



**Scuola Interregionale Veneto e Friuli Venezia Giulia**

**CORSO**

**Le ultime novità in tema di Contratti Pubblici**

*Avv. Massimiliano Alesio*

# **Le ultime novità in tema di Contratti Pubblici**

Preganziol (Tv), 10 maggio 2012

## **LE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA LEGGE 11 NOVEMBRE 2011, N. 180 (“NORME PER LA TUTELA DELLA LIBERTÀ D’IMPRESA. STATUTO DELLE IMPRESE”)**

Procedure più flessibili per l’affidamento di incarichi di progettazione e altri servizi tecnici fino alla soglia comunitaria; tutelate, anche con sanzioni dell’Antitrust, le piccole e medie imprese in caso di ritardi nei pagamenti da parte delle grandi imprese; recepimento anticipato della direttiva europea; associazioni di categoria obbligate al codice etico “antimafia” e legittimate ad agire in giudizio; incentivi alla partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici; istituito il garante delle PMI (Piccole e Medie Imprese). Sono questi alcuni dei contenuti della legge 11 novembre 2011, n. 180 (“Norme per la tutela della libertà d’impresa. Statuto delle imprese”), finalizzata a garantire anche la piena applicazione dello “*Small Business Act*” per l’Europa, voluto dalla Commissione europea nel 2008 e che si pone l’obiettivo generale di tutelare gli interessi delle piccole e medie imprese, sia sul fronte dei rapporti privati, sia rispetto ai rapporti con la pubblica amministrazione.

### **LE PRECISAZIONI IN TEMA DI GARE PER SERVIZI TECNICI (E LA SOPRAVVENUTA ABROGAZIONE!)**

Fra le diverse novità in materia di contratti pubblici, si evidenzia una nuova disposizione normativa, con la quale si porta a 125 mila euro (per le amministrazioni centrali dello Stato) ed a 193 mila euro per tutte le altre stazioni appaltanti, la soglia fino alla quale è ammesso scegliere progettisti, direttori dei lavori, coordinatore per la sicurezza e collaudatori mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara, attraverso l’espletamento di una gara informale, previo invito di cinque soggetti (“**gare per servizi tecnici**”). Si tratta dell’articolo 12, che va a modificare l’articolo 91, comma 1°, del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 163/2006) il quale, a sua volta, rinviando all’articolo 57, comma 6° del Codice medesimo, prevedeva fino ad ieri, la scelta con cinque inviti solo fino a 100 mila euro. Grazie alla nuova legge n. 180/2011, questa possibilità sarà ammessa fino alla soglia comunitaria dei 193 mila euro, introducendo, quindi, una procedura caratterizzata da maggiore discrezionalità. La materia è anche trattata nel regolamento del Codice dei contratti (Dpr n. 207/2010), ove, all’articolo 267, si stabilisce che le stazioni appaltanti devono individuare i cinque soggetti da invitare alla gara informale, attingendo ad elenchi di operatori economici costituiti ad hoc o tramite indagini di mercato. In buona sostanza, il regolamento entra nel dettaglio applicativo della disposizione di rango primario, che la legge sullo statuto delle imprese ha ora modificato, prevedendo due modalità propedeutiche all’individuazione dei soggetti da invitare: l’istituzione di elenchi di operatori economici, o l’effettuazione di indagini di mercato finalizzate al singolo affidamento, che si concretizzano nella pubblicazione di un avviso di gara, in ogni caso rispettando il criterio di rotazione. In entrambi i casi, le amministrazioni dovranno rispettare i principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, correttamente e esaustivamente interpretati dall’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (determinazione 6 aprile 2011, n. 6), la quale ha anche specificato che le stazioni appaltanti devono evitare di inserire nei bandi di gara preferenze territoriali o locali. Precisamente, l’Autorità, per quanto concerne i criteri di scelta delle imprese da invitare alla gara informale, ritiene possibili i seguenti: a) Le esperienze contrattuali, registrate dalla stazione appaltante nei confronti dell’impresa richiedente l’invito o da invitare, purché venga rispettato il principio della rotazione; 2) L’idoneità operativa delle imprese rispetto al luogo di esecuzione dei lavori; 3) Il sorteggio. Va rilevato, infine, che il novello intervento normativo si somma al precedente “ritocco” al Codice (art. 125, comma 11°), apportato dal decreto sviluppo, che ha elevato da 20 mila a 40 mila euro il tetto fino al quale le stazioni appaltanti potranno scegliere fiduciarmente, in via diretta, l’affidatario dei servizi.

Tuttavia, il comma 5°, dell’articolo 44, della legge n. 214/2011, ha ripristinato la versione antecedente. Quindi, la gara informale, previo invito di cinque soggetti, è ammessa nuovamente solo fino ad € 100.000,00.

## IL FAVOR PER LE MICRO, PICCOLE E MEDIE IMPRESE

L'articolo 13, della legge n. 180/2011 si occupa più diffusamente dei contratti pubblici.

Il comma 1° si propone il fine di rendere più trasparente l'informazione relativa ai contratti pubblici di importo inferiore alle soglie comunitarie, nonché a favorire l'accesso al mercato delle PMI. È stato previsto, in particolare (comma 2°), che le stazioni appaltanti debbano, nel rispetto della normativa dell'Unione europea in materia di appalti pubblici, intervenire al fine di **favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese**, purché ciò non comporti nuovi o maggiori oneri finanziari. Tali interventi debbono estrinsecarsi nelle seguenti azioni:

