sospetto di controllo e collegamento.

⁵³ Anche qui occorre ragionare con la lente comunitaria. Tornando alla sentenza della Corte di Giustizia e al caso che l’ha generata, il ricordato passaggio del paragrafo 31 della motivazione in diritto si rivela utile ai nostri fini, laddove sottolinea che i raggruppamenti di imprese – intese in senso di collegamento – possono presentare forme e obiettivi variabili e non escludono necessariamente che le imprese controllate godano di una certa autonomia nella gestione della loro politica commerciale e delle loro attività economiche, in particolare nel settore della partecipazione ai pubblici incanti. I rapporti tra imprese di un medesimo gruppo possono essere disciplinati da disposizioni particolari, ad esempio di tipo contrattuale, atti a garantire tanto l’indipendenza quanto la segretezza in sede di elaborazione di offerte che vengono, poi, presentate contemporaneamente dalle imprese in questione nell’ambito di una medesima gara di appalto. La Corte ha come riferimento il fenomeno del gruppo societario, della società holding, una finanziaria che detiene i pacchetti azionari di tante società satellite che operano sul versante gestionale. In questo caso, essendovi un controllo finanziario, manca un’influenza sulle politiche commerciali, per cui è ben possibile che per statuto, per patti parasociali o per contratto, le singole imprese satellite siano vincolate alla segretezza e all’autonomia dell’offerta. Quello è il modello sano di gruppo d’impresa che la Corte di Giustizia ha sempre tutelato.

⁵⁴ Cfr. Tar Lazio, sez. III-*quater*, 11999/10; Tar Lazio, sez. III, 12679/09; Cons. St., sez. VI, 1120/10; Cons. St., sez. V, 5923/10; Cons. St., sez. VI, 247/10; Tar Puglia, Bari, sez. I, 1974/10; e recentissime Cons. St., sez. V, sentenza 8/9/10; Cons. St., sez. VI, sentenza 6/9/10.

imprese nelle procedure ad evidenza pubblica. La lettera dell'art. 38, c. 2, D. Lgs. n. 163/06, come già illustrato in precedenza, obbliga i potenziali contraenti della P.A. ad allegare alla domanda di partecipazione la dichiarazione di essere o meno in una situazione di controllo ex art. 2359 c.c., con altri concorrenti nella medesima procedura. Ciò determina la necessità di attivazione e gestione di una fase istruttoria, necessaria per valutare le prove documentali fornite dai concorrenti ed escludere che il controllo dichiarato a livello strutturale potesse sortire l'effetto di determinare la presentazione di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale, eventualmente previa sospensione della procedura da parte della commissione. Il seggio di gara, infatti, non essendo più prevista dalla normativa l'esclusione automatica per i casi di controllo di cui al c.1 dell'art. 2359 c.c., può essere tenuta a richiedere alla controllante ed alla controllata una integrazione documentale ed una audizione informativa, in tal modo riservandosi la determinazione relativa all'eventuale esclusione solo al termine di una fase sub-procedimentale svolta in contraddittorio con le imprese coinvolte⁵⁵. Ed, invero, solo siffatto operato da parte del collegio di gara risulta conforme all'interpretazione comunitaria che deve darsi alla disposizione del c. 1, lettera m-quater, e c. 2 dell'art. 38 del Codice dei contratti. Tuttavia, non possono essere trascurati alcuni aspetti lacunosi della nuova normativa che creano non poche difficoltà in sede di gara e che potrebbero generare un cospicuo contenzioso presso il plesso giurisdizionale competente.

Più di qualche perplessità desta, infatti, il silenzio del legislatore in ordine alla tempistica ed alle modalità di gestione del sub-procedimento istruttorio che la stazione appaltante ha l'obbligo di instaurare qualora voglia procedere all'esclusione di due o più imprese partecipanti, con eventuale decisione della commissione di gara di sospendere temporaneamente la procedura. Le esigenze di economicità, efficacia ed efficienza della azione amministrativa potrebbero in concreto essere compromesse da una eccessiva dilatazione dei tempi della procedura, in maniera tale da indurre la stazione appaltante a comportamenti eccessivamente "timidi"⁵⁶. Non bisogna permettere che il timore di ricorsi volti all'annullamento della gara ed al rinnovo della procedura, legati ai casi di esclusione generino da parte della commissione di gara un atteggiamento di mera presa d'atto della documentazione esibita dalle imprese in rapporto di controllo di diritto o di fatto. La possibilità per le imprese, prevista peraltro dalla legge, di preconstituersi i documenti probatori ex ante si presta, infatti, alla realizzazione di accordi tra concorrenti contrari alla ratio della norma, che, ad un più attento esame, ben potrebbero rivelare la presenza di intrecci finanziari e strutturali tali da poter ricondurre le offerte ad un unico centro decisionale. L'amministrazione, qualora dall'esame delle prove documentali emergano elementi giuridicamente qualificanti ed idonei ad attestare una turbativa al regolare svolgimento della procedura, deve escludere i concorrenti interessati. A tale proposito si potrebbe ipotizzare, per evitare un'offesa non riparabile ai principi di economicità, celerità, speditezza ed adeguatezza dell'azione amministrativa, una fase istruttoria sub-procedimentale di verifica ed esclusione modellata secondo la tempistica prevista dall'art.88 D. Lgs. n. 163/06. Infatti, l'estensione in via analogica della procedura prevista in caso di anomalia potrebbe consentire un impiego delle risorse umane e finanziarie in

⁵⁵ Sulla necessità di una fase sub-procedimentale cfr. Cons. St., sez. VI, 247/10, "non risulta che l'amministrazione abbia attivato un sub-procedimento in contraddittorio con le imprese al fine di accertare che le stesse erano reciprocamente condizionate nella formulazione dell'offerta....ne discende alla luce dei principi della sentenza della Corte di Giustizia UE, sez. IV, C-538/07, un difetto di istruttoria che giustifica l'annullamento dell'esclusione".

⁵⁶ Alesio M. *Collegamento tra imprese, una realtà proteiforme*, in *D&G*, 2004. L'Autore ritiene che la variabilità delle forme e degli obiettivi che possono assumere i raggruppamenti di imprese deve indurre l'amministrazione appaltante ad una analisi particolarmente scrupolosa volta a individuare, e di conseguenza, elidere alla radice ogni forma di condizionamento avente diretta incidenza sull'esito delle gare. I principi che ispirano l'azione amministrativa non possono, infatti, essere oggetto di "trattativa" nella loro applicazione.

linea con i principi dell'azione amministrativa.

Un ulteriore elemento di criticità della procedura di gara è rappresentato dalla tipologia di documentazione da allegare, da parte delle partecipanti, per dimostrare l'assenza dell'unicità del centro decisionale e l'autonomia delle rispettive offerte. Anche in questo caso il silenzio del legislatore non aiuta certo l'operato delle stazioni appaltanti né l'azione dei concorrenti. La recente giurisprudenza (Cfr. **Cons. St., sez. V, 5923/10; Tar Lazio, sez. III-quater, 11999/10**) ha solo incidentalmente affrontato la questione citata, fornendo alcune generiche e peraltro non esaustive indicazioni circa i documenti da allegare⁵⁷ in caso di presenza di controllo ex art. 2359 c.c. Il giudice amministrativo ha sottolineato come, in attesa di un ulteriore intervento normativo in materia, risulti più che fondato il pericolo che i concorrenti predispongano un'ampia documentazione di supporto per preordinare tutta una serie di prove idonee ad evitare qualsiasi esclusione. In altri termini ed esemplificando, l'esiguità della documentazione allegata⁵⁸ in prima battuta dalle imprese in rapporto di controllo potrebbe non sembrare alla commissione idonea ad affermare la indipendenza delle offerte: la richiesta di integrazione documentale risulta in tali casi quanto mai appropriata. In particolare, ad avviso di chi scrive, occorrerebbe in tali circostanze richiedere ed ottenere l'esibizione dei documenti contabili (bilanci, rendiconti etc.), al fine di verificare l'esistenza di un rapporto di dipendenza patrimoniale tale da far sorgere un condizionamento sostanziale dei rapporti fra le due ditte coinvolte. Potrebbe, altresì, assumere rilevanza l'analisi dei contratti (almeno quelli degli ultimi cinque anni) di forniture produzione e distribuzione delle due ditte⁵⁹, allo scopo di valutare se la dichiarata assenza di autonomia strutturale renda la ditta controllata in modo esclusivo dipendente dalla controllante, così da escludere anche un minimo di autonomia nella attività commerciale ed economica.

Un'altra problematica, potenzialmente affiorante nelle procedure di gara, è legata all'entità dei poteri di indagine che la stazione appaltante può esercitare nel corso del sub-procedimento istruttorio. E' essenziale infatti, in base alla nuova normativa, che la commissione conduca in maniera adeguata l'indagine sulla possibile sussistenza di una

⁵⁷ La documentazione da esibire, per comprovare l'indipendenza delle rispettive offerte da parte delle imprese in regime di controllo partecipanti alla medesima gara, rappresenta un punto delicatissimo introdotto dalla novità normativa. La stessa Autorità per la Vigilanza sui contratti, lavori, servizi e forniture nella Determinazione n. 1/10 sottolinea come: *"l'autocertificazione nell'ipotesi di assenza di controllo, deve fare riferimento anche a situazioni di controllo di fatto e attestare, in ogni caso, la piena autonomia del dichiarante nella formulazione dell'offerta. Parimenti, nel caso di presenza di controllo, devono essere dichiarate anche situazioni di controllo di fatto ferma restando l'attestazione circa l'autonomia nella elaborazione dell'offerta"*. Occorre brevemente precisare che le difficoltà a carico dei concorrenti aumentano in maniera significativa nel caso in cui bisogna allegare una documentazione idonea a dimostrare che il dichiarato collegamento di fatto sussistente tra due o più imprese non ha influenzato l'indipendenza delle rispettive offerte. L'onere della prova potrebbe assumere i contorni di una *probatio diabolica*. Le prove documentali fornite, infatti, potrebbero facilmente trasformarsi nelle mani di un'amministrazione "disattenta" in elementi precisi, concordanti e chiari, in maniera tale da costituire motivazione per l'esclusione. Una parte della dottrina sottolinea come sussista il pericolo di una confusione in merito ai documenti probatori attestanti l'indipendenza delle offerte, nei casi di collegamento sostanziale e di controllo di fatto. Le due ipotesi devono restare nettamente distinte. La prima infatti è di conio squisitamente giurisprudenziale, la seconda si riferisce ai casi di influenza dominante disciplinati dai punti 2 e 3 dell'art. 2359 c.c. E' del tutto evidente come l'onere probatorio e l'attività di verifica della stazione appaltante, nel caso di collegamento sostanziale, si svolgano sul filo della certezza giuridica alla cui base si pongono elementi indiziari ed a volte di difficile determinazione. Mentre la incapacità giuridica relativa alla partecipazione ad una pubblica gara conseguente al controllo di fatto richiede, per la sua derivazione privatistica, necessariamente, l'applicazione di istituti e strumenti espressione di quella certezza giuridica tipica del diritto privato.

⁵⁸ Statuti, visure camerali storiche, delibere assembleari attestanti la indipendenza dell'azione e delle strategie delle due ditte, documenti vari riguardanti l'organizzazione aziendale.

⁵⁹ Nel caso in cui sussistano abituali rapporti di fornitura tra due o più imprese partecipanti sarebbe importante, per dimostrare l'indipendenza dei rispettivi comportamenti, allegare una dichiarazione nella quale le imprese si impegnano a ricorrere ad altri fornitori, diversi da quelli abituali.

delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c., oppure sulla imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale. In concreto, l'indagine della commissione potrebbe presentarsi come ancora più delicata e scivolosa laddove le imprese abbiano già dichiarato la sussistenza di una situazione di controllo interno di diritto e presentato la conseguente documentazione probatoria idonea a dimostrare l'indipendenza delle rispettive offerte. Occorre, infatti, ribadire che le ipotesi di controllo ex art. 2359 c.c. non determinando più con la nuova normativa l'esclusione automatica dei concorrenti, rendono decisiva l'azione della stazione appaltante⁶⁰. L'attività della commissione deve essere dunque improntata alla ricerca di un unico centro decisionale la cui presenza determinerebbe, senza alcun dubbio, l'esclusione delle imprese dalla gara⁶¹. E' necessario, dunque, partire da una analisi della struttura societaria delle imprese coinvolte verificando in primo luogo la presenza e le dimensioni di un eventuale gruppo. Infatti, una struttura variegata e di dimensioni importanti consentirebbe, ad esempio, con più facilità l'attuazione di una condotta concordata⁶². Lo statuto della controllante⁶³ costituisce il primo documento da cui deve partire l'attività di indagine della amministrazione. Le clausole statutarie, infatti, devono escludere qualsiasi attività di direzione e coordinamento tra i concorrenti ed, ai fini di una

⁶⁰ La stazione appaltante potrebbe rinvenire nella fase istruttoria elementi rilevanti sotto il profilo penale. Infatti, il reato di turbata libertà negli incanti rubricato all'art. 353 del Codice penale e il falso ideologico in atto pubblico art. 483 c.p., sono fattispecie criminogene che ben potrebbero configurarsi in relazione a casi di imprese collegate tra loro e partecipanti alla medesima procedura di gara. In presenza di una siffatta evenienza, la Pubblica Amministrazione può senza dubbio costituirsi parte civile ed ottenere oltre che la condanna dei legali rappresentanti delle imprese coinvolte, anche il risarcimento dei danni subiti (Cfr. *Tribunale di Milano, sez. IV, 11466/06; Corte d'Appello di Milano, sez. IV, 1335/08; Tribunale di Milano, sez. I, 3285/09; Tribunale di Milano, sez. VII, 449/09*).

⁶¹ Ad avviso di chi scrive, la stazione appaltante, in special modo nei casi di dichiarazione negativa circa la sussistenza di un rapporto di controllo, potrebbe utilizzare per individuare la presenza di un unico centro decisionale alcuni dei requisiti indicati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato parere n. 1 del 3/3/08, in materia di affidamento di servizi in house. I Giudici di Palazzo Spada, infatti, per ritenere sussistente il requisito del controllo analogo (gli altri presupposti necessari per l'affido in house di un servizio pubblico a rilevanza economica sono elencati nell'art. 15 del D.L. n. 135/09 conv. in L. n. 166/09), indicano una serie di elementi che opportunamente adattati, potrebbero fornire un utile supporto all'attività istruttoria necessaria alla stazione appaltante per verificare la presenza di casi di controllo, e procedere alla conseguente esclusione dei due o più concorrenti coinvolti. Tali elementi possono essere così riassunti:

- la previsioni contenute negli statuti delle imprese concorrenti, "in odore di controllo", relative alle quote sociali ed alla loro alienabilità. In particolare, sarebbe utile verificare la presenza di eventuali divieti di alienazione ovvero di limitazioni quantitative o soggettive relative ad atti di disposizione delle su dette quote;
- le modificazioni subite dall'oggetto sociale sia dell'impresa potenzialmente controllante che di quella controllata;
- l'incisività dei poteri del Consiglio di amministrazione dell'impresa potenzialmente controllante nei confronti delle decisioni più importanti della controllata. Un indizio decisivo, per l'assenza di autonomia, potrebbe essere rappresentato dall'obbligo di sottoporre al vaglio preventivo della potenziale controllante tutte le decisioni in tema di strategia e politiche aziendali della potenziale controllata.
- La presenza rinvenuta da un esame della documentazione amministrativo-contabile di poteri ispettivi e direttivi, che un'impresa esercita nei confronti di un'altra partecipante alla medesima gara, potrebbe costituire un ulteriore valido elemento a supporto del provvedimento di esclusione;

L'utilizzo degli esposti parametri potrebbe consentire alla stazione appaltante di svelare "un rapporto di delegazione interorganica" tra due o più imprese partecipanti alla medesima gara che costituisce senza dubbio un univoco elemento la cui presenza determina la sussistenza di un unico centro decisionale, e, in buona sostanza, il rapporto di controllo.