- 1) Suddividere gli appalti in lotti o lavorazioni (nel rispetto, però, di quanto previsto dall'articolo 29 del Codice, in tema di divieto di frazionamento), nonché evidenziare le possibilità di subappalto, garantendo la corresponsione diretta dei pagamenti nei vari stati di avanzamento.
- 2) Semplificare l'accesso agli appalti delle aggregazioni fra micro, piccole e medie imprese, privilegiando associazioni temporanee di imprese, forme consortili e reti di impresa, nell'ambito della disciplina che regola la materia dei contratti pubblici. Tuttavia, occorre prendere atto che non sono affatto indicate le concrete modalità operative, il che rende la disposizione normativa alquanto nebulosa.
- 3) Semplificare l'accesso delle micro, piccole e medie imprese agli *“appalti pubblici di fornitura di servizi pubblici locali”*, banditi dai comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti e per importi inferiori alle soglie stabilite dall'Unione europea. Siamo in presenza, invero, di una disposizione di difficile interpretazione, in quanto, come noto, le concessioni di servizi pubblici locali esulano dall'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti, e sono assoggettate solo al rispetto dei principi derivanti dall'ordinamento comunitario, a prescindere dalla loro rilevanza economica. Ad ogni modo, in base alle previsioni della nuova legge, il *favor* nei confronti delle PMI, nell'affidamento dei servizi pubblici locali, dovrebbe essere espresso dagli enti mediante:
  - a) *“l'assegnazione tramite procedura di gara ad evidenza pubblica ovvero tramite assegnazione a società miste pubblico-private, a condizione che la selezione del socio privato avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità previsti dall'Unione europea, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione dell'appalto”*.
  - b) *“Nel rispetto di quanto previsto dalla lettera a), l'individuazione di lotti adeguati alla dimensione ottimale del servizio pubblico locale”*;
  - c) *“L'individuazione di ambiti di servizio compatibili con le caratteristiche della comunità locale, con particolare riferimento alle aree dei servizi di raccolta, smaltimento e recupero dei rifiuti, del trasporto pubblico locale, dei servizi di manutenzione e riparazione nelle filiere energetiche, dell'illuminazione pubblica, dei servizi cimiteriali, di riqualificazione del patrimonio edilizio pubblico, di manutenzione delle infrastrutture viarie e di manutenzione delle aree verdi”*.

Ad una prima lettura, tali disposizioni appaiono generiche ed inutilmente ripetitive di analoghe disposizioni, valevoli per il diverso comparto dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Per tale ragione, non risulta agevole ipotizzare quali concrete ed effettive ricadute positive potranno registrarsi nell'interesse degli operatori economici di minori dimensioni. Inoltre, perplessità desta anche la previsione secondo cui l'affidamento dei servizi pubblici locali, nei comuni aventi meno di 5.000 abitanti, potrebbe avvenire attraverso l'assegnazione a società miste pubblico-privato, in quanto, ai sensi del comma 32°, dell'articolo 14, del decreto legge n. 78/2010, convertito in legge n. 122/2010, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società.

## LE PMI E LE “GRANDI INFRASTRUTTURE”

Un'ulteriore disposizione di favore per le PMI sembra riguardare le **grandi infrastrutture**, ma sembra di essere in presenza, anche in tal caso, di indicazioni di mero indirizzo, sulle cui ricadute concrete è lecito nutrire qualche dubbio. Infatti, *“l'introdurre modalità di coinvolgimento nella realizzazione di grandi infrastrutture, nonché delle connesse opere integrative o compensative, delle imprese residenti nelle regioni e nei territori nei quali sono localizzati gli investimenti, con particolare attenzione alle micro, piccole e medie imprese”*, appare quale disposizione meramente programmatica, priva di concreta valenza applicativa.

## LA VERIFICA DEI REQUISITI DI PARTECIPAZIONE. L'AMPLIAMENTO DELLE POSSIBILITÀ DI AUTOCERTIFICAZIONE

I commi 3°, 4° e 5°, dell'articolo 13, introducono disposizioni, in tema di **autocertificazioni in sede di gara e di requisiti**, in buona parte già esistenti nel loro precìpuo contenuto prescrittivo.

Il comma 3° stabilisce che le micro, piccole e medie imprese possono presentare, in sede di gara, autocertificazioni per l'attestazione dei requisiti di idoneità e che le stazioni appaltanti non possono chiedere alle imprese documentazione o certificazioni già in loro possesso o documentazione aggiuntiva rispetto a quella prevista dal Codice. Ora, occorre osservare che la possibilità (*rectius*: l'obbligo!) di presentare una dichiarazione sostitutiva per attestare il possesso dei requisiti è già ampiamente prevista dal Codice, in relazione ai requisiti di ordine generale (art. 38, comma 2°) ed in relazione ai requisiti di capacità tecnica e professionale (art. 42, comma 4°), oltre che costituire un solido principio giurisprudenziale.

Il comma 4° stabilisce che le stazioni appaltanti chiedono, nel caso di micro, piccole e medie imprese, solo all'impresa aggiudicataria la documentazione probatoria dei requisiti di idoneità previsti dal Codice. A prima vista, sembra di essere in presenza in parte di un'inutile ripetizione di un principio già ovvio e solido e, per altro versante, di una parziale deroga all'operatività della verifica sui requisiti speciali dei concorrenti, ai sensi dell'articolo 48 del Codice (verifica che viene espletata a campione durante la gara e, poi, viene estesa anche all'aggiudicatario ed al concorrente risultato secondo in graduatoria). In relazione a tale seconda fattispecie, non è affatto chiaro come e quando una simile deroga debba concretamente operare, cioè se è possibile evitare la verifica a campione e quella nei confronti del concorrente secondo graduato quando ne sia interessata una PMI, ovvero se la deroga debba operare quando alla gara abbiano partecipato solamente PMI. Fra l'altro, risulta difficile comprendere la *ratio*, che imporrebbe un simile regime differenziato di verifica delle dichiarazioni per le PMI rispetto agli altri operatori economici. Il comma 4°, poi, continua, stabilendo che, nel caso in cui l'impresa non sia in grado di comprovare il possesso dei requisiti, *“si applicano le sanzioni previste dalla legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché la sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento per un periodo di un anno”*. Si tratta di una disposizione oscura e di problematica applicazione. Infatti, le sanzioni per la mancata dimostrazione dei requisiti speciali, dichiarati in sede di gara, sono già compiutamente disciplinate dall'articolo 48, comma 1°, del Codice (esclusione dalla gara, escussione cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità). Quindi, non è chiaro se le sanzioni previste dalla legge n. 246/2005 vadano a sostituire quelle dell'articolo 48 del Codice, a ribadirle ovvero ad aggiungersi ad esse. Inoltre, non è parimenti chiaro se la sanzione interdittiva della sospensione della partecipazione alle gare per il periodo di un anno vada intesa quale applicazione dell'articolo 38, comma 1°, lett. h) del Codice per aver reso una falsa dichiarazione, oppure quale applicazione del precetto di cui all'articolo 48, comma 1, ultimo capoverso, laddove si prevede che l'Autorità dispone la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento.

Infine, il comma 5° stabilisce che le stazioni appaltanti non debbono richiedere alle imprese *“requisiti finanziari sproporzionati rispetto al valore dei beni e dei servizi oggetto dei contratti medesimi”*. Si tratta di una prescrizione normativa del tutto ridondante, in quanto la giurisprudenza ha ben chiarito la nozione di “proporzionalità” riferita ai requisiti di gara. In una recente sentenza (Tar Toscana, sez. I<sup>^</sup>, n. 6.770/2010), è stato, al riguardo, ben evidenziato che l'attività di verifica

del rispetto del principio di proporzionalità dei requisiti deve svolgersi intorno ai due seguenti profili: - adeguamento del potere al fine da raggiungere; - realizzazione del fine con il minor pregiudizio degli interessi coinvolti. In altri termini, un requisito di gara è proporzionato se risulta funzionale rispetto all'oggetto della prestazione contrattuale posta in gara.

## **LE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA “MANOVRA MONTI” (DECRETO LEGGE 6 DICEMBRE 2011, N. 201, CONVERTITO IN LEGGE 22 DICEMBRE 2011, N. 214)**

Oramai non ha più alcun significato contare ed individuare il numero preciso di modificazioni, più o meno grandi, che il Codice dei contratti pubblici (D.Lgs n. 163/2006), ha conosciuto sin dalla sua entrata in vigore<sup>1</sup>. Oltre ai noti tre decreti correttivi<sup>2</sup>, ognuno caratterizzato da innovazioni indubbiamente importanti, il Codice è stato rivisitato un'infinità di volte. In tempi più vicini: - l'articolo 17 della legge n. 69/2009<sup>3</sup>, intitolato "*Misure di semplificazione delle procedure relative ai piccoli appalti pubblici*"; - le corpose modificazioni, introdotte dal "*decreto sviluppo*"<sup>4</sup>; - le recentissime novità, inserite negli articoli 12 e 13 della legge 11 novembre 2011, n. 180<sup>5</sup>. Si diffonde la viva sensazione che il settore dei contratti pubblici sia intimamente ed ineluttabilmente collegato, per propria intima natura, ad ogni manovra di risanamento dei conti pubblici. Il che, proprio in quanto presentante elementi di verità, induce ad una duplice riflessione.

Una di tipo indubbiamente contingente: il “nuovo” intervento, consacratosi nella cosiddetta “*manovra salva Italia*”<sup>6</sup>, cioè il **decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201** (convertito in legge 22 dicembre 2011, n. 214). Il Presidente della Repubblica, che non ha battuto ciglio nel firmare il decreto, ha sottolineato l'importanza del medesimo, affermando, con un tono severo, che “*siamo arrivati giusto in tempo per evitare sviluppi in senso catastrofico della nostra situazione*”. Ad avviso del Capo dello Stato, si è in presenza di una doverosa manovra, che “*consentirà, come nel 1875 ai tempi di Quintino Sella, di realizzare il pareggio di bilancio. Può accadere, nella vita di un grande Stato, che si ripropongano esigenze, in contesti diversi, che sollecitano un uguale sforzo di coesione. Se si riuscì allora, occorre anche ora portare a compimento l'impresa, cui ha dedicato le sue energie il nuovo governo. Abbiamo un compito duro. Mi sono trovato in un momento di particolarissima, straordinaria difficoltà, in un momento di difficile transizione*”<sup>7</sup>. Quindi, dalle parole del Capo dello Stato e dal fatto che proprio la “*manovra salva Italia*” contiene ulteriori modificazioni della disciplina del settore, è possibile desumere ed avanzare la seguente considerazione: il settore dei contratti pubblici ed il suo Codice costituiscono pilastri centrali dell'economia del paese, del suo rilancio e sviluppo, oltre che del suo salvataggio.

Accanto a tale riflessione di tipo contingente, appare doverosa una considerazione di tono generale. Costituisce unanime consapevolezza il fatto che le materie oggetto di diritto amministrativo, quale quella dei pubblici contratti, siano, sempre più spesso, destinatarie di interventi normativi continui. La naturale spiegazione di ciò risiede nella logica osservazione che il diritto amministrativo, in quanto ramo del diritto pubblico che si occupa della cura degli interessi pubblici, non può non dar luogo a discipline continuamente cangianti e fortemente sensibili rispetto al mutare degli orientamenti e delle esigenze. Diversamente dal diritto civile e dal diritto penale, il diritto amministrativo è un diritto ad oggetto variabile, in quanto la Pubblica amministrazione, in ogni epoca storica, persegue fini differenti, assumendo o dismettendo alcuni settori della propria

<sup>1</sup> 1° luglio 2006.

<sup>2</sup> Decreti legislativi nn. 6/2007; 113/2007 e 152/2008.

<sup>3</sup> "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 giugno 2009 - Supplemento ordinario n. 95.

<sup>4</sup> Decreto legge n. 70/2011, convertito in legge n. 106/2011.

<sup>5</sup> “*Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese*”.

<sup>6</sup> Denominazione attribuita al decreto dal medesimo neo premier Mario Monti.

<sup>7</sup> Intervento pronunciato il 6 dicembre 2011 a Mantova, teatro Bibiena.

gestione. Le diversità dei fini da perseguire sono da riconnettere alle mutevoli esigenze che maturano nella collettività e che contrassegnano, storicamente, una data tipologia di Stato. Dallo Stato di polizia, quale forma razionalizzata di Stato assoluto, impostasi nel XVIII° secolo, si è passati allo Stato di diritto e, poi, allo Stato sociale ed, infine, allo Stato sociale di diritto, attuale forma statale dai contorni ancora evanescenti ed in corso di definizione, oltre che di crisi<sup>8</sup>.

Tuttavia, seppur arricchiti di siffatta duplice consapevolezza<sup>9</sup>, non è possibile occultare completamente un sentimento di sicuro imbarazzo, avvalorato da una chiara considerazione: l'enorme e gravosa difficoltà degli operatori del settore<sup>10</sup> di "gestire" una disciplina continuamente cangiante e talora contraddistinta da contraddizioni.