⁶² Cfr. Cons. St., sez. VI, 6037/08, nella quale si osserva che "*l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale non significa che l'esclusione vada disposta solo quando sia in concreto provato un coordinamento delle imprese nella formulazione delle offerte in relazione alla specifica gara, ma va disposta anche quando le offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale sulla base di elementi attinenti alla particolare struttura societaria delle due società o del gruppo in cui sono inserite*".

⁶³ Cons. St., sez. VI, 6037/08, "*lo statuto della controllante deve escludere qualsiasi attività di direzione e coordinamento della controllata. Tale clausola deve trovare corrispondenza nell'effettiva struttura del gruppo*".

valenza probatoria, non devono essere contraddette dagli statuti delle controllate. Occorre, in particolare, che la commissione abbia chiara la composizione degli organi decisionali⁶⁴ delle imprese, verificando accuratamente la presenza di “intrecci”⁶⁵ generati dal fatto che persone con poteri di rappresentanza o incarichi tecnici che li abilitino a formulare o a concorrere a formulare un’offerta, svolgano contemporaneamente funzioni per entrambe le compagini imprenditoriali coinvolte⁶⁶. Anche la scoperta di patti di sindacato azionario, o comunque di patti negoziali sociali o parasociali, potrebbe costituire l’indice di una commistione o comunque di rapporti infragruppo, diretti a creare una maggioranza univoca idonea a mettere a rischio la reale autonomia della controllata⁶⁷. Potrebbe, inoltre, essere utile un esame delle relazioni annuali⁶⁸ che fanno riferimento alle attività delle imprese in rapporto di controllo, delle visure camerali⁶⁹ storiche di queste ultime nonché dei rispettivi documenti contabili. La stazione appaltante può in ogni caso richiedere ogni tipo di documentazione in possesso dei pubblici uffici⁷⁰, così come può disporre una serie di audizioni illustrative⁷¹ allo scopo di richiedere chiarimenti in ordine alla documentazione esibita dai soggetti coinvolti. Non è infine preclusa al seggio di gara, ad avviso di chi scrive, la eventuale richiesta di una consulenza esterna per regolarsi in caso di difficoltà nell’analisi della fattispecie concreta. Per il principio di efficacia dell’azione amministrativa, le stazioni appaltanti possono, infatti, sempre affiancare professionisti esterni come consulenti della commissione, sempre che ciò non si risolva in un aggravio del procedimento. In una tale prospettiva, il divieto di integrazione della commissione giudicatrice di una gara pubblica è limitato alla delegazione delle operazioni propriamente valutative delle offerte o comunque ad un affiancamento che possa determinare confusione di ruoli, ma non si attaglia alle attività esterne di consulenza e di assistenza legale, tecnica e professionale all’organo collegiale⁷².

Un ulteriore elemento problematico può essere legato al momento del procedimento nel quale va disposta l’eventuale esclusione dei concorrenti che può, come da novità normativa, avvenire solo dopo l’apertura delle buste contenenti l’offerta economica. Con tale scelta il legislatore ha voluto fornire alla stazione appaltante un nuovo elemento utile all’accertamento dell’eventuale turbativa della procedura. Infatti, l’utilizzazione dell’entità dell’offerta economica come elemento di prova atto a dimostrare la conoscibilità delle

⁶⁴ Corre l’obbligo di precisare che nel caso in cui gli stessi soggetti siano contemporaneamente membri del collegio sindacale e procuratori per le stesse società non si configura l’unicità del centro decisionale e l’assenza di autonomia tra le concorrenti coinvolte. Infatti, l’attività di controllo dei componenti del collegio sindacale di una società non implica alcun potere di amministrazione, di rappresentanza o di direzione tecnica, il che esclude la possibilità di una reciproca tempestiva conoscenza delle offerte (Cfr. Tar Lazio, sez. III-quater, 11999/10, e Cons. St., sez. V, 5923/10).

⁶⁵ Tar Lazio, sez. III-quater, 11999/10, “....alcuni soggetti ricoprirebbero contemporaneamente cariche gestionali o di controllo di due società.....l’intreccio delle cariche farebbe ritenere plausibile una reciproca conoscenza ed un condizionamento delle rispettive offerte”.

⁶⁶ Nel caso in cui vi sia identità tra gli amministratori di due o più società partecipanti alla medesima gara, si potrebbe verificare, da parte della commissione, la presenza di una previsione statutaria dalla quale emerga l’operatività o meno del divieto di concorrenza tra le imprese (Cfr. Cons. St., sez. VI, 247/10).

⁶⁷ Cfr. Cons. St., sez. V, 5923/10; Tar Lazio, sez. III-quater, 11999/10. I rapporti tra imprese possono essere regolati da disposizioni particolari. L’emersione di patti di sindacato azionario o patti negoziali può rivelarsi un indice della presenza di un rapporto di controllo diretto o indiretto (Cfr. Tar Umbria, 262/09).

⁶⁸ I passaggi delle relazioni annuali possono rivelare informazioni specifiche relative a sinergie di gruppo volte a creare economie di scala, tali da mettere a rischio la reale autonomia delle controllate.

⁶⁹ La consultazione delle visure camerali può essere particolarmente utile anche per verificare le variazioni e gli spostamenti dei soggetti che ricoprono cariche decisionali tra le varie imprese.

⁷⁰ Cfr. Cons. St., sez. V, 5923/10.

⁷¹ Tar Lazio, sez. III-quater, 11999/10 “la commissione acquisirebbe i necessari approfondimenti sulla documentazione delle imprese che non avrebbero presentato la realtà dei fatti”.

⁷² Cfr. Cons. St., sez. V, 2715/09; Tar Lazio, sez. III, 3577/08; Cons. St., sez. V, 6496/05.

offerte, può risultare decisivo.⁷³ Inoltre, non possono certo sottrarsi le ripercussioni sulla determinazione della soglia di anomalia il cui calcolo avverrà sia nelle ipotesi di anomalia obbligatoria⁷⁴, sia nelle ipotesi di anomalia facoltativa⁷⁵, esclusivamente tenendo conto delle offerte economiche presentate dai concorrenti rimasti all'interno della procedura all'esito delle esclusioni. Infatti, la perdurante presenza nella gara di un panel di numerosi concorrenti controllati o collegati reciprocamente finirebbe con il condizionare la media delle offerte finendo inevitabilmente con l'alterare la soglia di anomalia⁷⁶. La concordanza o discrepanza tra le offerte dei soggetti collegati, la contiguità o sistematicità dei ribassi, la presenza delle c.d. offerte civetta nonché la mancata partecipazione o il ritiro di candidati, sono ad avviso della giurisprudenza, tutti elementi probatori idonei a ricondurre le offerte ad un unico centro decisionale e a determinare la conseguente esclusione dei partecipanti coinvolti⁷⁷. La dottrina sottolinea come l'utilizzazione dei su esposti elementi probatori - che sta assumendo sempre maggiore importanza nel sub-procedimento istruttorio e che, è bene ribadirlo, è riscontrabile soltanto dopo la conoscenza delle offerte economiche - sia stata possibile solo dopo la modifica normativa del 2009. La scelta del legislatore, in una procedura complessa ed articolata come quella che porta la P.A. a selezionare il migliore contraente, di collocare il momento dell'esclusione solo dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, e non nella fase della verifica dei requisiti, può alla lunga rivelarsi decisiva per il corretto operato della stazione appaltante.

L'attuale contesto socio-economico, caratterizzato da svariate forme di collegamento attraverso le quali le imprese mirano a rafforzare la loro capacità competitiva sul mercato, ha richiesto un intervento legislativo, sollecitato dalla giurisprudenza comunitaria, che fosse in grado di fornire alle amministrazioni appaltanti una serie di strumenti atti a garantire l'indipendenza e la segretezza delle offerte nelle gare pubbliche in presenza di casi di controllo o collegamento. La nuova disciplina comunitariamente orientata, relativa al controllo e al collegamento fra imprese partecipanti ad una procedura ad evidenza pubblica, ha fatto sorgere, dunque, una serie di problematiche⁷⁸ delle quali solo la parte più immediatamente percepibile è stata sinteticamente oggetto di esame nel corso del presente

⁷³ Cfr. Tar Lazio, sez. III, 12679/09.

⁷⁴ Art.86, commi 1 e 2, D. Lgs. n. 163/06: "Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione e' quello del prezzo piu' basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media. Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione e' quello dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara"

⁷⁵ Art.86, comma 3, D. Lgs. n. 163/06: "In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa".

⁷⁶ Cfr. Tar Lazio, sez. III, 12679/09 e Tar Lazio, sez. III, Luglio 2009.

⁷⁷ Cfr. Tar Lazio, sez. III, 12679/09; Tar Lazio, sez. III-*quater*, 11999/10; Cons. St., sez. V, 5923/10.

⁷⁸ Sarebbe interessante analizzare le ricadute della modifica normativa sull'art. 90, comma 8, D. Lgs. n. 163/06: "Gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile. I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti ". Occorrerebbe, infatti, chiarire se la fine della automaticità dell'esclusione in presenza delle ipotesi di controllo ex art. 2359 c.c. si riverbera direttamente anche sull'applicazione della disposizione citata consentendo ai soggetti legati agli affidatari di incarichi di progettazione da un rapporto di controllo o di collegamento, di provare l'indipendenza della loro condotta.

lavoro.

Le criticità emerse dalla modifica normativa rischiano in realtà di aumentare in maniera significativa il già corposo filone giurisprudenziale in materia di esclusione dalle gare di imprese collegate. Infatti, da una prima analisi del concreto impatto operativo del c. 1, lettera m-quater, e c. 2 dell'art. 38 del Codice dei contratti emerge come sia di fatto arduo per le amministrazioni il compito di valutare la documentazione esibita dai partecipanti sia controllati che controllanti; e come il nuovo sub-procedimento istruttorio non abbia ancora raggiunto la piena operatività. C'è il concreto rischio, ad avviso di chi scrive, che il prolungarsi della fase di "rodaggio" della nuova normativa consenta la partecipazione alla gara di imprese che, pur esprimendo un unico centro decisionale, ben potranno predisporre una documentazione per precostituirsì prove idonee ad evitare qualsiasi tipo di esclusione. Sarebbe, quindi, quanto mai necessario un ulteriore intervento del legislatore che colmi le lacune relative alla struttura della fase istruttorie, ai poteri di indagine della stazione appaltante ed alla tipologia delle prove documentali da allegare alla dichiarazione resa ex art. 2359 c.c., allo scopo di completare la normativa e di renderla pienamente rispondente alla interpretazione comunitaria. E' evidente che, in attesa di tale invocato intervento, i confini del potere di esclusione della stazione appaltante potranno essere ridefiniti solo dalla giurisprudenza amministrativa, che fino ad ora ha preservato il principio di segretezza delle offerte e di indipendenza dei concorrenti con grande rigore.

Rimane comunque il dubbio di fondo legato ad una tecnica legislativa che, come già sperimentato in tema di informative anti-mafia supplementari o atipiche, demanda a molteplici e disomogenee strutture amministrative - dimensionalmente e funzionalmente inadeguate a tanto per compiti, risorse ed apparati umani - una serie di attività proprie di diversi livelli amministrativi, in luogo di contemplare forme accentrate e uniformi di gestione di tali problematiche, con il coinvolgimento ad esempio dell'Autorità di vigilanza, come peraltro accaduto per altre situazioni similari⁷⁹.

Proprio tali ragioni sono a fondamento dell'ulteriore modifica legislativa intervenuta in materia: si tratta del cd. decreto sviluppo approvato con Decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70 e convertito con modifiche dalla legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 160 del 12-7-2011, il cui art. 4, comma 2, lett. b - 4), prevede che "ai fini del comma 1, lettera m-quater), il concorrente allega, alternativamente: a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile ((rispetto ad alcun soggetto)), e di aver formulato l'offerta autonomamente; b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente; c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente. Nelle ipotesi di cui alle lettere a), b) e c), la stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica". In tal modo, con riguardo all'esistenza di una situazione di collegamento tra imprese vengono indicati puntualmente, in termini applicativi, gli adempimenti del concorrente riguardo al contenuto delle dichiarazioni da presentare ai fini della verifica, da parte della stazione appaltante,

⁷⁹ Vedi ad esempio quanto previsto dalla lett. m-ter dello stesso articolo, anch'esso modificato dal Decreto sviluppo nel duplice senso della soppressione del riferimento all'assenza di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione e nella riduzione dell'arco temporale di riferimento dai tre anni antecedenti all'anno antecedente.

dell'imputabilità o meno di più offerte ad un unico centro decisionale. In particolare, il recentissimo intervento normativo introduce una formulazione della disposizione che assicura maggiore salvaguardia all'autonomia dell'offerta sul piano dell'imputabilità o meno di più offerte a un unico centro decisionale e riduce l'aggravio per i concorrenti eliminando l'obbligo di presentazione della documentazione giustificativa in caso di collegamento formale⁸⁰.

⁸⁰ Cfr. Relazione di accompagnamento ad Decreto ove si ricorda come da un lato, la Corte di giustizia delle Comunità europee (sentenza del 19 maggio 2009 resa nella causa C-538/07) abbia ritenuto incompatibile con il diritto dell'Unione europea una normativa nazionale che vieti in assoluto la partecipazione alla medesima gara di appalto di imprese tra loro in situazione di collegamento, poiché ciò implica una presunzione di reciproca influenza nella formulazione delle offerte in gara che ostacola la libera concorrenza nel mercato dell'Unione, dall'altro, che con il decreto-legge n. 135 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 166 del 2009, è stato operato l'adeguamento delle norme del codice alla sentenza della Corte di giustizia: in particolare è stata consentita la partecipazione alla medesima gara di appalto di imprese in situazione di controllo laddove ininfluenza in ordine alla formulazione delle offerte e non idoneo a determinare turbativa della gara.

L'ACCESSO AGLI ATTI DI GARA: PROFILI SOSTANZIALI E RICADUTE PROCESSUALI

3. Il diritto di accesso in materia di appalti pubblici: i rapporti tra la disciplina degli artt. 22 ss. L.n. 241/1990 e dell'art. 13 del Codice dei Contratti pubblici (D.lgs. 163/2006).

La disciplina dell'accesso agli atti amministrativi con carattere di generalità è contenuta, com'è noto, nella L.n. 241/1990 e s.m., agli artt. 22 e seguenti. Accanto a tale normativa generale il legislatore, in sede di redazione del Codice dei contratti pubblici, ha inteso introdurre una regolamentazione ad hoc riferita alle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, con l'art. 13 del d.lgs. 163 del 2006, rubricato "Accesso agli atti e divieti di divulgazione"⁸¹.

⁸¹ Art. 13. Accesso agli atti e divieti di divulgazione

(art. 6 dir. 2004/18; artt. 13 e 35, dir. 2004/17, art. 22, legge n. 109/1994; art. 10, d.P.R. n. 554/1999; legge n. 241/1990)

1. Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni.

2. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segreti o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito:

a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;

b) nelle procedure ristrette e negoziate, e in ogni ipotesi di gara informale, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;

c) in relazione alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione;

c-bis) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione definitiva. (lettera aggiunta dall'art. 2, comma 1, lettera e), d.lgs. n. 152 del 2008)

3. Gli atti di cui al comma 2, fino ai termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti.

4. L'inosservanza del comma 2 e del comma 3 comporta per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblici servizi l'applicazione dell'articolo 326 del codice penale.

5. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segreti o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:

a) alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;

b) a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento;

c) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;

d) alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto.

6. In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso.

7. Limitatamente ai contratti nei settori speciali soggetti alla disciplina della parte III, all'atto della trasmissione delle specifiche tecniche agli operatori economici interessati, della qualificazione e della selezione degli operatori economici e dell'affidamento dei contratti, gli enti aggiudicatori possono imporre requisiti per tutelare la riservatezza delle informazioni che trasmettono.

7-bis. Gli enti aggiudicatori mettono a disposizione degli operatori economici interessati e che ne fanno domanda le specifiche tecniche regolarmente previste nei loro appalti di forniture, di lavori o di servizi, o le specifiche tecniche alle quali intendono riferirsi per gli appalti che sono oggetto di avvisi periodici indicativi. Quando le specifiche tecniche sono basate su documenti accessibili agli operatori economici interessati, si

Tale disciplina è stata di recente novellata con il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 5382 che, con specifico riferimento alla tematica dell'accesso, ha introdotto all'art. 79 il comma 5-quater,⁸³ disciplinante il termine legale per l'esercizio dell'accesso agli atti del procedimento di gara.

Nonostante la previsione di una specifica normativa di settore, l'art. 13, al comma 1, opera un espresso rinvio alla disciplina propria della L. 241 a conferma della coesistenza di due distinte normative per la regolamentazione dell'accesso agli atti di gara e ribadendo, in tal modo, la necessità di individuare le esatte modalità di coordinamento fra le disposizioni delle due leggi.

I commi 2, 3 e 4 dello stesso art. 13 riguardano il differimento dell'accesso per distinte tipologie di atti, con indicazione del termine del differimento stesso.

Si tratta di istituto previsto anche dall'art. 24, comma 484, della L. n. 241 del 1990 e regolamentato più direttamente dagli artt. 10, comma 2, e 9, comma 2, del D.P.R. n. 184 del 2006, recante la disciplina regolamentare del diritto di accesso ai documenti amministrativi. I commi 5 e 6 dell'art. 13 del Codice degli appalti si occupano poi delle ipotesi di esclusione dall'accesso. Infine i commi 7 e 7-bis pongono norme di specie relative ai settori speciali.

A ben vedere, la soluzione al problema di coordinamento in esame dipende dalla corretta lettura della previsione contenuta al comma 6 dell'art. 13, laddove è regolamentato il limite alla esclusione all'accesso così come posta dal precedente comma 5. Si tratta, dunque, di una disciplina che deve essere necessariamente messa a confronto con la regola iuris di carattere generale fissata dall'art. 24, comma 7, della L. n. 241 del 1990.

L'art. 24, comma 7, prevede, al primo periodo, che "deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici", cui segue un ulteriore periodo dedicato alla disciplina dell'ostensione riferita ai cd. dati sensibili nonché sensibilissimi.

Il Codice dei contratti pubblici, all'art. 13, comma 6 cit., afferma invece che "in relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lett. a) e b), è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso". La lettura parallela della due norme mette in rilievo tre profili differenziali tra le stesse⁸⁵.

Il primo profilo attiene all'esatta individuazione di quale sia, nelle due norme, l'oggetto dell'accesso.

È chiaro che si tratta, da un lato, di una normativa a carattere generale (L. n. 241) e dall'altro di una disciplina speciale (D.Lgs. n. 163), la seconda in particolare dedicata alla specifica regolamentazione dell'accesso agli atti delle procedure di gara.

considera sufficiente l'indicazione del riferimento a tali documenti. (comma aggiunto dall'art. 1, comma 1, lettera b), d.lgs. n. 152 del 2008)

⁸² Il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 ha realizzato il definitivo recepimento nell'ordinamento interno italiano della Direttiva 2007/66/CE (cd. Direttiva Ricorsi).

⁸³ Art. 79, comma 5-quater, d.lgs. 163/2006: "*Fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'articolo 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'articolo 13. Le comunicazioni di cui al comma 5 indicano se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito, e indicano l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio*". Comma inserito dall'art. 2, comma 1, lett. d), D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53.

⁸⁴ Art. 24, co. 4, l. 241/1990: "*L'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento*".

⁸⁵ Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 luglio 2010, n. 5062, in *Urbanistica e appalti*, 2010, n.11, pp. 1311 ss. Commento di R. GIANI.

A ben vedere, però, la specifica norma del Codice appalti richiamata ha una portata oggettiva ancora più ristretta.

L'incipit del comma 6 richiama infatti le ipotesi di cui al precedente comma 5 dell'art. 13 D.Lgs. n. 163/06 e in specie di cui alle lett. a) e b) del comma 5 stesso.

Il richiamo è all'esclusione dal diritto d'accesso rispetto "alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali" (lett. a), nonché ad "eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento" (lett. b).

Dunque l'art. 13, comma 6, come il maggiore art. 24, comma 7, è preordinato a realizzare il corretto bilanciamento tra riservatezza e accesso ma, a differenza del secondo, presenta un oggetto ben più circoscritto: le offerte contenenti segreti tecnici o commerciali o comunque riservate⁸⁶.

In secondo luogo, l'attenzione cade sulla legittimazione all'accesso.

Nella disciplina generale di cui all'art. 24, comma 7, il profilo soggettivo dell'interessato è indicato con il generico sostantivo di "richiedente", che deve poi provare la titolarità di un certo tipo di interesse conoscitivo.

Diversamente, l'art. 13, comma 6, richiama espressamente la figura soggettiva del "concorrente".

Tale scelta linguistica sembrerebbe far desumere che, nell'ottica della disciplina codicistica, l'accesso agli atti di gara sia riferito soltanto a coloro i quali abbiano partecipato alla procedura concorsuale, con esclusione dei terzi non partecipanti; detta opzione ha determinato il progressivo avvicinarsi di numerosi e, talvolta, contraddittori interventi giurisprudenziali atti a chiarire la reale portata della norma⁸⁷.

In terzo luogo, risulta chiaramente distinto anche il fondamento dell'interesse all'accesso che deve supportare la richiesta ostensiva.

L'art. 24 cit. fa espresso riferimento a documenti "la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici".

L'art. 13 cit. stabilisce invece che l'accesso è consentito al concorrente "che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito del quale viene formulata la richiesta di accesso".

Dunque, la disciplina speciale correla strettamente l'interesse all'accesso alla "difesa in giudizio" rispetto alla gara medesima⁸⁸.

Alla luce delle differenze normative esposte è sorta la necessità di chiarire se la disciplina propria del Codice degli appalti abbia una valenza assorbente per quel che riguarda l'accesso agli atti di gara, con conseguente integrale esclusione dell'applicabilità della normativa generale, ovvero se vi siano degli ambiti operativi posti al di fuori dell'ambito applicativo del D.Lgs. n. 163 del 2006 e quindi ricondotti sotto la vigenza della L. n. 241 del 1990.

Un primo approdo giurisprudenziale ha portato a ritenere che la disciplina di cui all'art. 13 del D.Lgs. n. 163 del 2006 "essendo destinata a regolare in modo completo tutti gli aspetti relativi alla conoscibilità degli atti e dei documenti rilevanti nelle diverse fasi di formazione ed esecuzione dei contratti pubblici, costituisce una sorta di microsistema normativo, collegato all'idea della peculiarità del settore considerato, pur all'interno delle coordinate

⁸⁶ Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, 25 febbraio 2010, n. 67; Cons. Stato, sez. VI, 19 ottobre 2009, n. 6393; Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6121.

⁸⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6121 e T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 9 luglio 2008, n. 6488 che esclude la legittimazione attiva all'accesso agli atti da parte di impresa esclusa dalla gara. Per l'analisi del superamento di questa impostazione giurisprudenziale si rinvia al paragrafo 3.3.

⁸⁸ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 29 gennaio 2010, n. 201; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 25 gennaio 2010, n. 25; T.A.R. Sardegna, sez. I, 30 dicembre 2009, n. 2694; T.A.R. Umbria, 5 novembre 2009, n. 662. Anche Cons. Stato, n. 6121/2008 cit..

generali dell'accesso tracciate dalla L. n. 241 del 1990". Ciò porta a qualificare le "regole proprie" dell'accesso in materia di appalti come "norme speciali" "se non addirittura eccezionali"⁸⁹.

Dunque, questa prima lettura, definita anche "tesi del microsistema normativo", ha portato ad attribuire alla norme del Codice appalti una forte separatezza ed esclusività applicativa, rispetto alle quali il riferimento alla cornice di sistema di cui alla L. n. 241 del 1990 è apparso poco più che un profilo di mera sistemazione teorica.

Ma l'evoluzione giurisprudenziale non si è assestata su questa prima ricostruzione pervenendo ad elaborare nuove e, talvolta, contrastanti chiavi di lettura che formeranno oggetto di analisi e spunto di riflessione del successivo paragrafo.

3.1. La tesi del "doppio regime" interno all'accesso agli atti di gara: gli approdi giurisprudenziali (C.d.S. n. 5062/2010).

La sentenza del Consiglio di Stato⁹⁰ in esame definisce un giudizio di impugnazione in materia di diritto di accesso agli atti amministrativi – in specie un accesso avente ad oggetto atti di una procedura di gara – ed offre lo spunto per molteplici considerazioni.

La pronuncia della VI Sezione n. 5062 del 2010, avente ad oggetto un diniego di accesso agli atti di gara pronunciato da una stazione appaltante, affronta in particolare i seguenti temi:

- problematica della evocazione nel giudizio di accesso del soggetto controinteressato, nella specie l'aggiudicatario dei lavori al quale si riferiscono gli atti di cui si chiede l'ostensione, e conseguenze sull'ammissibilità del ricorso avverso il diniego;
- legittimazione alla richiesta di accesso in capo ad impresa che non ha partecipato alla gara cui ineriscono gli atti richiesti e suo interesse all'ostensione una volta preclusa l'impugnazione giurisdizionale degli atti della procedura per decorso del termine;
- rapporto tra disciplina generale dell'accesso di cui agli artt. 22 ss. della L. n. 241 del 1990 e normativa speciale propria dell'accesso agli atti di gara di cui all'art. 13 del D.Lgs. n. 163 del 2006.

L'aspetto innovativo che in questa sede si intende evidenziare attiene proprio all'ultima delle tre problematiche suesposte, ovvero al rapporto intercorrente tra la disciplina generale e le norme speciali del Codice degli appalti (si rinvia al successivo par. 3.3. per una più attenta analisi delle altre tematiche sottolineate).

Come poc'anzi concluso, aderendo alla tesi definita del "microsistema normativo", il Codice in parola risulterebbe connotato da una forte separatezza ed esclusività applicativa; ragion per cui, l'espresso riferimento in esso contenuto alla disciplina sistematica di cui alla L. n. 241/1990 rileverebbe soltanto in chiave di sistemazione teorica.

In realtà, ben diversa è la lettura che sul punto emerge dalla sentenza in commento. Essa approda ad un risultato interpretativo che, negando alla normativa di settore assoluta centralità ed – anzi – esclusività nella disciplina dell'accesso agli atti di gara, opera una netta distinzione in specifici settori di competenza.

Nel caso in esame l'accesso agli atti era stato precluso, in applicazione dell'art. 13 del

⁸⁹ Cons. Stato n. 6121/2008 cit. La citata decisione del Consiglio di Stato è seguita in termini precisi dalla sentenza del T.A.R. Torino, sez. I, n. 1600 del 2010, l'appello avverso la quale è deciso dalla sentenza della VI Sezione del Consiglio di Stato n. 5062 del 2010, oggetto di esame del paragrafo successivo 1.2.

⁹⁰ Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 luglio 2010, n. 5062, in *Urbanistica e appalti*, 2010, n.11, pp. 1311 ss. Commento di R. GIANI.

La recente entrata in vigore, a partire dal 16 settembre 2010, del nuovo Codice del processo amministrativo (D.Lgs. n. 104 del 2010 pubblicato sulla G.U. del 7 luglio 2010) consente di utilizzare il sostantivo "sentenza" anche per gli atti decisorii del Consiglio di Stato, in luogo di quello di "decisione". Infatti l'art. 33 del Codice stabilisce che l'atto che definisce in tutto o in parte il giudizio si denomina sentenza, senza distinzione fra primo e secondo grado.

D.Lgs. n. 163 del 2006, perché la società istante non aveva partecipato alla relativa procedura di evidenza pubblica e quindi era priva della necessaria legittimazione a conoscere; inoltre, erano scaduti i termini per le impugnative del bando e dell'aggiudicazione, risultando quindi manchevole l'interesse concreto allo svolgimento di una difesa in giudizio.

La tesi sottesa alla scelta della stazione appaltante, e avallata in primo grado dal giudice amministrativo, si fonda sulla centralità assoluta dell'art. 13 e quindi sulla necessaria applicazione, per l'accesso agli atti di gara, della speciale legittimazione attiva ivi prevista (essere "concorrente" nella gara) e dello speciale interesse contemplato (la "difesa in giudizio", appunto).

Il Consiglio di Stato, nel respingere questa ricostruzione, ha posto in luce l'esistenza di un rapporto di complementarietà tra le normative della L. n. 241 e del D.Lgs. n. 163 e ha, in tal modo, riconosciuto valore pregnante al richiamo contenuto nell'art. 13 alla generale disciplina della L. n. 241.

L'opposta tesi, avallerebbe, di contro, una portata eccessivamente "espansiva" della disposizione di cui all'art. 13, che le consentirebbe un'arbitraria estensione ben oltre gli ambiti applicativi attribuiti dal legislatore.

Il punto centrale, nella tesi del Consiglio di Stato, si sostanzia nella valorizzazione del riferimento di apertura del comma 6 dell'art. 13 del D.Lgs. n. 163 del 2006, laddove la norma richiama specificatamente la "ipotesi di cui al comma 5, lett. a) e b)": tale disposizione, dunque, circoscrive in termini oggettivi l'ambito applicativo della previsione normativa in questione.

Pertanto, deve ritenersi che il comma 6 dell'art. 13, si riferisca all'esclusione dall'accesso dei soli documenti contenenti segreti tecnici o commerciali nei confronti di terzi estranei alla gara, i quali possono accedere alla restante documentazione, la cui conoscenza sia necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici, ai sensi dell'art. 24, c. 7, l. n. 241/1990.

In definitiva, la normativa generale di cui alla l. n. 241 e quella particolare sui contratti pubblici sono in rapporto di complementarità e non già di differenziazione, in quanto la prima si applica tutte le volte in cui non si rinvencono disposizioni derogatorie nel codice dei contratti, le quali trovano la propria ratio nel particolare regime giuridico di tale settore dell'ordinamento⁹¹.

Alla luce di siffatta ricostruzione, la disciplina derogatoria – in termini di legittimazione e interesse – di cui all'art. 13 cit. opera soltanto in riferimento alle richieste ostensive relative agli atti di cui alle lett. a) e b) del comma 5 dell'art. 13, mentre "il carattere segreto delle informazioni tecniche e commerciali, che peraltro deve risultare da motivata dichiarazione dell'offerente prodotta in sede di presentazione dell'offerta, non può far velo alla esibizione della restante documentazione (cioè di quella non coinvolta da tali profili di meritevole segretezza) nei confronti di terzi interessati".

Ragion per cui, decorso inutilmente il previsto termine legale di dieci giorni, espressamente stabilito all'art. 79, comma 5-quater del Codice degli appalti, l'interessato non perde definitivamente il diritto all'accesso: la scadenza realizza solo la presunzione legale assoluta di conoscenza degli atti messi a disposizione dalla stazione appaltante. A partire da tale momento l'interessato potrà comunque esercitare il diritto di accesso nei modi ordinari, pur senza potersi avvalere della conoscenza degli atti ai fini della tutela giurisdizionale⁹².