### IL RITORNO DELL' "ESECUZIONE DIRETTA" PER LA REALIZZAZIONE DELLE OPERE DI URBANIZZAZIONE PRIMARIA

Orbene, la prima disposizione normativa, che merita di essere esaminata, in ragione del suo notevole tasso di importanza, è il comma 1°, dell'articolo 45, che ritorna sull'istituto delle **urbanizzazioni a scomputo**, prevedendone la realizzazione senza "applicazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163", cioè del Codice dei contratti pubblici. Già il precedente Governo Berlusconi, nel "*decreto sviluppo*", aveva introdotto tale disciplina, salvo poi ripensarci e ritirare l'innovazione normativa in sede di legge di conversione. Trattandosi, dunque, della medesima fonte di produzione del diritto (il decreto legge), vedremo se si avvererà il medesimo epilogo.

Dunque: realizzazione di opere di urbanizzazione primaria a scomputo a cura del titolare del permesso di costruire e non più con gara. E' quanto stabilito dal "decreto Monti", che riprende un pregresso tentativo di disciplina, come vedremo con una lieve differenza lessicale, posto in essere dal precedente Governo.

Come noto, è stata la legge "Bucalossi" (legge n. 10/1977) ad introdurre, all'articolo 11, comma 1°, la facoltà del privato costruttore di obbligarsi all'esecuzione in proprio delle opere di urbanizzazione concordate con il Comune, "a scomputo", totale o parziale, del relativo contributo<sup>11</sup>. L'istituto dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo ha avuto, nella pratica, una vastissima applicazione, essendo indubbi i vantaggi di celerità e di garanzia nella realizzazione di opere urbanizzative, secondo le modalità stabilite dal Comune. Vantaggi già favorevolmente e da

---

<sup>8</sup> Come ben noto, lo Stato di diritto ha come postulato fondamentale la sua autonomia dalla società civile, e si caratterizza per il suo limitato intervento nella società, intervento diretto solo a garantire una serie di libertà e di diritti, espressamente riconosciuti. Lo Stato sociale, invece, postula il raccordo funzionale fra le istituzioni pubbliche e la società, e si caratterizza per il fatto di essere soggetto attivo della comunità, interessato ad incidere pure pesantemente sull'ordine sociale per promuovere lo sviluppo socio-economico e comporre i conflitti esistenti. Orbene, stante la forte diversità fra questi due modelli di Stato, la dottrina giuridica e politica ha cercato di individuare uno strumento capace di armonizzarli, in maniera tale da evitare le tipiche degenerazioni dei medesimi: l'individualismo ed il collettivismo. Il concetto-strumento, sul quale maggiormente si è concentrato l'interesse, è stato quello della partecipazione. Parte della dottrina ha, infatti, iniziato a parlare di "Stato sociale di diritto", un modello di Stato che trae origine dall'armonizzazione dei due modelli precedenti e che si fonda sulla cosiddetta "democrazia partecipativa", nella quale la partecipazione esplica il suo massimo potenziale: lo Stato interviene nella società per il perseguimento dei suoi fini di benessere sociale (art. 3 comma 2 Cost.), e la sua azione viene ad un tempo rafforzata e controllata dalla partecipazione dei cittadini alle strutture pubbliche. Su tali questioni: K. E. Forsthoff, *Concetto e natura dello Stato Sociale di Diritto*, in Stato di Diritto in trasformazione, Milano 1983.

<sup>9</sup> Consapevolezza della straordinarietà del momento storico-economico e della naturale tendenza del settore ad essere destinatario di una disciplina continua e rapsodica.

<sup>10</sup> Funzionari delle stazioni appaltanti, operatori economici, avvocati, magistrati, etc..

<sup>11</sup> Art. 11, comma 1°: "La quota di contributo di cui al precedente articolo 5 è corrisposta al comune all'atto del rilascio della concessione. A scomputo totale o parziale della quota dovuta, il concessionario può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione con le modalità e le garanzie stabilite dal comune".

tempo sperimentati nelle lottizzazioni convenzionate, di cui all'articolo 28 della legge urbanistica n. 1150/1942. La materia dell'onerosità del titolo edificatorio e la sua relazione con le opere di urbanizzazione è stata, poi, integralmente assorbita nel Testo Unico delle norme in materia edilizia, approvato con il Dpr n. 380/2001. L'articolo 16, al comma 1°, stabilisce che il rilascio del permesso di costruire comporta la corresponsione del contributo di costruzione, commisurato all'incidenza degli oneri di urbanizzazione, nonché al costo di costruzione. La quota di contributo, relativa agli oneri di urbanizzazione, viene corrisposta, in favore del Comune, all'atto del rilascio del permesso di costruire e, su richiesta dell'interessato, può essere rateizzata. Viceversa, la quota di contributo, relativa al costo di costruzione, determinata all'atto del rilascio, è corrisposta in corso d'opera, con le modalità e le garanzie stabilite dal Comune, non oltre sessanta giorni dalla ultimazione della costruzione. Il 2° comma dell'articolo 16 conferma la possibilità della realizzazione a scomputo: "A scomputo totale o parziale della quota dovuta, il titolare del permesso può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione, nel rispetto dell'articolo 2, comma 5°, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, con le modalità e le garanzie stabilite dal Comune, con conseguente acquisizione delle opere realizzate al patrimonio indisponibile del Comune". L'illustrato secondo comma riporta ancora il riferimento ad una norma, ora non più vigente. Infatti, l'intera legge Merloni, la legge n. 109/1994, è stata abrogata dal sopravvenuto Codice dei contratti pubblici (D. Lgs n. 163/2006). Il richiamato comma 5°, dell'articolo 2, stabiliva che le disposizioni della legge Merloni non si applicano agli interventi eseguiti direttamente dai privati a scomputo di contributi connessi ad atti abilitanti all'attività edilizia o conseguenti agli obblighi, di cui al quinto comma dell'articolo 28, della legge urbanistica, o di quanto agli interventi assimilabile. Inoltre, per le singole opere d'importo superiore alla soglia comunitaria, i soggetti privati sono obbligati ad affidare le medesime opere nel rispetto delle procedure di gara, previste dalla direttive comunitarie.