Tale approdo consente almeno due differenti valutazioni.

⁹¹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 luglio 2010, n. 5062, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2010, n. 10, p. 1051.

⁹² M. LIPARI, La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: Dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?, 2010, in www.federalismi.it

Se, da un lato, la scelta interpretativa avallata appare certamente condivisibile in termini di stretta aderenza alla previsione normativa in esame, dall'altro, la medesima opzione finisce col riconoscere formalmente la coesistenza di una pluralità di regimi applicabili non sempre certi e tra loro rigidamente delimitati.

Si tratta, appunto, di quello che autorevole dottrina ha definito in termini di "doppio regime interno all'accesso agli atti di gara": vale a dire, un doppio binario normativo – con diverse regole di legittimazione e di interesse – che vede alternarsi e sovrapporsi il regime proprio dell'art. 13, comma 6, del D.Lgs. 163 del 2006 - relativo agli atti rientranti nelle previsioni di cui alle lett. a) e b) del comma 5 dello stesso art. 13 – e che consente il cd. accesso difensivo e quello proprio dell'art. 24, comma 7, della L. n. 241 del 1990, che lascia spazio al cd. accesso ordinario, per tutti gli altri atti di gara.

Regime di coesistenza normativa che, com'è chiaro, potrebbe continuare a sollevare non poche difficoltà in sede applicativa.

3.2. Il contemperamento tra diritto all'accesso e diritto alla riservatezza a tutela del know how.

La questione dell'accessibilità degli atti formalmente privati posti in essere dalla pubblica amministrazione è di primaria importanza in materia di contratti pubblici.

Infatti, come noto, in tale materia l'attività amministrativa ha natura pubblicistica e procedimentale nella fase della selezione del contraente della P.A. e natura privatistica nella fase della stipula e dell'esecuzione del contratto.

Con riguardo al primo aspetto, ossia quello relativo alla selezione del contraente, l'accessibilità agli atti amministrativi, in linea di principio, deve essere ammessa in tutte le procedure dell'evidenza pubblica, comprese le procedure negoziate, anche in riferimento alle offerte presentate dai concorrenti⁹³.

Per tali atti, dunque, l'accesso deve essere generalmente ammesso salvo che per le esclusioni espressamente operate nell'art. 13 del Codice dei contratti, di cui si dirà nel paragrafo successivo.

In realtà, in materia di pubbliche gare, la problematica dei rapporti tra accesso e riservatezza assume un particolare rilievo specie con riferimento alla possibilità di diffusione, da parte dei soggetti pubblici, dei dati relativi alle offerte e ai progetti presentati dalle imprese partecipanti alla procedura.

All'interesse alla trasparenza delle decisioni assunte dalla p.a. in sede di scelta dei progetti presentati, si contrappone infatti la riservatezza aziendale di salvaguardia del know-how industriale, e dunque del patrimonio di informazioni strategiche riguardanti l'attività produttiva o organizzativa dell'impresa la cui divulgazione a favore di terzi (nella specie ad altre imprese concorrenti) potrebbe arrecare pregiudizio all'impresa proprietaria del know-how stesso⁹⁴.

Con la specifica disciplina di cui all'art. 13 del Codice, il legislatore ha inteso quindi escludere dal raggio di azionabilità del diritto di ostensione la documentazione suscettibile di rivelare il know-how industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti, così da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso non già per prendere visione dell'offerta stessa allorché utile a coltivare la legittima aspettativa al conseguimento dell'appalto, quanto piuttosto per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato.

3.3. L'accesso agli elementi tecnici delle offerte: gli atti ad accesso differito e gli atti

⁹³ M. CLARICH, Commentario al Codice dei contratti pubblici, 2010, Giappichelli Editore, pp. 85 e ss.

⁹⁴ F. SAITTA, Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, 2008, CEDAM Editore, pp. 155 e ss.

sottratti all'accesso.

Come già anticipato, il Codice dei contratti pubblici prevede espressamente alcune eccezioni al principio generale dell'accessibilità degli atti amministrativi.

Si tratta, da un lato, dei casi in cui il diritto di accesso, così come ogni altra forma di divulgazione, sono tassativamente esclusi. Dall'altro, vi sono una serie di atti in relazione ai quali il diritto di accesso è differito fino alla decorrenza dei termini che la stessa norma individua.

In ogni caso, viene fatta salva la disciplina speciale in materia di appalti segreti o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza⁹⁵.

Il primo ordine di eccezioni al principio generale dell'accessibilità degli atti amministrativi è costituito dai casi, previsti dal comma 5 dell'art. 13, per i quali il diritto di accesso ed ogni altra forma di divulgazione sono tassativamente esclusi.

È possibile distinguere i quattro casi di esclusione previsti in ipotesi di "esclusione assoluta" del diritto di accesso e ipotesi di "esclusione relativa".

Fra i primi rientrano quelle fattispecie concrete in cui si chiede di accedere:

1) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice, che siano stati dati per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relativamente alla procedura e al contratto pubblico in questione (art. 13, comma 5, lett. c);

2) alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto (art. 13, comma 5, lett. d).

Con particolare riferimento agli atti di cui alla lett. d), tale esclusione appare giustificata dal fatto che tali relazioni tendono a prevenire un giudizio e sono strumentali alla definizione bonaria delle controversie tra amministrazione e appaltatore. La loro diffusione, dunque, esporrebbe ingiustificatamente la pubblica amministrazione nella fase della trattativa, con rischio di vanificare il possibile accordo.

Gli stessi documenti, manterrebbero le loro caratteristiche anche dopo il mancato raggiungimento dell'accordo e, pertanto, anche successivamente a tale momento non dovrebbero ritenersi accessibili.

Occorre rilevare che nelle previsioni dell'art. 15, comma 5, lett. c) e d) non rientra e, è dunque, accessibile la relazione resa dal direttore dei lavori nell'ambito del procedimento di risoluzione per grave inadempimento dell'appaltatore ai sensi dell'art. 136 del Codice; in tal caso la relazione è finalizzata all'esercizio del potere di risoluzione coerente con l'interesse pubblico (ovvero, la corretta e tempestiva esecuzione dell'opera pubblica) e non ha natura riservata⁹⁶.

I casi di esclusione "relativa" sono, invece, contemplati all'art. 13, comma 5, lett. a) e b), a norma delle quali, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:

a) alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;

b) a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento.

In tali ipotesi, il divieto di accesso investe determinate informazioni contenute nell'offerta presentata nonché eventuali profili riservati della stessa.

È facile desumere, dunque, che oggetto di tali previsioni non è l'offerta nel suo complesso, che in linea di principio è accessibile, ma soltanto la parte di essa che contiene informazioni che costituiscano segreti tecnici o commerciali.

È altresì necessario che le parti dell'offerta che contengano detti segreti siano indicate,

⁹⁵ Si tratta degli appalti segreti di cui all'art. 17 del Codice. Tale previsione è conforme al dettato dell'art. 24, comma 1, lett. a), l. 241/90 che preclude l'accesso ove ricorrano ipotesi di segreto previste dall'ordinamento.

⁹⁶ M. CLARICH, Commentario al Codice dei contratti pubblici, 2010, Giappichelli Editore, pp. 90 e ss.

motivate e comprovate da una espressa dichiarazione dell'offerente, contenuta nell'offerta stessa. Tale dichiarazione costituisce un onere per l'offerente che voglia mantenere riservate e sottratte all'accesso tali parti dell'offerta⁹⁷.

In tali caso, tuttavia, il divieto di accesso non è assoluto. È infatti consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso (art. 13, comma 6).

La sottrazione all'accesso delle parti dell'offerta contenenti segreti tecnici e commerciali, ove puntualmente motivati, si inserisce coerentemente nel rapporto di necessario bilanciamento tra diritto all'accesso (rectius, diritto di difesa) e tutela della riservatezza.

Difatti, se è vero che l'art. 13, al comma 5 esclude l'accesso alle informazioni fornite nell'ambito delle offerte che costituiscano segreti tecnici e commerciali, intendendo in tal modo tutelare il diritto alla riservatezza delle imprese ed il cd. know how industriale e commerciale (in ossequio agli artt. 6 e 13, rispettivamente, della direttiva CE 2004/18 e 2004/17), è pur vero che la medesima disposizione subordina in concreto il divieto alla motivata e comprovata manifestazione di interesse della ditta offerente controinteressata a mantenere il segreto sulla documentazione in oggetto⁹⁸.

Manifestazione che, peraltro, è comunque suscettiva di autonomo e discrezionale apprezzamento da parte della stazione appaltante sotto il profilo della validità e pertinenza delle ragioni prospettate a sostegno dell'opposto diniego.

Sulla questione è di recente intervenuto il Consiglio di Stato⁹⁹ che ha evidenziato come dette informazioni, ove pure riservate, non costituiscono valida ragione ostativa all'accesso potendo "essere stralciate dalla documentazione da esibire con accorgimenti tecnici facili da osservare (come gli omissis)".

Ostensione che, in ogni caso, per la parte accordata, non potrà soffrire limitazione di modalità, nella misura della sola visione e non pure dell'estrazione di copia, atteso che né la legge n. 241/90, dopo i ripetuti interventi legislativi, né il D.Lgs. n. 163/2006, introducono simili inibitorie (per una più attenta analisi sul punto si rinvia al paragrafo successivo).

Le suesposte considerazioni trovano specifica conferma nel nuovo art. 79, del Codice, come modificato dal d.lgs. 53 del 2010, con il quale si è inteso dare ulteriore impulso alla trasparenza amministrativa onerando le stazioni appaltanti di una serie di adempimenti specifici e tempestivi, atti a dare comunicazione ai concorrenti in relazione alle sorti dell'appalto in tutte le sue fasi.

Preme infine rilevare come l'introduzione del nuovo comma 5-quater all'art. 79 abbia spinto fortemente verso una maggiore semplificazione ed accelerazione la disciplina dell'accesso agli atti di gara.

In tal modo, il legislatore ha definitivamente circoscritto i già arginati limiti al diritto di accesso indicati nell'art. 13, ponendo l'obbligo a carico dell'amministrazione, in occasione delle comunicazioni inerenti l'intervenuta aggiudicazione dell'appalto a norma del comma 5, art. 79, di fornire contestuale indicazione dei documenti dei quali vieti o differisca l'accesso, all'evidente scopo di rendere maggiormente celere ed effettiva la tutela del destinatario del diniego (ovvero del offerente non aggiudicatario, interessato a proporre gravame onde conoscere, attraverso l'esame dell'offerta tecnica vincitrice, le ragioni della sua pretermissione).

Il secondo ordine di eccezioni al principio generale dell'accesso agli atti amministrativi è invece costituito dagli atti per i quali l'art. 13, comma 2 prevede il differimento del diritto

⁹⁷ Sul punto, cfr. Tar Puglia – Bari, Sez. I, 27 maggio 2010, n. 2066.

⁹⁸ T.A.R. PUGLIA, Bari, sez. I, 27 maggio 2010, n. 2066, in *Il corriere del merito*, 2010, n. 10, pp. 990 e ss..
Il diritto di accesso agli atti di gara senza limiti, commento di P. COSMAI.

⁹⁹ Cfr. C.d.S., sez. VI, 30 luglio 2010, n. 5062.

di accesso¹⁰⁰.

Tali atti non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti, fino alla decorrenza dei termini previsti dalla stessa norma. In caso di violazione di tali precetti, il comportamento del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio è riconducibile alla fattispecie di reato prevista dall'art. 326 c.p..

In particolare, il diritto di accesso è differito:

- a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;
- b) nelle procedure ristrette e negoziate, e in ogni ipotesi di gara informale, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, dopo la comunicazione Ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare.

Il differimento dell'accesso risponde ad una duplice ratio: tutela della riservatezza dei partecipanti alle procedure di gara da un lato, e tutela della concorrenza e della trasparenza delle offerte dall'altro, poiché la conoscenza anticipata da parte dei rivali degli atti de quo potrebbe, evidentemente, alterare l'equilibrio della gara e i meccanismi della stessa¹⁰¹.

Ancora, per quanto riguarda le offerte, il diritto di accesso è differito fino all'approvazione dell'aggiudicazione (lett. c).

Lo scopo di tale differimento è quello di evitare turbative o pressioni sulla commissione di gara fino a quando non sia divenuta definitiva la scelta della stazione appaltante.

Infine, il diritto di accesso, in relazione al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, è differito fino all'aggiudicazione definitiva (lett. c bis).

Se l'accesso è diritto dell'interessato, ammesso in via generale dalla norma della l. n. 241/1990, le compressioni di cui ai commi 2 e 5 dell'art. 13 del Codice rappresentano norme speciali e, comunque, eccezionali rispetto alla *lex generalis*, da interpretarsi in modo restrittivo (attenendosi a quanto tassativamente ed espressamente contenuto in esse); mentre le deroghe a tali eccezioni, contenute nel secondo periodo della lett. b), comma 2, dell'art. 13 e nel comma 6 di tale ultima disposizione, consentendo una riesplorazione e riaffermazione del diritto generalmente riconosciuto nel nostro ordinamento di accedere agli atti, possono ben essere considerate "eccezioni all'eccezione"¹⁰² e, dunque, nuovamente regola.

3.4. Il carattere recessivo della riservatezza a fronte del diritto di accesso e delle regole di trasparenza ed imparzialità tipiche delle procedure di selezione (C.d.S. sez. VI, n. 5062/2010, Tar Napoli, sez. VI n. 1657/2010, n. 17286/2010).

L'assenza di un chiaro e ben definito confine tra il diritto di accesso agli atti di gara e la tutela della riservatezza e della segretezza dei profili tecnici e commerciali che gli stessi atti potenzialmente accessibili portano con sé, ha sollevato un ampio dibattito in dottrina che ha determinato – inevitabilmente – l'evolversi di una giurisprudenza ondivaga sul punto.

La necessità di contemperare le opposte esigenze in gioco è tanto rilevante in quanto essa

¹⁰⁰ M. CLARICH, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, 2010, Giappichelli Editore, pp. 92 e ss.

¹⁰¹ M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, 2009, Giuffrè Editore, pp. 993 e ss..

¹⁰² A. DEL DOTTO, *Nuove prospettive per il diritto di accesso agli atti delle procedure di gara*, 2008, in www.altalex.it

investe molteplici profili tutti riconnessi all'esercizio del diritto di accesso.

In questa sede, si è ritenuto opportuno analizzare gli aspetti che maggiormente hanno interessato il dibattito giurisprudenziale, ovvero:

ostensione che cede il passo ad una forma di riservatezza, per così dire, rafforzata;

ostensione che si bilancia con l'esigenza di riservatezza inibendo la copia degli atti e consentendone la sola visione;

ostensione che prevale sulla riservatezza in quanto strumentale alla difesa – in giudizio – di interessi giuridici.

Evoluzione giurisprudenziale che, lungo la scia di una interpretazione dinamica e sempre più attenta alla concretezza degli interessi coinvolti, perviene ad un determinante approdo che non si vuol qui anticipare ma che costituisce il perfetto completamento della ricostruzione in esame, come l'ultimo, indispensabile, pezzo di un puzzle.

Quanto al primo aspetto in esame, taluni Tribunali amministrativi regionali¹⁰³ prima e, poi, il Consiglio di Stato¹⁰⁴ hanno accolto, avvalorandola, quell'interpretazione del combinato disposto dell'art. 13 comma 1, 5 e 6 del Codice dei contratti pubblici che riconosce il diritto di accesso a tutti gli atti concorsuali e, in particolare, anche a quelle specifiche informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte presentate, salvo il caso in cui queste costituiscano segreti tecnici o commerciali secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente.