Ora, in vigenza del Codice dei contratti pubblici e tenuto conto del "terzo decreto correttivo"<sup>12</sup>, le opere di urbanizzazione debbono essere realizzate da un operatore economico, selezionato a seguito di gara. Precisamente, per le opere sopra soglia comunitaria<sup>13</sup>, i sistemi di realizzazione sono tre: - gara, esperita e gestita interamente dal Comune, in conformità al Codice; - appalto integrato, su progetto preliminare presentato dal privato titolare del permesso di costruire; - gara, esperita e gestita dal privato titolare del permesso di costruire, nel rispetto delle disposizioni del Codice. Viceversa, per le opere sotto soglia comunitaria, il sistema è: procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara, esperita e gestita dal Comune oppure privato titolare del permesso di costruire.

Questa era la disciplina fino al maggio 2011.

Il recente "*decreto sviluppo*" (decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge 12 luglio 2011, n. 106), interviene sul tema ed all'articolo 5, comma 2°<sup>14</sup> dispone quanto segue: "*Nell'ambito degli strumenti attuativi e degli atti equivalenti comunque denominati, l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria di cui al comma 7, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, è a carico del titolare del permesso di costruire e non trova applicazione l'articolo 122, comma 8, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*". In altri termini, l'indicata disposizione disapplica completamente il comma 8°, dell'articolo 122 del Codice dei contratti pubblici, in tema di esecuzione di opere di urbanizzazione a scomputo di valore inferiore alla soglia comunitaria, senza intervenire, però, sul Codice medesimo, ma attraverso una fonte normativa diversa (il Dpr n. 380/2001: "*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*") ed inferiore<sup>15</sup>. Le reazioni delle associazioni di categoria furono favorevoli: "*non è più necessario esperire la procedura negoziata, di cui all'articolo 57, comma 6°, del D.Lgs. 163/2006, ma sarà possibile procedere direttamente alla realizzazione delle urbanizzazioni stesse da parte del*

<sup>12</sup> D.Lgs n. 152/2008.

<sup>13</sup> Articolo 32, comma 1°, lettera "g", del Codice.

<sup>14</sup> Attraverso l'inserimento all'articolo 16 del Dpr n. 380/2001 del nuovo comma 2°-bis.

<sup>15</sup> Appunto: un Dpr.

*titolare del permesso di costruire*<sup>16</sup>. Ad avviso dell'A.N.C.E. (Associazione Nazionale Costruttori Edili), la disposizione è finalizzata a soddisfare l'esigenza di una progettazione unitaria e, soprattutto, di un'esecuzione contestuale e coordinata delle opere di urbanizzazione primaria e degli interventi principali, in quanto, secondo la sua prospettazione, la realizzazione diretta di tali opere costituisce un onere connaturato alla trasformazione urbanistica del territorio.

Tuttavia, come si anticipava, in sede di conversione del decreto legge, la novità è stata eliminata.

Il decreto Monti<sup>17</sup> ritorna sul tema ed inserisce il comma 2-bis all'articolo 16 del Dpr n. 380/2001, con il seguente contenuto normativo: *“Nell'ambito degli strumenti attuativi e degli atti equivalenti comunque denominati nonché degli interventi in diretta attuazione dello strumento urbanistico generale, l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria di cui al comma 7, di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, è a carico del titolare del permesso di costruire e non trova applicazione il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”*.

Come è facile verificare, la novella disposizione normativa riproduce quella antecedente (e non confermata in sede di conversione in legge), con una lieve diversità. Invece di far riferimento direttamente all'articolo 122, comma 8°, del Codice, disciplinante la negoziata senza previo bando per le urbanizzazioni sotto soglia comunitaria, ci si limita ad a stabilire che l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria *“è a carico del titolare del permesso di costruire e non trova applicazione il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”*. Il rinvio in senso disapplicativo, questa volta, è all'intero Codice!

Occorre osservare che la nuova disposizione riguarda le sole opere di urbanizzazione primaria, cioè: strade residenziali, spazi di sosta o di parcheggio, fognature, rete idrica, rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, pubblica illuminazione, spazi di verde attrezzato, cavedi multiservizi ed i cavidotti per il passaggio di reti di telecomunicazioni, salvo nelle aree individuate dai comuni sulla base dei criteri definiti dalle regioni. L'urbanizzazione primaria deve essere distinta da quella secondaria, che comprende asili nido e scuole materne, scuole dell'obbligo nonché strutture e complessi per l'istruzione superiore all'obbligo, mercati di quartiere, delegazioni comunali, chiese e altri edifici religiosi, impianti sportivi di quartiere, aree verdi di quartiere, centri sociali e attrezzature culturali e sanitarie<sup>18</sup>.

In conseguenza della manovra Monti, quindi, le opere di urbanizzazioni primaria sono direttamente a carico del titolare del permesso di costruire e non devono essere attivate procedure di gara, di qualsiasi tipologia, per la loro realizzazione. Ciò, ovviamente, entro i limiti di valore della soglia comunitaria.

Cosa dire di tale nuovo intervento?

Occorre ricordare che, in tema di opere di urbanizzazione e di simili interventi, l'Autorità di vigilanza, con la nota determinazione n. 4/2008, anche prima del terzo decreto correttivo<sup>19</sup>, ha affermato che la realizzazione di opere o di lavori, da parte di soggetti privati, anche nell'ambito di Piani urbanistici *“complessi”*<sup>20</sup>, rientra nella nozione di appalto pubblico di lavori. Di conseguenza, l'affidamento della loro esecuzione soggiace alla disciplina, contenuta negli articoli 32, comma 1°, lett. g) e 122, comma 8°, del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs n. 163/2006) e, dunque, deve avvenire con gara, salvo il caso in cui le amministrazioni precedenti abbiano esperito, preventivamente, una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del privato sottoscrittore del relativo accordo convenzionale. Il terzo decreto correttivo ha confermato tale impostazione, consentendo la procedura negoziata senza previo bando di gara per gli importi sotto soglia, ma

<sup>16</sup> A.N.C.E., News n. 845 del 16 maggio 2011.

<sup>17</sup> Articolo 45, comma 1°.

<sup>18</sup> Nelle attrezzature sanitarie, sono ricomprese le opere, le costruzioni e gli impianti destinati allo smaltimento, al riciclaggio o alla distruzione dei rifiuti urbani, speciali, pericolosi, solidi e liquidi, alla bonifica di aree inquinate.

<sup>19</sup> Il D.Lgs n. 152/2008.

<sup>20</sup> Quali i Piani di Riquilibrato Urbana ed i Programmi Integrati di Intervento.

escludendo la possibilità di un'esecuzione diretta. Viceversa, tale possibilità viene ora nuovamente reintrodotta dal decreto Monti. Sicuramente, la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria si paleserà più tempestiva. Tuttavia, al di là del profilo della tempistica, appare plausibile nutrire qualche dubbio in merito alla "qualità realizzativa", in ragione del fatto che si prescinderebbe dalla redazione di un ordinario progetto di opera pubblica, sottoposto alla verifica ed alla validazione. Analizziamo, ora, le altre innovazioni al Codice dei contratti pubblici:

### LE CENTRALI DI COMMITTENZA OBBLIGATORIE PER I COMUNI FINO A 5.000 ABITANTI

**Appalti nei comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti** (art. 23, commi 4° e 5°)  
Con l'inserimento all'articolo 33 del Codice del comma 3°-bis, sono previste modalità di gestione accentrata degli appalti per i comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti ricadenti nel territorio di ciascuna provincia. Precisamente, si dispone che i Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti affidano obbligatoriamente ad un'unica centrale di committenza l'acquisizione di lavori, servizi e forniture nell'ambito delle Unioni dei comuni, di cui all'articolo 32 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove esistenti. Se l'Unione dei Comuni non esiste, la disposizione normativa stabilisce che occorre istituire un "apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici". Ovviamente la norma cerca di porre rimedio all'eccessivo frazionamento delle stazioni appaltanti, talora prive della necessaria preparazione professionale. Tuttavia, occorre porsi una precisa domanda: cosa deve intendersi per "accordo consortile"? Un consorzio di enti locali, di cui all'articolo 31 del D.Lgs n. 267/2000<sup>21</sup>? Ad ogni modo, nel tentare di formulare una risposta sensata alle domande, occorre tener conto del fatto che, ai sensi dell'articolo 2, comma 186°, della legge n. 191/2009, i consorzi di funzioni fra Enti locali sono stati soppressi. Al riguardo, non può aversi dubbio che lo svolgimento di una gara dia luogo ad una funzione pubblica: l'individuazione del miglior contraente per una Pubblica amministrazione. La nuova disposizione normativa dovrebbe trovare applicazione per le gare bandite successivamente al 31 marzo 2012<sup>22</sup>.

### LA CENTRALE DI COMMITTENZA NAZIONALE

**Acquisizione di beni e servizi con centrale di committenza nazionale** (art. 29, commi 1° e 2°)  
Le disposizioni, di cui ai commi 1° e 2°, dell'articolo 29 della "manovra Monti" rafforzano il ruolo di Consip S.p.A. quale centrale di committenza ai sensi dell'articolo 3°, comma 34, del Codice, cui possono rivolgersi le amministrazioni centrali incluse nell'elenco ISTAT delle Pubbliche amministrazioni, per i contratti sopra soglia comunitaria, e gli enti nazionali di previdenza e assistenza, sulla base di apposite convenzioni. In tal modo, dovrebbe essere possibile ottenere una maggiore razionalizzazione e semplificazione dei processi di acquisto delle predette Amministrazioni, in grado di generare la riduzione dei tempi e dei costi delle procedure, la diminuzione del contenzioso nonché economie di scala realizzate mediante l'aggregazione dei fabbisogni.

### IL "COSTO DEL LAVORO": L'ABROGAZIONE DEL COMMA 3-BIS, DELL'ARTICOLO 81 DEL CODICE

**Costo del lavoro** (art. 44, commi 1° e 2°). Come si ricorderà, il decreto sviluppo ha introdotto, all'articolo 81 del Codice, il comma 3-bis, prevedente quanto segue: "*L'offerta migliore è altresì*

---

<sup>21</sup> Art. 31, comma 1°, D.Lgs n. 267/2000: "Gli enti locali per la gestione associata di uno o più servizi e l'esercizio associato di funzioni possono costituire un consorzio secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all'articolo 114, in quanto compatibili. Al consorzio possono partecipare altri enti pubblici, quando siano a ciò autorizzati, secondo le leggi alle quali sono soggetti".

<sup>22</sup> Sarebbe stato sicuramente meglio, per evitare inutili equivoci, far riferimento al distinto e più snello istituto della convenzione, di cui all'articolo 30 del D.Lgs n. 267/2000.

determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro". Su questo dato normativo si sono formate due distinte linee interpretative:

- a) La prima, elaborata dal gruppo di lavoro degli esperti delle Regioni ([www.itaca.org](http://www.itaca.org)), ha sostenuto che la stazione appaltante dovrebbe indicare "ex ante" nel bando di gara l'importo del costo del lavoro. Di conseguenza, l'importo complessivo posto a base di gara dovrebbe essere suddiviso in tre parti:
  - una parte pari al costo del lavoro (tempo previsto per esecuzione del lavoro moltiplicato per i minimi salariali);
  - una parte pari al costo della sicurezza;
  - una parte pari al costo dei materiali, dei noli a caldo e a freddo, delle attrezzature e delle spese generali, nonché all'utile delle imprese.

In tale ricostruzione, il ribasso sarebbe possibile solo l'ultimo elemento.

- b) La seconda è, invece, quella elaborata dall'AVCP: l'obiettivo della disposizione è quello di contrastare il lavoro nero ed il lavoro sottopagato. Tale obiettivo verrebbe perseguito in modo più efficace, verificando il rispetto della normativa sulla manodopera, nella fase di esecuzione delle prestazioni contrattuali. La verifica andrebbe effettuata in due fasi:
  - Una prima fase, consistente nel controllo della produttività, presentata dal concorrente;
  - Una seconda fase, consistente nel controllo del livello e del numero del personale, necessario per garantire la produttività presentata, oltre che nel controllo dei corrispondenti minimi salariali, previsti nella giustificazione.