Solo in quest'ottica, dunque, il diritto di accesso incontra un fermo limite: la motivata e comprovata dichiarazione di cui all'art. 13 comma 5, lett. a), ove presente, assurge a condizione ostativa al libero esercizio del diritto di accesso in quanto rafforza l'esigenza di riservatezza insita nei profili di scelta del know-how industriale e commerciale propri di un'impresa.

In tutte le altre ipotesi, invero, laddove manchi l'espressa dichiarazione di segretezza, l'accesso non potrà essere negato in quanto incontra una riservatezza, per così dire, "affievolita".

In particolare, con la pronuncia n. 1657 del 2010, il Tar Napoli ha espressamente affermato che il diritto di accesso agli atti di una gara di appalto va concesso anche quando vi è l'opposizione di altri partecipanti controinteressati per la tutela di segreti tecnici e commerciali, in quanto esso è prevalente rispetto all'esigenza di riservatezza o di segretezza tecnica o commerciale.

Il caso ha riguardato il diniego dell'accesso agli atti relativi alle offerte presentate in occasione di un appalto, diretto all'esecuzione di lavori di ristrutturazione di un ospedale, richiesto da parte di una società partecipante alla gara ed opposto da parte della competente Azienda ospedaliera.

Quest'ultima ha motivato il diniego all'accesso in base alla circostanza che altre due ditte, partecipanti anch'esse al medesimo appalto e informate dalla stessa amministrazione come controinteressate, si erano opposte all'accesso affermando che le informazioni contenute nelle rispettive offerte rientrassero nella nozione di "segreti tecnici e commerciali" e che, quindi, in quanto tali, andassero escluse dal diritto di accesso ai sensi dell'art. 13 co. 5 lett. a) del Codice degli appalti.

Il Tar campano, adito dalla ditta che si è vista negare l'accesso, ben lungi dal censurare la condotta dell'amministrazione che correttamente ha notificato alle altre ditte controinteressate la richiesta di accesso agli atti che le riguardavano, conformemente al disposto di cui all'art. 3 del D.P.R. n. 184 del 2006, si è espresso favorevolmente in merito alla spettanza del diritto di accesso per la parte ricorrente.

Invero, il Collegio ha precisato che la partecipazione ad una gara di appalto è condizione di

¹⁰³ Cfr. Tar Campania – Napoli, sez. VI, 25 marzo 2010, n. 1657; Tar Puglia – Bari, sez. I, 27 maggio 2010, n. 2066; Tar Campania – Napoli, sez. VI 9 giugno 2010, n. 17286.

¹⁰⁴ Cfr. C.d.S. sez. VI, 30 luglio 2010, n. 5062.

accettazione implicita del concorrente alle regole di trasparenza ed imparzialità che caratterizzano la pubblica selezione, fermo restando l'obbligo per il richiedente l'accesso di utilizzare i documenti acquisiti esclusivamente per la cura e la difesa dei suoi interessi giuridici.

Ancora, nella successiva pronuncia n. 17286 del 2010, il medesimo Collegio ha ribadito che, in materia di appalti, l'applicazione generalizzata dell'esclusione dall'accesso prevista dall'art. 13 co. 5 del Codice a tutela del segreto d'impresa, nel senso di riferirla – non solo ai terzi non concorrenti ma – anche alle altre imprese partecipanti alla procedura di affidamento, comporterebbe un'intollerabile compromissione della necessaria trasparenza delle gare di appalto e delle possibilità di tutela giurisdizionale di chi intenda contestare l'esito della gara.

La predetta conclusione, secondo il Tar campano, si fonda sul principio secondo cui l'esigenza di riservatezza è recessiva di fronte all'accesso laddove il diritto sia esercitato per la difesa di un interesse giuridico, nei limiti in cui esso è necessario alla difesa di quell'interesse.

In tal sede, appare interessante evidenziare anche l'opinione di una parte più estrema della dottrina che, nel ricostruire il rapporto intercorrente tra segreto commerciale ed accesso, è giunta a sostenere che, in realtà, intorno al suddetto rapporto sia stato fatto "tanto rumore per nulla"¹⁰⁵.

Tale assunto, sulla base delle seguenti argomentazioni: in sede di gara, nessun concorrente è realisticamente disposto a rivelare alcunché di segreto o anche di semplicemente riservato poiché, in primo luogo, sussisterebbe il rischio che anche la pubblica amministrazione o i relativi funzionari possano far uso di informazioni effettivamente segrete e, in secondo luogo, perché non sarebbe neanche necessario, al fine di acquisire punteggio nella valutazione dell'offerta tecnica, svelare informazioni segrete o riservate, essendo sufficiente una rappresentazione della qualità del prodotto o del processo produttivo proposto, senza una analitica descrizione.

Ad ogni modo, si ritiene di poter oggi congruentemente affermare che gli interventi chiarificatori della giurisprudenza non lascino dubbi di sorta in ordine alla prevalenza dell'accesso – quantomeno difensivo – sul diritto alla riservatezza.

3.5. Le modalità di esercizio dell'accesso: la visione e l'estrazione di copia (C.d.S. sez. VI, n. 6393/2009).

Secondo aspetto di rilievo, evidenziato nel precedente paragrafo, investe la problematica relativa alle modalità di esercizio del diritto di accesso nelle procedure di gara.

In virtù dell'espresso rinvio operato dall'art. 13, comma 1, del Codice, per gli aspetti non diversamente regolati dal Codice dei Contratti trovano applicazione i principi dettati dalla legge sul procedimento amministrativo e dal relativo regolamento di attuazione.

Nonostante tale espresso rinvio alla disciplina generale, notevoli dubbi ha suscitato, sia in dottrina che in giurisprudenza, l'applicazione in materia di appalti della disciplina di cui alla l. 241 del 1990, relativa alle modalità di esercizio del diritto di accesso (art. 25106).

In particolare, in relazione alla previsione di cui all'art. 13, comma 5, lett. b) che sottrae all'accesso anche eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di Regolamento, si è posta la questione se altre parti dell'offerta, oltre a quelle di cui alla lett.

¹⁰⁵ F. BOTTEON, *Accesso difensivo alle offerte tecniche dei concorrenti e segreto industriale-commerciale: tutto da rifare in giurisprudenza dopo il d.lgs. n. 53/2010?*, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2010, n.3, Maggioli Editore, pp. 403 e ss..

¹⁰⁶ Art. 25, comma 1, in particolare, stabilisce che: "Il diritto di accesso si esercita mediante esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi, nei modi e con i limiti indicati dalla presente legge. L'esame dei documenti è gratuito. Il rilascio di copia è subordinato soltanto al rimborso del costo di riproduzione, salve le disposizioni vigenti in materia di bollo, nonché i diritti di ricerca e di visura".

a) del comma 5, art. 13, potessero essere sottratte all'accesso.

In un primo momento, la giurisprudenza ha oscillato tra la tesi della completa accessibilità dell'offerta e dei progetti presentati in sede di gara, in quanto atti necessari alla comparazione delle offerte dei concorrenti¹⁰⁷, e la tesi che ammetteva la sola visione degli atti ma non l'estrazione di copia, ritenendosi, in tal modo, in buona parte tutelato il diritto alla riservatezza senza che risultasse integralmente leso il diritto alla difesa.

Attestandosi sulla prima linea interpretativa, il Consiglio di Stato¹⁰⁸ con la decisione n. 6393 del 2009 ha ribadito i contenuti delle regole sulla trasparenza dei documenti delle procedure di appalto evidenziando l'assenza di limiti specifici alle modalità di accesso agli atti nell'ipotesi in cui l'impresa, nei confronti della cui offerta si intende esercitare l'actio ad exhibendum, non abbia precedentemente manifestato l'interesse alla non divulgazione mediante motivata e comprovata dichiarazione e, in conseguenza, l'intenzione di mantenere riservate quelle informazioni.

Il Supremo Collegio ha, pertanto, concluso nel senso della riespansione della disciplina generale in tema di accesso dettata dalla legge n. 241/1990, nella quale non risulta previsto alcun generale limite modale volto ad escludere che l'accesso si eserciti mediante il conseguimento di copia, oltre che con la visione del documento¹⁰⁹.

Il Consiglio di Stato ha, altresì, precisato che lo stesso art. 13, al comma 6, contiene una previsione che, in sostanza, riafferma quella tendenziale prevalenza del c.d. accesso difensivo, in generale disposta dall'art. 24, co. 7, l. n. 241/1990.

In definitiva, né l'art. 13, co. 6, del Codice, né l'art. 24, della l. 241, nella formulazione risultante a seguito della legge n. 15/2005¹¹⁰, prevedono che l'accesso c.d. difensivo, come tale prevalente sulle antagoniste ragioni di riservatezza o di segretezza tecnica o commerciale, possa e debba essere esercitato nella forma della sola visione, senza estrazione di copia.

Evidentemente, l'eventuale ed illecita utilizzazione, da parte del richiedente l'accesso – ad esempio per acquisire illegittimamente il know-how di cui prima non era in possesso – dei documenti di cui abbia avuto copia, può d'altra parte essere perseguito con gli strumenti offerti dalla normativa sulla tutela del diritto d'autore¹¹¹.

3.6. La procedura di accesso immediato ed informale ai documenti della procedura di gara: il recepimento della Direttiva Ricorsi (D.lgs. n. 53/2010).

Il 27 aprile 2010 è entrato in vigore il D. Lgs. 20 marzo 2010, n. 53, che ha recepito la cd. Direttiva Ricorsi (Direttiva 2007/66/CE¹¹²), con la quale sono state modificate le Direttive

¹⁰⁷ Tar Puglia – Bari, 17 giugno 2009, n. 1528; Tar Lazio, Roma, Sez. III, 30 marzo 2006, n. 2212; Tar Puglia-Bari, Sez. I, 2002, n. 3827.

¹⁰⁸ Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 ottobre 2009, n. 6393.

¹⁰⁹ A. PAPI ROSSI – R. SIRONI, *In tema di appalti pubblici il diritto di accesso agli atti è disciplinato dall'art. 13 del d.lgs. n. 163/2006*, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2010, n. 1, Maggioli Editore, pp. 79 e ss..

¹¹⁰ L'intervenuta normativa di cui alla l. n. 15 del 2005, modificativa della l. n. 241 del 1990, comporta che debba ricomprendersi nel diritto di accesso sia la visione che il rilascio di copia del documento, attesa l'abrogazione della disposizione dettata dall'art. 24, comma 2, lett. d), nella formulazione originaria della l. n. 241/1990, che prevedeva, invece, a tutela della riservatezza dei terzi, persone ed imprese, la possibilità di escludere il diritto d'accesso «*garantendo peraltro agli interessati la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici*»: abrogazione che fa ritenere superata ogni possibilità di distinguere tra le due indicate modalità di accesso.

¹¹¹ Sul punto, SAITTA, *Commentario*, in *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, cit..

¹¹² Il recepimento di tale direttiva è stato previsto dalla legge comunitaria per il 2008, e segnatamente dall'art. 44, l. n. 88/2009, che ha dato tempo al Governo sino al 20 dicembre 2009, data di scadenza del termine comunitario di recepimento. Con il meccanismo di proroga legale dovuto alla circostanza che le Commissioni parlamentari sono state investite del parere meno di trenta giorni prima della scadenza del detto termine, quest'ultimo è stato prorogato al 20 marzo 2010.

89/665/CEE e 92/13/CE relative alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici¹¹³.

L'ottica nella quale si muove la riforma è la necessità di tutelare i principi di effettività e di concentrazione della tutela giurisdizionale, riconosciuti in ambito comunitario dalla Corte di Giustizia¹¹⁴, nonché espressamente dall'art. 19 del Trattato sull'Unione Europea, ed in ambito nazionale dagli artt. 24 e 111 Cost.

Il recepimento di tale direttiva nel nostro ordinamento è stato scandito in due tappe legislative: la previsione di una specifica disposizione di delega nella legge comunitaria 2009 (l'art. 44 della L. n. 88/2009) e il decreto legislativo di attuazione (D. Lgs. n. 53/2010), su cui si è innestato il parere reso dal Consiglio di Stato il 1 febbraio 2010¹¹⁵.

Nel complesso, il D. Lgs. n. 53/2010 detta una disciplina che va oltre il mero recepimento della Direttiva 2007/66, finendo col toccare non solo aspetti trattati specificatamente dal legislatore comunitario (come lo standstill period sostanziale e processuale e l'inefficacia del contratto in caso di violazioni delle norme a presidio della concorrenza) ma anche profili inerenti la tutela processuale interna, rimessi all'autonomia dei singoli Stati membri (come la disciplina sull'accesso agli atti di gara, il cd. preavviso di ricorso, i nuovi termini processuali)¹¹⁶.

Il paradosso della presente analisi ad una legislazione che può dirsi recentissima sta nel fatto che molte delle norme introdotte dal decreto delegato n. 53/2010 risultano in parte abrogate ed in parte assorbite dal d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, recante il primo Codice del processo amministrativo.

L'ultimo intervento normativo citato ha, infatti, rivisitato le giovani regole processuali contenute nel Codice dei contratti pubblici (come delineate dal d.lgs. n. 53/2010) trasfondendole in larga misura nel nuovo Codice¹¹⁷.

Preme rilevare, tuttavia, che non tutte le disposizioni introdotte nel Codice degli appalti per effetto della Direttiva ricorsi sono refluite nel nuovo Codice del processo.

Restano, infatti, nel corpo normativo del Codice del 2006 – oltre alle previsioni in materia di contenzioso arbitrale di cui agli artt. 241 e seguenti, (attratte, evidentemente, nell'orbita del processo civile) – anche le norme concernenti:

Il d.lgs. è stato firmato dal Presidente della Repubblica il 20 marzo 2010 (d.lgs. 20 marzo 2010 n. 53), dopo aver ricevuto i pareri favorevoli, con osservazioni, del Consiglio di Stato, della Camera e del Senato, è stato pubblicato in G.U. del 12 aprile 2010, con entrata in vigore il 27 aprile 2010, nel rispetto dell'ordinario termine di quindici giorni di *vacatio legis*.

¹¹³ La *ratio* della nuova disciplina comunitaria è quella di migliorare l'efficacia delle procedure, eliminando le "lacune nei meccanismi di ricorso esistenti negli Stati membri", e di "garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, soprattutto in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette" (considerando n. 3).

¹¹⁴ Per un quadro generale dei rapporti tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e principi comunitari elaborati dalla Corte di Giustizia, si veda M. Schinaia, *Intensità ed estensione della giustizia amministrativa italiana ed i principi comunitari*, in *Actes du colloque pour le cinquantième anniversaire des Traités de Rome*, in www.curia.europa.eu.

¹¹⁵ La dottrina ha segnalato molteplici profili di divergenza tra la legge delega e il decreto delegato, sia sotto il profilo della mancata attuazione di alcuni criteri direttivi, sia sotto quello della previsione di disposizioni non contemplate dal Parlamento. Si veda M. LIPARI, *Il recepimento della "Direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, su www.federalismi.it, n. 7/2010.

¹¹⁶ R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, su www.giustizia-amministrativa.it; M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d. lgs. n. 53 del 2010*, in *Foro amm.- Tar*, 1, 2010, p. LV; V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, su www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹⁷ Sotto il profilo sistematico, la nuova collocazione risponde alla volontà, chiaramente espressa dal parere della Commissione Speciale del Consiglio di Stato sullo schema del decreto legislativo n. 53/2010, di inserire a pieno titolo il "rito speciale" per i contratti pubblici nell'ambito del codice del processo, abbandonando, quindi, l'originaria collocazione all'interno del codice dei contratti.

l'istituto dell'informativa (preventiva) in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale (art. 243-bis);

la disciplina dell'accesso agli atti di gara in cui siano adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi dell'art. 79 del Codice appalti (comma 5-quater dello stesso art. 79);

le previsioni che collegano la sospensione del termine per la stipulazione del contratto (non soltanto al decorso di un termine dilatorio – standstill – decorrente dalla intervenuta comunicazione dell'aggiudicazione, ai sensi del comma 10 dell'art. 11 del Codice appalti, ma anche) alla proposizione di un ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, cosicché il contratto non può essere stipulato dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante fino al decorso del termine (o all'intervento della pronuncia) dalla previsione stessa indicati¹¹⁸.

In questa sede, l'analisi si concentrerà intorno alle problematiche nascenti dalle nuove disposizioni in materia di accesso agli atti delle procedure di gara¹¹⁹.

Nel nuovo sistema di contenzioso sui pubblici appalti, ancorato ai termini dilatori per la stipulazione del contratto e all'esigenza di una celere definizione della lite, acquista infatti particolare importanza la tempestiva e completa conoscibilità degli atti di gara, in vista dell'attivazione degli strumenti precontenziosi e contenziosi.

Da un lato, dalla comunicazione a tutti i concorrenti dell'aggiudicazione definitiva, decorre, per la stazione appaltante, il termine di standstill per la stipulazione del contratto.

Dall'altro lato, dalla ricezione, da parte di ogni singolo concorrente, dell'aggiudicazione definitiva, decorre, per ognuno, il termine di proposizione del ricorso giurisdizionale, e alla proposizione del ricorso giurisdizionale si ricollega l'ulteriore sospensione legale del termine di stipulazione del contratto, fino alla pronuncia del giudice.

E' allora interesse sia della stazione appaltante, che dei concorrenti, che vi siano termini e forme certi di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e di tutti gli atti di gara rilevanti.

A tal fine, la legge delega ha prescritto al legislatore delegato di prevedere termini e mezzi certi di comunicazione di tutti i provvedimenti adottati in corso di procedura (art. 44, co. 3, lett. e)¹²⁰.

Pertanto, ai sensi del nuovo comma 5-quater¹²¹, art. 79, sono accessibili ex lege tutti gli atti del procedimento di gara e dei relativi subprocedimenti, in cui siano adottati gli atti oggetto di comunicazione ai sensi dell'art. 79, co. 5¹²², codice, con l'eccezione degli atti

¹¹⁸ R. POLITI, *Il contenzioso in materia di appalti: dal recepimento della Direttiva ricorsi al Codice del processo amministrativo*, 2010, in www.giustizia-amministrativa.it

¹¹⁹ La fase dell'accesso agli atti di gara si è rivelata, nella pratica, fonte di contenzioso e di ritardo ai fini della conoscenza degli atti medesimi. Per effetto del meccanismo previgente i tempi processuali tendevano inevitabilmente a dilatarsi, essendo rimessi alla discrezione di chi esercitava l'accesso, che sceglieva i tempi in cui chiederlo, e alla discrezione della stazione appaltante, che sceglieva i tempi in cui consentirne l'esercizio. Per ovviare a tale inconveniente, il legislatore ha ritenuto di disciplinare per legge tempi e modi dell'accesso, per cui, fatti salvi i casi di divieto o differimento dell'accesso, tutti gli atti sono in linea di principio accessibili *ex lege*, e nei tempi indicati dalla legge, non occorrendo più né una richiesta di accesso, né un provvedimento che ne consenta l'esercizio.

¹²⁰ R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della Direttiva Ricorsi*, cit..

¹²¹ Art. 79, comma 5-quater. Fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'articolo 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'articolo 13. Le comunicazioni di cui al comma 5 indicano se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito, e indicano l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio. (*comma aggiunto dall'articolo 2, comma 1, lettera d), d.lgs. n. 53 del 2010*).

¹²² Art. 79, comma 5: "In ogni caso l'amministrazione comunica di ufficio:

per i quali l'accesso è vietato o differito ai sensi dell'art. 13, codice.

Il comma 5-quater rappresenta una delle nuove disposizioni introdotte su cui la dottrina¹²³ ha manifestato le più forti perplessità.

Tale norma introduce il cd. accesso informale o immediato agli atti di gara, disciplinando una procedura semplificata rispetto a quella contenuta nella L. n. 241/1990.

Il primo aspetto di snellimento è quello relativo al termine: l'accesso agli atti del procedimento è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti mediante visione ed estrazione di copia.

Vengono, inoltre, semplificate le modalità attraverso cui l'accesso può essere esercitato, dal momento che è consentito all'interessato di presentare anche una semplice richiesta non scritta, cui l'amministrazione può rispondere senza particolari formalità.

Tuttavia, nel caso di diniego o di differimento dell'accesso, la stazione appaltante dovrà comunque adottare un provvedimento scritto di esclusione o differimento.

Inoltre, nelle comunicazioni dell'aggiudicazione definitiva (di cui all'art. 79, comma 5, lett. a)) le stazioni appaltanti devono:

- indicare se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito;
- indicare l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, con i relativi orari.

I dubbi sollevati dalla dottrina investono più profili.

Innanzitutto, sul piano sistematico, è criticabile la scelta di collocare siffatta normativa nell'ambito dell'art. 79¹²⁴ piuttosto che dell'art. 13.

Secondo autorevole dottrina¹²⁵, infatti, appare opportuno chiedersi se la scelta di confermare la collocazione della nuova norma nell'articolo 79 possa costituire argomento per affermare che la "messa a disposizione" dei documenti ne determini la conoscenza legale, anche surrogando eventuali difetti (ma non la radicale assenza) della comunicazione.

Altro profilo di perplessità riguarda l'assenza di una espressa previsione circa le conseguenze del mancato esercizio dell'accesso nel termine legale di dieci giorni.

Si pone quindi la necessità di chiarire se, decorso il detto termine, si verifichi una decadenza dall'accesso, o se invece l'accesso possa essere esercitato nei modi ordinari,

a) l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva; *(lettera così sostituita dall'art. 2, comma 1, del Decreto Legislativo n.53 del 20/03/2010 in vigore dal 27/04/2010)*

b) l'esclusione, ai candidati e agli offerenti esclusi, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni dall'esclusione.

b-bis) la decisione, a tutti i candidati, di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro. *(lettera aggiunta dall'articolo 1, comma 1, lettera t), d.lgs. n. 152 del 11/09/2008 in vigore dal 17/10/2008)*

b-ter) la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, ai soggetti di cui alla lettera a) del presente comma. *(lettera aggiunta dall'art. 2, comma 1, del Decreto Legislativo n.53 del 20/03/2010 in vigore dal 27/04/2010).*

¹²³ R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della Direttiva Ricorsi*, cit.; M. LIPARI, *Il recepimento della "Direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, cit..

¹²⁴ Il parere del Consiglio di Stato aveva segnalato che la norma, pur muovendo da un intento apprezzabile (la regolamentazione del rapporto tra l'accesso e la formazione della conoscenza legale degli atti), era formulata in modo non del tutto chiaro, così da aumentare, anziché ridurre, le incertezze relative alla conoscenza dei provvedimenti. Il testo definitivo rimane fermo, invece, nell'originaria formulazione, respingendo persino il suggerimento – meramente formale - di collocare l'innovazione legislativa nella sua sede naturale, ossia nell'articolo 13 del codice, dedicato all'accesso. M. LIPARI, *Il recepimento della 'direttiva ricorsi': il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia 'flessibile' del contratto*, cit.

¹²⁵ M. LIPARI, *op. cit.*

mediante istanza e relativo provvedimento di ammissione.

Nell'intento del legislatore delegato, la norma dovrebbe assicurare la certezza della conoscenza degli atti e dei documenti della procedura di gara.

Dunque, in un certo senso, essa completa il sistema delle comunicazioni obbligatorie.

Sviluppando questa finalità, è plausibile la soluzione interpretativa secondo cui il termine di dieci giorni entro cui si può esercitare lo speciale accesso – immediato e semplificato – è essenzialmente previsto in funzione di tutela dell'amministrazione e mira ad accelerare l'inoppugnabilità dei provvedimenti.

Ne deriverebbe, allora, che, scaduto il detto termine, l'interessato perda il diritto di accesso ai documenti, quanto meno se il suo esercizio è finalizzato alla proposizione di un ricorso contro gli atti di gara.

È questa, in verità, una soluzione che è apparsa eccessivamente drastica e che potrebbe essere ridimensionata, forse, affermando che la scadenza del termine, senza l'esercizio del diritto di accesso, crea una presunzione assoluta di conoscenza dei documenti, ma rilevante ai soli fini della tutela giurisdizionale (segnatamente, ai fini della proposizione del ricorso e dei motivi aggiunti, ma pure della domanda risarcitoria).

D'altra parte, sarebbe davvero ingiustificata una preclusione assoluta e definitiva all'esercizio del diritto di accesso per altri fini.

Ma, ovviamente, per avere un senso, questa conclusione dovrebbe comportare che, scaduto il termine di dieci giorni, resterebbe comunque preclusa all'interessato l'utilizzabilità degli stessi documenti se prodotti in giudizio dalle altre parti o acquisiti dal giudice in sede istruttoria.

Molte perplessità suscita, in ogni caso, la previsione di un termine di soli dieci giorni, che decorre, oltretutto, dall'invio della comunicazione: in concreto potrebbe trattarsi di un lasso temporale davvero esiguo, qualora la comunicazione pervenga al destinatario solo all'approssimarsi della scadenza.

Tuttavia, per risolvere tali nodi critici, si può ritenere che se l'istanza è inviata entro 10 giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti, l'interessato si avvale della procedura semplificata, di cui all'art. 79, co. 5-quater. Decorso tale termine, questo potrà comunque presentare l'istanza secondo le regole generali.

Si pone anche l'ulteriore questione se la decadenza dall'accesso precluda la proposizione di motivi aggiunti di ricorso.

Ciò a ragione del fatto che la conoscenza dei documenti interni della procedura non sembra avere riflessi molto importanti sulla decorrenza del termine per la proposizione del ricorso, ma potrebbe riguardare soltanto l'articolazione dei motivi aggiunti.

Seguendo l'impostazione radicale, il termine per l'esercizio dell'accesso è imposto a pena di decadenza, con la conseguenza che decorso il medesimo l'accesso non può essere più esercitato e restano definitivamente preclusi i motivi aggiunti di ricorso.

Tale soluzione però non ha puntuali appigli nel dato esegetico, sia della legge delega che del decreto delegato.

Peraltro, accogliere la tesi secondo cui decorso il termine legale, l'accesso può essere esercitato nei modi ordinari, significa vanificare l'impianto normativo, che ha inteso dettare una disciplina speciale dell'accesso rispetto a quella ordinaria, ed escludente l'applicazione di quella ordinaria.

Sicché, è da ritenere che scaduto il termine legale di dieci giorni, l'accesso non può essere esercitato nei modi ordinari.

Residua, però, la possibilità di ottenere l'esibizione degli atti nel corso del giudizio, sollecitando un ordine del giudice.

Eventuali motivi aggiunti potranno perciò essere proposti dopo l'esibizione degli atti in giudizio, ma in tal caso, ove l'annullamento degli atti di gara consegua all'accoglimento di motivi aggiunti proposti dopo il deposito degli atti in giudizio, il giudice dovrà tener conto

della condotta della parte che non ha esercitato l'accesso nel termine di legge, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1227 c.c.¹²⁶.

Infine, ulteriore motivo di perplessità deriva dalla circostanza che la norma fa salvi i differimenti e i divieti previsti dall'articolo 13 del codice dei contratti. Dunque, l'accesso immediato non si estende ad una parte molto rilevante della documentazione di gara (in particolare, quella riguardante le offerte degli altri concorrenti, in ordine alla quale sono molto rilevanti i casi di differimenti e di divieti).

Sul piano strettamente procedimentale, l'accesso in esame assume la connotazione di un accesso informale "obbligatorio": a quanto sembra, dunque, l'amministrazione non ha alcun potere di trasformare il procedimento di accesso in formale, né l'interessato può avvalersi del procedimento ordinario.

Tuttavia, il riferimento agli atti coperti da segreto induce a ritenere che questa particolare modalità di accesso non possa estendersi ai documenti esibiti dai controinteressati: pertanto, a questi deve essere garantita la facoltà di partecipare al procedimento di accesso, che dovrà quindi assumere la necessaria configurazione dell'accesso formale¹²⁷.

3.7. Il carattere autonomo e non meramente strumentale alla proposizione di una azione giudiziale del diritto di accesso: il punto d'arrivo dei giudici di Palazzo Spada (C.d.S. sez. V, n. 942/2011).

Una Asl non può negare l'accesso alla documentazione degli atti di gara (indetta per l'affidamento del servizio di ristoro tramite distributori automatici) all'impresa partecipatrice motivando il diniego in ragione della declaratoria di improcedibilità del ricorso nell'ambito del quale sarebbe stato possibile avvalersi dei documenti richiesti.

Così, il Consiglio di Stato, sez. V, con la pronuncia¹²⁸ che si esamina, riforma l'impugnata sentenza¹²⁹ affermando che "Il diritto di accesso non è meramente strumentale alla proposizione di una azione giudiziale, ma assume un carattere autonomo rispetto ad essa; ciò significa che il rimedio speciale previsto a tutela del diritto di accesso deve ritenersi consentito anche se l'interessato non possa più agire, o non possa ancora agire, in sede giurisdizionale, in quanto l'autonomia della domanda di accesso comporta che il giudice, chiamato a decidere su tale domanda, deve verificare solo i presupposti legittimanti la richiesta di accesso e non anche la possibilità di utilizzare gli atti richiesti in un giudizio".

L'azione a tutela dell'accesso è dunque volta ad assicurare all'amministrato la trasparenza della Pubblica Amministrazione, indipendentemente dalla lesione, in concreto, di una determinata posizione di diritto o di interesse legittimo.

L'interesse alla conoscenza dei documenti amministrativi viene, pertanto, elevato a bene della vita autonomo¹³⁰, meritevole di tutela separatamente dalle posizioni sulle quali abbia poi ad incidere l'attività amministrativa, eventualmente in modo lesivo. Sulla base di tali principi, appare del tutto irrilevante ed ininfluenza la previa verifica dello stato – e della sorte – del giudizio principale, avente ad oggetto la gara da cui è derivata la richiesta di accesso essendo quest'ultima totalmente svincolata dal relativo esito.

Alcun limite sussiste, dunque, in ordine alla richiesta di accesso che concerna documenti attinenti ad una gara cui il ricorrente abbia partecipato e che non appartengano alla tipologia di atti specificatamente sottratti all'accesso in base all'art. 13 del Codice dei

¹²⁶ R. DE NICTOLIS, *op. cit.*.

¹²⁷ M. LIPARI, *op. cit.*.

¹²⁸ Consiglio di Stato, Sez. V, n. 942 del 14 febbraio 2011.

¹²⁹ Tar Puglia - Bari, Sez. I, n. 2633 del 2010.

¹³⁰ Già in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. Consultiva per gli atti normativi, parere del 13 febbraio 2006 sullo schema di regolamento contenente modifiche al D.P.R. n. 352 del 1992 (Regolamento per la disciplina delle modalità di esercizio e dei casi di esclusione del diritto di accesso ai documenti amministrativi) nel quale si afferma, tra l'altro, che l'accesso costituisce un diritto soggettivo che va garantito sull'intero territorio nazionale.

contratti pubblici.