Invero, occorre tener conto che è l'impresa concorrente in gara che decide, determina ed indica l'offerta. Viceversa, la stazione appaltante dovrebbe solo "prendere atto e valutare" l'offerta presentata, non "determinarla". Dunque, si potrebbe affermare che la novella disposizione è destinata unicamente agli operatori economici, i quali, nel formulare la loro offerta economica, dovranno evidenziare dettagliatamente i costi del loro personale e della sicurezza generica, sulla base della contrattazione collettiva di riferimento e di tutte le restanti componenti che rappresentano delle variabili assolutamente soggettive e non certo generalizzabili per tutti gli operatori economici interessati alla procedura di gara: tipologia di lavoratori coinvolti nell'appalto, contrattazione collettiva o aziendale di riferimento, inquadramento professionale, percentuali INPS, INAIL, Cassa edile applicabili, sgravi contributivi o fiscali particolari (ad es. per alcune cooperative), tipologie contrattuali che godono di riduzioni contributive e fiscali (ad es. per i lavoratori disabili o in mobilità), misure di sicurezza aziendali, etc..

Orbene, prendendo atto dell'abrogazione del comma 2°, lettera "g", dell'articolo 87 del Codice (ammissibilità delle giustificazioni in materia di costo del lavoro), si potrebbe sostenere la seguente soluzione:

- 1) La stazione appaltante fissa l'importo a base di gara, evidenziando solo gli oneri della sicurezza "specificata" (piano di sicurezza e DUVRI) non soggetti a ribasso, senza "nettare" le componenti costo del personale ed altri oneri di sicurezza "generica" (rischi, connessi all'esercizio dell'attività propria di ogni impresa).
- 2) Gli operatori economici presentano l'offerta al "netto" del costo del personale e degli altri oneri di sicurezza "generica", ai sensi dell'articolo 81, comma 3-bis, evidenziandoli comunque nella stessa offerta.
- 3) La stazione appaltante tiene conto dell'intera offerta così prodotta, ai fini dell'aggiudicazione e della determinazione della soglia di anomalia, sulla base del fatto che la parola "altresì" non ha introdotto un terzo criterio di aggiudicazione, ma vuole molto più semplicemente costringere gli operatori economici ad evidenziare fin da subito la componente costo del personale ed oneri della sicurezza generica.

- 4) Se necessario, la stazione appaltante procederà alla verifica della congruità delle offerte sospette di essere anormalmente basse, ivi compresa la verifica relativa al costo del personale e degli altri oneri di sicurezza “generica”, evidenziati dagli operatori economici.

Fra l'altro meritano attenzione anche le seguenti considerazioni:

- La disposizione non sembra tener conto dell'articolo 8, del decreto legge n. 138/2011, convertito in legge n. 148/2011, che attribuisce alla contrattazione collettiva nazionale la possibilità di derogare ad ogni norma di legge. Dunque, appare arduo scorporare un importo unico a priori, valevole per tutti i casi e per tutte le imprese.
- Le imprese godono, talora, di agevolazioni fiscali, contributive e previdenziali, legate a fattori contingenti, non facilmente quantificabili.
- Non tutti gli appalti (es. quelli di fornitura) presentano una manodopera direttamente coinvolta.
- La disposizione non sembra tener conto del ribasso dei prezzi, praticabile dal subappaltatore (fino al 20%, art. 118, comma 4°, Codice).

In materia, era anche intervenuta la giurisprudenza, affermando che la mancata indicazione in offerta dei costi aziendali della sicurezza configura una causa di esclusione: *“E' illegittimo il provvedimento di aggiudicazione di una gara adottato da una stazione appaltante, nei confronti di un concorrente, che abbia omissso di indicare, nella propria offerta, i costi della sicurezza, e ciò anche nell'ipotesi in cui la predetta clausola non sia contemplata nella lex specialis di gara. Per pacifica giurisprudenza, il combinato disposto degli articoli 86 e 87, c. 4, del d.lgs. n. 163/06, ultimo periodo, impone ai concorrenti di segnalare gli oneri economici che essi ritengono di sopportare, onde adempiere esattamente agli obblighi di sicurezza sul lavoro, ciò al fine di assicurare la consapevole formulazione dell'offerta, e di consentire alla stazione appaltante la valutazione in ordine alla congruità dell'importo destinato ai costi per la sicurezza. L'inosservanza delle norme dettate dal d.lgs. n. 163/06, che impongono l'indicazione preventiva dei costi di sicurezza implica, anche in assenza di una espressa comminatoria della lex specialis, la sanzione dell'esclusione, in quanto rende l'offerta incompleta sotto un profilo particolarmente rilevante alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti, ed impedisce alla stazione appaltante un adeguato controllo sull'affidabilità dell'offerta stessa da ritenere, per tale ragione, incompleta”* (Tar Lazio, sez. Roma I<sup>^-ter</sup>, 11 ottobre 2011, n. 7.871).

Ad ogni modo, la “*manovra salva Italia*” sembra aver risolti i dissidi. Infatti, ai commi 1° e 2°, dell'articolo 44, vengono precisate le norme, che disciplinano l'incidenza del costo del lavoro nella misura minima garantita dai contratti vigenti e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro e viene espressamente abrogato il comma 3°-bis dell'articolo 81 del Codice. In definitiva, la nuova disposizione abroga la norma, che imponeva l'esclusione del costo del lavoro dal ribasso offerto nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Pertanto, l'incidenza del costo del lavoro nella misura minima garantita dai contratti vigenti e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro restano, comunque, disciplinati solo dalle seguenti disposizioni:

- a) dall'articolo 86, commi 3°-bis e 3°-ter; 87, commi 3° e 4°; ed 89, comma 3°, del Codice;
- b) dall'articolo 36 della legge 20 maggio 1970, n. 300;
- c) dagli articoli 26, commi 5° e 6°, e 27 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81.