In tal senso, pertanto, il Giudice Amministrativo, nel decidere su un'istanza di accesso formulata in detti termini, ha il compito di verificare unicamente la sussistenza dei presupposti legittimanti la richiesta di accesso e non anche la possibile utilizzazione degli atti richiesti per le finalità indicate dall'istante (quale, ad esempio, la difesa in altro giudizio).

In definitiva, deve ritenersi ammissibile una istanza di accesso anche nelle ipotesi in cui il giudizio di riferimento sia stato per qualsiasi motivo dichiarato improcedibile.

Il diritto di accesso costituisce una pretesa dotata di una propria autonomia, avendo una finalità strumentale non solo alla tutela della sfera giuridica degli interessati nei confronti della p.a., ma anche alla salvaguardia della trasparenza e della imparzialità dell'azione amministrativa.

L'actio ad exhibendum, posta a presidio di un diritto alla conoscenza riconosciuto come bene della vita incompressibile, assurge così ad azione autonoma, slegata da condizionamenti procedimentali e/o processuali che non siano puntualmente e tassativamente disciplinati nel dettato normativo.

3.8. Il ricorso avverso il diniego di accesso nel nuovo Codice del Processo Amministrativo (D.lgs. n. 104/2010).

Il rito speciale per le controversie in materia di accesso ai documenti amministrativi, prima compiutamente disciplinato dall'articolo 25 della legge n. 241/1990 e, oggi, introdotto nel nuovo Codice del processo amministrativo all'art. 116, è applicato quotidianamente nelle aule della giustizia amministrativa. Si tratta, quindi, di un processo speciale "diffuso": formalmente "differenziato" da quello ordinario, ma niente affatto raro o inusuale¹³¹.

Il Libro IV del Codice del processo amministrativo reca la disciplina del giudizio di ottemperanza e dei riti speciali.

Il primo dei riti speciali contemplati dal Codice, all'art. 116, è appunto quello in materia di accesso ai documenti, di cui già all'art. 25 della legge 241 del 1990.

Va subito detto che l'impianto della nuova norma è appunto strutturato sulla falsariga della previgente disciplina, salvo la differente previsione in materia di termini¹³².

Come prevede l'art. 116 Cpa, il rito speciale in materia di accesso può essere esperito contro le determinazioni e il silenzio che si forma sulle istanze di accesso.

Dunque, nell'ambito delle determinazioni dell'amministrazione in tema di accesso rientrano non soltanto i casi di diniego espresso e i differimenti dell'esercizio di diritto in questione, ma anche – si ritiene – i provvedimenti che dispongono l'accesso, i quali potrebbero essere impugnati da terzi lesi dal provvedimento che consente l'ostensione.

Quanto alla questione della notifica del ricorso in tema di accesso, la disciplina recata dal comma prima dell'art. 116 costituisce una novità di rilievo per il fatto stesso di prevedere espressamente la regola, già invero costantemente affermata dalla giurisprudenza¹³³, della

¹³¹ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale del diritto di accesso ai documenti: effettività della tutela e certezza delle regole*, ottobre 2007, in www.giustizia-amministrativa.it

¹³² C. DE PASQUALE – S. GATTI – V. NUTI, *Il nuovo Codice del Processo Amministrativo*, speciale di *Guida al Diritto*, settembre 2010, pp. 64 e ss..

¹³³ TAR Lazio, 14 ottobre 2010, n. 32809. Per il Tar capitolino, in particolare, alla luce del delineato quadro normativo come da ultimo modificato, emerge inequivocabilmente che il ricorso avverso il diniego di accesso deve essere notificato anche ai controinteressati. Ha poi aggiunto il Tar adito che, anche antecedentemente alla novella legislativa, era già principio consolidato, a partire dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 24 giugno 1999, che il ricorso proposto ai sensi dell'art. 25, legge 241/1990, contro il diniego di accesso ai documenti amministrativi dovesse essere notificato a tutti i soggetti ai quali i detti documenti si riferiscono.

Tanto, sulla scorta della considerazione che il giudizio previsto dall'art. 25, legge 241/1990, salve le deroghe da esso espressamente previste, va sottoposto alla generale disciplina del processo amministrativo, che annovera, tra i relativi principi, quello, ora sancito espressamente all'art. 116, del cod. proc. amm., e,

necessità della notifica del ricorso ai controinteressati.

La obbligatorietà di tale notifica, pena la inammissibilità del ricorso, era stata comunque già riconosciuta in via giurisprudenziale e ricavata in via interpretativa dall'applicazione delle norme generali sul processo amministrativo al rito speciale sull'accesso.

L'art. 116 Cpa, sul punto, prevede l'espressa applicazione della disciplina in tema di integrazione del contraddittorio di cui all'art. 49134 del Codice.

Il rito sull'accesso è un rito semplificato e si svolge in Camera di consiglio.

Il termine per la proposizione del ricorso resta quello di 30 giorni, dimezzato rispetto al termine ordinario di 60 giorni per il ricorso al giudice amministrativo.

Per quanto concerne il deposito, il Codice segna una novità rispetto alla disciplina previgente, prevedendo un termine dimezzato rispetto a quello ordinario.

Al processo sull'accesso si applica, infatti, il nuovo art. 87135 che disciplina i termini per il rito camerale, il quale espressamente prevede che nel giudizio in materia di accesso ai documenti amministrativi – così come per quelli in materia di silenzio, di ottemperanza e per i giudizi in opposizione ai decreti che pronunciano l'estinzione o l'improcedibilità del giudizio – “tutti i termini processuali sono dimezzati rispetto a quelli del processo ordinario, tranne quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti”.

Non può non rilevarsi come il richiamato articolo 87 sia stato formulato sul modello della disciplina del rito accelerato recata dall'art. 23-bis della l. 1034/1971 (ora trasfuso nell'art. 119136 co. 2 del Cpa).

precedentemente, previsto dall'art. 21, comma 1, L. n. 1034/1971, per il quale il ricorso deve essere notificato tanto all'organo che ha emanato l'atto "quanto ai controinteressati ai quali l'atto direttamente si riferisce, o almeno ad uno di essi". (cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, 21 novembre 2006, n. 6792).

¹³⁴ Art. 49. Integrazione del contraddittorio:

1. *Quando il ricorso sia stato proposto solo contro taluno dei controinteressati, il presidente o il collegio ordina l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri.*

2. *L'integrazione del contraddittorio non è ordinata nel caso in cui il ricorso sia manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato; in tali casi il collegio provvede con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'articolo 74.*

3. *Il giudice, nell'ordinare l'integrazione del contraddittorio, fissa il relativo termine, indicando le parti cui il ricorso deve essere notificato. Può autorizzare, se ne ricorrono i presupposti, la notificazione per pubblici proclami prescrivendone le modalità. Se l'atto di integrazione del contraddittorio non è tempestivamente notificato e depositato, il giudice provvede ai sensi dell'articolo 35.*

4. *I soggetti nei cui confronti è integrato il contraddittorio ai sensi del comma 1 non sono pregiudicati dagli atti processuali anteriormente compiuti.*

¹³⁵ Art. 87. Udienze pubbliche e procedimenti in camera di consiglio:

1. *Le udienze sono pubbliche a pena di nullità, salvo quanto previsto dal comma 2.*

2. *Oltre agli altri casi espressamente previsti, si trattano in camera di consiglio:*

a) *i giudizi cautelari e quelli relativi all'esecuzione delle misure cautelari collegiali;*

b) *il giudizio in materia di silenzio;*

c) *il giudizio in materia di accesso ai documenti amministrativi;*

d) *i giudizi di ottemperanza;*

e) *i giudizi in opposizione ai decreti che pronunciano l'estinzione o l'improcedibilità del giudizio.*

3. *Nei giudizi di cui al comma 2, con esclusione dell'ipotesi di cui alla lettera a), tutti i termini processuali sono dimezzati rispetto a quelli del processo ordinario, tranne quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti. La camera di consiglio è fissata d'ufficio alla prima udienza utile successiva al trentesimo giorno decorrente dalla scadenza del termine di costituzione delle parti intime. Nella camera di consiglio sono sentiti i difensori che ne fanno richiesta.*

4. *La trattazione in pubblica udienza non costituisce motivo di nullità della decisione.*

¹³⁶ In materia di appalti, e specificamente in relazione ai provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture (art. 119, co. 1 lett. a)), stante l'espressa previsione di cui all'art. 120, co. 5 cpa (recante le Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'art. 119, co. 1, lett. a)) non opera per la sola notificazione del ricorso principale e dei motivi aggiunti la speciale deroga al principio generale del dimezzamento dei termini prevista al comma 2, art. 119 c.p.a.: per cui per tali atti il termine per la notifica è quello dimezzato di 30 giorni.

Quanto ai poteri riservati al giudice in caso di accoglimento del ricorso, il comma 4, dell'art. 116 prevede che, allorquando ne sussistano i presupposti, il giudice ordini l'esibizione dei documenti richiesti, dando un termine non superiore, di norma, a 30 giorni, e dettando, ove occorra, le relative modalità.

Nonostante il suo carattere impugnatorio, quindi, il giudizio in materia di accesso è tuttavia rivolto ad accertare la sussistenza o meno del titolo all'accesso nella specifica situazione addotta dal privato, alla luce dei parametri normativi ed indipendentemente dalla maggiore o minore correttezza delle ragioni addotte dall'amministrazione per giustificare il diniego¹³⁷.

Il comma 3 dell'art. 116 dispone che l'amministrazione nel corso del giudizio possa essere rappresentata e difesa anche da un proprio dipendente¹³⁸ all'uopo autorizzato, confermando, per i giudizi in tema di accesso, la non necessità della difesa tecnica oltre che per il privato (come previsto dall'art. 23 del Codice) anche per l'amministrazione resistente, la quale può dunque difendersi "in proprio" senza l'intermediazione dell'Avvocatura.

Pertanto, in ragione di quanto prescritto all'ultimo comma dell'art. 116 – secondo cui "Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai giudizi di impugnazione" – si deve ritenere che l'amministrazione potrà essere rappresentata e difesa da un proprio dipendente anche nel giudizio d'appello in deroga a quanto previsto dalla disciplina generale in tema di patrocinio¹³⁹.

Infine, occorre segnalare che l'art. 116 ripropone, disciplinandolo, quello che era stato definito come il rito incidentale in materia di accesso. Il comma 2 del citato articolo, infatti, prevede che, quando già penda un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, il ricorso per l'accesso ai documenti possa essere proposto con una istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale. Tale istanza¹⁴⁰ va depositata previa notifica all'amministrazione ed agli interessati e potrà essere decisa sia con la sentenza che definisce il giudizio principale che con una separata ordinanza.

L'incidentalità dello strumento in esame, rispetto al ricorso principale, non esclude che lo stesso, una volta attivato, sia autonomo, in linea con la posizione della giurisprudenza amministrativa che, a tal proposito, ha affermato come la domanda tesa ad ottenere l'accesso ai documenti sia indipendente sia dalla sorte del processo principale all'interno del quale venga fatta valere l'anzidetta situazione soggettiva, sia dall'eventuale infondatezza o inammissibilità della domanda giudiziale¹⁴¹.

3.9. Le ricadute processuali: l'ipotesi della mancata evocazione dei controinteressati ed il necessario parallelismo tra contraddittorio procedimentale e contraddittorio processuale? (C.d.S. sez. VI n. 5062/2010).

Con la già citata sentenza n. 5062/2010, il Consiglio di Stato fornisce ampi spunti di

¹³⁷ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 6 dicembre 2006, n. 7187.

¹³⁸ La novità recata dal Codice risiede nel fatto che risulta sufficiente un dipendente autorizzato a rappresentare l'amministrazione in giudizio, laddove in precedenza era prescritto che il dipendente in questione dovesse essere un dirigente.

¹³⁹ Infatti, mentre in primo grado, ai sensi dell'art. 23 del Codice, è previsto che nei giudizi in materia di accesso le parti possono stare in giudizio personalmente senza l'assistenza del difensore, l'art. 95, co. 6, del Codice dispone che ai giudizi di impugnazione non si applichi la richiamata disciplina speciale relativa alla difesa personale delle parti. Pertanto, alla luce di una lettura combinata delle norme in esame, deve ritenersi che in caso di impugnazione sia la sola amministrazione a poter stare in giudizio senza l'assistenza di un difensore.

¹⁴⁰ Il Codice non utilizza l'espressione *ricorso* evidenziandone, in tal modo, il carattere di incidentalità, e cioè di inserimento in un processo già avviato.

¹⁴¹ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza del 12 marzo 2010, n. 1470.

riflessione intorno alla ricostruzione della disciplina sostanziale applicabile all'accesso agli atti di gara; la stessa pronuncia merita ulteriore rilievo in ordine alle considerazioni che il Collegio svolge sul tema del contraddittorio in sede processuale nel giudizio avverso il diniego di accesso e sulle conseguenze della mancata evocazione dei soggetti controinteressati.

La sentenza in esame affronta il problema dell'ammissibilità del ricorso avverso il diniego di accesso radicato dinanzi al giudice amministrativo, ammissibilità contestata "per omessa notifica dello stesso al soggetto controinteressato", cioè all'aggiudicatario dei lavori.

Come già in precedenza evidenziato, la obbligatorietà di tale notifica, pena la inammissibilità del ricorso, era stata già riconosciuta in via giurisprudenziale e ricavata in via interpretativa dall'applicazione delle norme generali sul processo amministrativo al rito speciale sull'accesso.

In base alla legge fondamentale sul procedimento amministrativo, dunque, chi presenta ricorso al giudice amministrativo per ottenere l'ostensione di documenti amministrativi che coinvolgono aspetti di riservatezza di altri soggetti, deve notificare a questi ultimi il ricorso, in quanto controinteressati.

Il risultato cui perviene il giudice d'appello – che ad un primo sommario esame può apparire assolutamente paradossale – è invero quello dell'ammissibilità del ricorso, sulla base dei seguenti argomenti:

a) "il ricorso in materia di accesso non può essere dichiarato inammissibile, per assenza di notifica al controinteressato, quando la stessa Amministrazione non abbia ritenuto di dover consentire la partecipazione di altri soggetti in sede procedimentale", come pure sarebbe stata tenuta a fare ai sensi dell'art. 3, comma 1, D.P.R. n. 184/06142;

b) in ogni caso, dall'esame del merito della controversia è emerso che i documenti in questione non contengono segreti tecnici o commerciali, ragion per cui non sarebbe stato neppure ravvisabile alcun controinteressato da evocare in giudizio.

Nessuno dei due argomenti appare invero convincente¹⁴³.

Il primo argomento è ripreso nella motivazione della sentenza ed esplicitato con richiamo alla "necessità di un parallelismo tra contraddittorio procedimentale e processuale", nel senso che l'esclusione della necessità di contraddittorio processuale è legata al rilievo che nella specie "l'estensione del contraddittorio in confronto di soggetti controinteressati è mancata – già – in sede procedimentale".

La considerazione, come detto, non appare condivisibile.

Il tema del parallelismo tra contraddittorio procedimentale e processuale invero ha avuto riferimento, nella precedente riflessione della dottrina e della giurisprudenza, ad una situazione esattamente opposta a quella qui evocata.

Il punto focale della discussione de quo investiva il seguente quesito: se la previsione legislativa della partecipazione procedimentale abbia o meno un effetto immediato sulla legittimazione processuale ad impugnare l'atto conclusivo del procedimento, prescindendo dalla titolarità in capo al partecipante di un interesse che abbia i requisiti necessari, in

¹⁴² Regolamento recante disciplina in materia di accesso agli atti amministrativi. Art. 3. Notifica ai controinteressati: *1. Fermo quanto previsto dall'articolo 5, la pubblica amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetti controinteressati, di cui all'articolo 22, comma 1, lettera c), della legge, è tenuta a dare comunicazione agli stessi, mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento, o per via telematica per coloro che abbiano consentito tale forma di comunicazione. I soggetti controinteressati sono individuati tenuto anche conto del contenuto degli atti connessi, di cui all'articolo 7, comma 2.*

2. Entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione di cui al comma 1, i controinteressati possono presentare una motivata opposizione, anche per via telematica, alla richiesta di accesso. Decorso tale termine, la pubblica amministrazione provvede sulla richiesta, accertata la ricezione della comunicazione di cui al comma 1.

¹⁴³ R. GIANI, *La pluralità di regimi di accesso agli atti in materia di appalti*, 2010, op .cit..

termini di interesse differenziato e qualificato, per accedere alla giurisdizione¹⁴⁴.

Nella pronuncia che si esamina, invece, l'argomento è totalmente ribaltato.

Il Collegio giunge ad affermare che la mancata partecipazione in sede procedimentale escluda che un determinato soggetto, per quanto in ipotesi titolare di un interesse avente i necessari caratteri della differenziazione e qualificazione, debba essere evocato in giudizio ai fini della regolare instaurazione del contraddittorio, in tal modo rafforzando e consolidando la illegittimità già commessa in sede amministrativa sia dal privato che dalla pubblica amministrazione.

Anche il secondo argomento, che tende a risolvere un problema di legittimazione processuale passiva valorizzando l'esito di merito del giudizio, non appare condivisibile se è vero che la *legitimatio ad causam* “deriva dalla considerazione della posizione del ricorrente, valutata in astratto, per ciò che egli afferma in relazione al rapporto controverso, ed è nozione distinta rispetto al giudizio sulla spettanza della posizione giuridica vantata”¹⁴⁵.

In realtà, probabilmente, la sentenza in rassegna sul punto *plus dixit quam voluit*.

Il riferimento è al fatto che la sentenza del Supremo Collegio va letta in combinato con la sentenza di primo grado del Tar piemontese¹⁴⁶: quest'ultima evidenzia come, in realtà, la notificazione del ricorso al controinteressato aggiudicatario c'era stata ma era risultata tardiva. Tale circostanza aveva indotto il giudice – sulla base di un'argomentazione in cui era stato introdotto anche il riferimento alla mancata attivazione del contraddittorio nei confronti dello stesso controinteressato in sede procedimentale – alla rimessione in termini per errore scusabile.

Inserito in questo ben diverso contesto, il discorso risulta, a ben vedere, plausibile.

Tale ultima considerazione in ragione del fatto che – in virtù della ratio che sottende alla disciplina poc'anzi ricostruita – risulta difficile ritenere correttamente impostato un processo in assenza della notificazione al controinteressato soltanto perché lo stesso risultava già pretermesso in sede amministrativa; nondimeno, tale pretermissione ben può essere valorizzata per giustificare l'errore in cui il ricorrente è incorso in sede di notificazione e per concedere la conseguente rimessione in termini per errore scusabile.

In definitiva, il principio del necessario parallelismo tra contraddittorio procedimentale e contraddittorio processuale trova fondamento se e nella misura in cui esso venga accolto nella sua accezione – per così dire – positiva, ovvero in termini di “necessaria ripetizione e/o integrazione” di un contraddittorio procedimentale eventualmente carente.

Ben diverso – e discutibilmente legittimo – sarebbe, invece, l'utilizzo dello stesso principio in chiave di mera reiterazione, ovvero secondo una lettura in negativo dello stesso che possa consentire, nella sua concreta applicazione, di porre riparo ad un contraddittorio lacunoso veicolandolo *sic et simpliciter* in sede giurisdizionale.

Tale assunto, in ragione del fatto che il diritto al contraddittorio procedimentale, non diversamente da quello processuale, rientra nel più generale diritto di azione e di difesa generalmente riconosciuto a tutti i cittadini dalla Carta costituzionale¹⁴⁷ e che esige necessaria tutela in tutte le forme e in tutti i gradi in cui viene ad essere in gioco.

3.10. Il nuovo regolamento dei contratti pubblici (il D.P.R. 207 del 2010).

Ai fini di una maggiore completezza sistematica si richiama in questa sede l'ultimo intervento normativo che interviene in modo significativo sulla disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 163 del 2006. Sul supplemento ordinario n. 270 alla

¹⁴⁴ L.R. PERFETTI, Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il problema delle pretese partecipative, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 688-714.

¹⁴⁵ Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2005, n. 976.

¹⁴⁶ T.A.R. Piemonte – Torino, Sez. I, sentenza n. 1600/2010.

¹⁴⁷ E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 27.

Gazzetta Ufficiale n. 288 del 10 dicembre 2010 è stato pubblicato il Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 relativo al “Regolamento di esecuzione e attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”.

Così come previsto all'articolo 253, comma 2 del d.lgs. n. 163/2006, il nuovo regolamento n. 207/2010 entrerà in vigore, 180 giorni dopo la pubblicazione in G.U. e, quindi, l'8 giugno 2011 data sino alla quale resterà in vigore il Regolamento di cui al D.P.R. n. 554/1999.

Il testo del nuovo regolamento consta di 359 articoli suddivisi nell'ambito di sette parti¹⁴⁸. Le più significative novità recate dal regolamento possono così sintetizzarsi¹⁴⁹:

In tema di progettazione, vi è una definizione più analitica dei livelli di progettazione (particolarmente la preliminare e definitiva), con particolare riferimento alle relazioni tecniche ed agli elaborati grafici, e la regolamentazione della verifica del progetto da parte di strutture interne o esterne alla stazione appaltante ma, comunque, accreditate.

In tema di qualificazione, viene razionalizzato il sistema sanzionatorio nei confronti delle SOA, con la previsione di sanzioni pecuniarie e interdittive, sia per la violazione di obblighi informativi, sia per la violazione degli obblighi inerenti l'attività di qualificazione. Viene anche disciplinato il “giusto procedimento” sanzionatorio.

Viene inoltre procedimentalizzato il potere, riconosciuto all'Autorità di vigilanza dalla giurisprudenza, di annullare le attestazioni SOA viziate. Viene razionalizzata la disciplina del casellario informatico, estesa anche ai servizi e alle forniture, e attuata la regola, fissata dal codice, secondo cui i certificati lavori posti a base della qualificazione, vengono acquisiti esclusivamente tramite il casellario. Viene finalmente regolamentata la garanzia globale di esecuzione, già prevista dalla legge Merloni e finora non regolamentata. Viene dettata la disciplina attuativa del dialogo competitivo e dell'appalto misto di progettazione ed esecuzione, di modo che, con l'entrata in vigore del regolamento, tali istituti entrano finalmente in vigore. Viene introdotta la finanza di progetto per i servizi. Viene per la prima volta dettata una disciplina attuativa quanto a direzione, esecuzione e contabilità per servizi e forniture.

Il regolamento generale di attuazione del codice è inoltre destinato a sostituire tutta una serie di regolamenti, che vengono integralmente abrogati a far data dal 9 giugno 2011, tra i quali – per quanto di interesse – si richiama il D.P.R. n. 101/2002, in tema di aste elettroniche.

Il profilo che in questa sede viene in rilievo attiene specificatamente alle modalità di esercizio del diritto di accesso in ipotesi di appalti svolti attraverso un'asta elettronica, posto che il co. 12150 dell'art. 85 del Codice opera un espresso rinvio alle disposizioni di

¹⁴⁸ In particolare:

- la parte I è dedicata alle disposizioni comuni;
- la parte II, che è quella più consistente, disciplina i contratti pubblici di lavori nei settori ordinari;
- la parte III tratta dei contratti pubblici di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria nei settori ordinari;
- la parte IV disciplina i contratti pubblici di forniture nei settori ordinari e tutti gli altri contratti di servizi nei settori ordinari;
- la parte V disciplina i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali;
- la parte VI disciplina i contratti che si eseguono all'estero;
- la parte VII reca le disposizioni transitorie e le abrogazioni.

¹⁴⁹ DE NICTOLIS, R., *Il nuovo regolamento dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, n. 2, pp. 136 e ss..

¹⁵⁰ Art. 85, co. 12. “*Il regolamento stabilisce:*

- a) i presupposti e le condizioni specifiche per il ricorso alle aste elettroniche;
- b) i requisiti e le modalità tecniche della procedura di asta elettronica;
- c) le condizioni e le modalità di esercizio del diritto di accesso agli atti della procedura di asta elettronica, nel rispetto dell'articolo 13”.

cui all'art. 13 del medesimo testo normativo.

Secondo la disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici, all'art. 85, co. 1, "Nelle procedure aperte, ristrette, o negoziate previo bando, quando ricorrono le condizioni di cui al comma 3, le stazioni appaltanti possono stabilire che l'aggiudicazione dei contratti di appalto avvenga attraverso un'asta elettronica".

Il nuovo regolamento, nel capo III rubricato "Procedure di scelta del contraente ed aste elettroniche", introduce, con l'art. 294, le condizioni e le modalità di esercizio del diritto di accesso nell'ipotesi in cui si faccia ricorso ad un'asta elettronica.

La norma prevede che "1. Fermo restando quanto previsto agli articoli 13 e 77 del codice, l'esercizio del diritto di accesso agli atti del processo di asta elettronica può essere esercitato mediante l'interrogazione delle registrazioni di sistema informatico che contengono la documentazione in formato elettronico dei detti atti ovvero tramite l'invio ovvero la messa a disposizione di copia autentica degli atti. Sono escluse dal diritto di accesso le soluzioni tecniche ed i programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico ove coperti da diritti di privativa intellettuale".

Fermo l'espresso rinvio all'art. 13 del Codice, sembra dunque riproporsi, in ambito di appalti "elettronici", la discussa problematica intorno al corretto bilanciamento tra accesso e riservatezza: in un'ottica – se si vuole – più ampia che coinvolge specificatamente le scelte della pubblica amministrazione.

Tale rilievo, in ragione di due rapide considerazioni: da un lato, ad una prima sommaria analisi, sembra percepirsi l'esigenza di un intervento volutamente chiarificatore da parte del legislatore che, ritenuto evidentemente lacunoso il disposto di cui all'art. 13 (nella specie, dei commi 5, 7 e 7-bis della norma richiamata), si preoccupa così di introdurre una ulteriore specificazione in tema di esclusione dal diritto di accesso. Dall'altro lato, tuttavia, viene da chiedersi se l'intervento riuscirà a sortire realisticamente l'effetto voluto.

Nessun dubbio, dunque, circa le modalità di esercizio "dell'interrogazione" che dovrà allinearsi, quanto a contenuto, forma e termini, alla disciplina contenuta nell'art. 13.

Il riferimento all'esclusione dall'accesso delle "soluzioni tecniche ed ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico" impone, invece, una più attenta considerazione.

Viene infatti da chiedersi se non risulti quantomeno approssimativo il richiamo alle soluzioni tecniche utilizzate dalla stazione appaltante e alla potenzialità che le stesse risultino o meno coperte da diritti di privativa intellettuale.

Senza considerare che manca, altresì, un esplicito riferimento alle modalità e ai termini di comunicazione – a chi ne faccia richiesta – e/o di pubblicità dello "scudo protettivo" delle scelte dell'amministrazione che inibirebbe l'accesso.

Preme rilevare, inoltre, che il richiamato art. 13, ai commi 7 e 7-bis¹⁵¹ prevede già una specifica disciplina relativa alla comunicazione delle scelte di tipo tecnico operate della stazione appaltante.

Il profilo è tanto più rilevante se si considera che l'asta elettronica non costituisce propriamente una procedura di gara, configurandosi piuttosto come strumento di

¹⁵¹ Art. 13, co. 7. "Limitatamente ai contratti nei settori speciali soggetti alla disciplina della parte III, all'atto della trasmissione delle specifiche tecniche agli operatori economici interessati, della qualificazione e della selezione degli operatori economici e dell'affidamento dei contratti, gli enti aggiudicatori possono imporre requisiti per tutelare la riservatezza delle informazioni che trasmettono".

Comma 7-bis. "Gli enti aggiudicatori mettono a disposizione degli operatori economici interessati e che ne fanno domanda le specifiche tecniche regolarmente previste nei loro appalti di forniture, di lavori o di servizi, o le specifiche tecniche alle quali intendono riferirsi per gli appalti che sono oggetto di avvisi periodici indicativi. Quando le specifiche tecniche sono basate su documenti accessibili agli operatori economici interessati, si considera sufficiente l'indicazione del riferimento a tali documenti".

negoziiazione delle offerte ove la relativa valutazione viene eseguita non da una commissione all'uopo costituita bensì esclusivamente in via telematica.

Si tratta, in particolare, di uno strumento idoneo a stimolare attraverso la negoziazione telematica un'ulteriore fase competitiva all'interno delle ordinarie procedure di appalto.

È chiaro, dunque, come le maggiori difficoltà incontrate nella previsione di un'organica disciplina dell'istituto siano state determinate, in via principale, dall'esigenza di contemperare il ricorso ai mezzi elettronici con i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, trasparenza delle operazioni, sicurezza e riservatezza delle comunicazioni.

Il ricorso all'asta elettronica permette alle amministrazioni aggiudicatrici di attivare una procedura di gara in cui le offerte vengono presentate e valutate in via esclusiva su supporto elettronico¹⁵².

Il fatto che la valutazione delle offerte sia affidata ad un sistema completamente automatizzato presuppone che detto istituto possa essere applicato ai soli appalti pubblici da affidarsi mediante procedure aperte, ristrette o negoziate previo bando le cui specifiche disposizioni siano suscettibili di essere determinate in modo sufficientemente preciso, di modo che siano oggetto di valutazione automatica solo elementi idonei ad essere espressi in cifre o percentuali.

Non potranno, pertanto, formare oggetto di aste elettroniche quegli appalti di servizi o di lavori aventi ad oggetto prestazioni intellettuali di per sé non esprimibili in termini matematici, quali, in primo luogo, la progettazione di lavori.

Prima di procedere all'asta elettronica, le stazioni appaltanti effettuano una preliminare valutazione relativa all'ammissibilità delle offerte pervenute.

Quindi, tutti gli offerenti che hanno presentato offerte ritenute ammissibili sono simultaneamente invitati per via elettronica a presentare nuovi prezzi ovvero, qualora l'appalto sia aggiudicato secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nuovi valori.

Al fine di consentire la corretta partecipazione di tutti i soggetti invitati all'asta, si prevede che detto invito debba contenere ogni informazione necessaria a consentire il collegamento individuale al dispositivo elettronico utilizzato ed indicare la data e l'ora dell'avvio delle operazioni di gara¹⁵³.

¹⁵² Ai sensi dell'art. 85, co. 4. *“L'asta elettronica riguarda: unicamente i prezzi quando l'appalto viene attribuito al prezzo più basso; oppure i prezzi e/o i valori degli elementi dell'offerta quando l'appalto è attribuito all'offerta economicamente più vantaggiosa”*.

¹⁵³ Queste ultime, peraltro, non potranno avere inizio prima di due giorni lavorativi a decorrere dalla data di invio degli inviti

Nei casi in cui l'aggiudicazione avvenga in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'invito deve altresì contenere il risultato della valutazione completa dell'offerta del soggetto interessato, nonché l'indicazione della formula matematica che durante l'asta elettronica determina le riclassificazioni automatiche in funzione dei nuovi prezzi o dei nuovi valori presentati.

Affinché gli offerenti siano in ogni momento posti in condizione di conoscere la propria classificazione, nel corso dell'asta le amministrazioni aggiudicatrici provvedono a comunicare in tempo reale ogni informazione utile. Gli atti di gara possono altresì prevedere che le stazioni appaltanti siano tenute a comunicare anche ulteriori informazioni relative ai prezzi o ai valori presentati da altri offerenti.