## LE INFRASTRUTTURE STRATEGICHE

**Infrastrutture strategiche.** Un intero articolo della “*manovra Monti*”, il 41, è dedicato alle infrastrutture strategiche. Innanzi tutto, si modifica l'articolo 161 del Codice, ridefinendo modalità e criteri di programmazione delle opere strategiche, per permettere la selezione di opere, che possono essere realizzate in via prioritaria, con particolare riferimento alle opere finanziabili con l'apporto di capitale privato. Con l'inserimento del nuovo articolo 169-bis e della lettera f-ter) all'articolo 163, comma 2°, del Codice, le nuove norme intendono ridurre la durata della fase progettuale complessiva dell'infrastruttura, quantificabile in un periodo di almeno 6 mesi/un anno e,

conseguentemente, pervenire ad un più rapido avvio della fase di realizzazione degli investimenti infrastrutturali. Il comma 2°, infatti, introduce un nuovo articolo nel Codice dei contratti pubblici, volto a consentire che l'approvazione, da parte del CIPE, dei progetti delle opere di interesse strategico, possa intervenire, su richiesta Ministero delle infrastrutture e trasporti, sul progetto preliminare qualora sia assicurata la copertura integrale del progetto. La disposizione prevede la fissazione di un termine perentorio in caso di opere finanziate a carico della finanza pubblica, a pena di decadenza per l'approvazione del progetto definitivo. Ed, infatti, il comma 3°, dell'articolo 41, al fine di fissare tempi certi per l'utilizzo dei finanziamenti assegnati per opere pubbliche, stabilisce che, in caso di criticità procedurali che non permettano l'adozione del decreto di utilizzo dei contributi pluriennali, entro 60 giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della delibera CIPE e, per le opere di interesse strategico, entro 30 giorni dalla pubblicazione del bando, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti riferisca la circostanza al Consiglio dei Ministri per le successive conseguenti determinazioni. I medesimi effetti sono previsti per la mancata formalizzazione e trasmissione delle delibere CIPE alla firma del Presidente del Consiglio dei Ministri entro 30 giorni dalla seduta in cui viene assunta la delibera.

### LE MISURE PER LO SVILUPPO INFRASTRUTTURALE

**Misure per lo sviluppo infrastrutturale.** L'articolo 42 della manovra interviene sulle concessioni di costruzione e gestione di opere pubbliche, di cui agli articoli 143 e ss. del Codice. Innanzitutto, in materia di cessione di immobili (art. 42, comma 1°). Il comma 1°, dell'articolo 42 della "*manovra salva Italia*" modifica il comma 5° dell'articolo 143 del Codice, ampliando la possibilità di utilizzo, a titolo di prezzo, della cessione di beni immobili nella disponibilità del committente pubblico o espropriati allo scopo, anche se questi non sono strettamente connessi o funzionali alle opere da realizzare, purché la cessione sia necessaria ai fini del raggiungimento dell'equilibrio del piano economico-finanziario. A tutela del patrimonio pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici devono effettuare una verifica preventiva di convenienza economica, volta a garantire un'efficiente azione amministrativa ai fini dell'utilizzo del bene a titolo di prezzo. Ancora, in tema di anticipo della fase di gestione nelle concessioni (art. 42, commi 2° e 3°). La disposizione si propone il nobile fine di favorire l'apporto di capitale privato nella realizzazione di infrastrutture pubbliche, intervenendo sul Codice dei contratti pubblici, prevedendo, per le nuove concessioni, la possibilità di estendere l'ambito gestionale del concessionario anche ad opere già realizzate e che siano direttamente connesse con quelle oggetto della concessione. Ciò consentirà al concessionario di anticipare l'acquisizione dell'afflusso dei proventi della gestione, che rimangono, comunque, correlati ai costi di investimento, e dunque di ridurre l'onerosità finanziaria derivante dal ricorso al mercato finanziario per ottenere la liquidità necessaria alla realizzazione dell'investimento. Infine, in tema di durata delle concessioni di costruzione e gestione di opere (art. 42, commi 4° e 5°). Con alcune modifiche agli articoli 3 e 143 del Codice, la "*manovra Monti*" si propone la finalità di favorire lo strumento della concessione per le grandi opere, che richiedono l'impiego di ingenti capitali e per le quali il rientro dell'investimento non può che avvenire nell'arco di un lungo periodo temporale. Precisamente, si interviene sull'articolo 143 del Codice, prevedendo che, in caso di concessioni di importo superiore ad un miliardo di euro, la durata può essere stabilita fino a cinquanta anni, esclusivamente per consentire il rientro del capitale investito e l'equilibrio economico finanziario del Piano economico finanziario. E' previsto che la disposizione sia applicabile solo ai nuovi affidamenti di concessioni.

### LE ALTRE NOVITÀ

**Convenzioni autostradali e concessione di costruzione e gestione stradale** (art. 43, commi 1°-6°). Viene introdotta una disciplina semplificata per l'approvazione degli aggiornamenti e revisioni delle convenzioni relative alle concessioni autostradali, che avviene con decreto interministeriale. La disposizione normativa è, anche, diretta a garantire una maggiore concorrenzialità per l'affidamento delle concessioni autostradali di gestione, specificando che, qualora una concessione

autostradale abbia ad oggetto la sola gestione dell'infrastruttura e dia luogo ad un contratto di servizi, l'affidamento debba, comunque, avvenire secondo le procedure di gara previste dal Codice dei contratti pubblici per le concessioni di costruzione e gestione. La disposizione semplifica, anche, le procedure per la realizzazione di impianti civili strettamente connesse alla realizzazione e gestione e funzionali alle infrastrutture autostradali e stradali esistenti.

**Dighe** (art. 43, commi 7°-15°). Sono previste disposizioni normative, relative al miglioramento della sicurezza delle grandi dighe, nonché in tema di attività manutentive per le dighe, che hanno superato una vita utile di cinquanta anni. Al riguardo, si prevede pure un potere sostitutivo. Precisamente, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti esercita poteri sostitutivi nei confronti di concessionari e dei richiedenti la concessione in caso di inottemperanza degli stessi alle prescrizioni impartite nell'ambito dell'attività di vigilanza e controllo sulla sicurezza. In tali evenienze, il Ministero può disporre gli accertamenti, le indagini, gli studi, le verifiche e le progettazioni, necessarie al recupero delle condizioni di sicurezza delle dighe, utilizzando, a tale scopo, le entrate provenienti dalle contribuzioni, di cui all'articolo 2, commi 172 e 173, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286, con obbligo di rivalsa nei confronti dei soggetti inadempienti.

**Varianti** (art. 44, comma 3°). La disposizione normativa introduce un regime transitorio per le varianti, che esclude il limite esistente (50% dei ribassi d'asta ottenuti in fase di gara) agli interventi per i quali è già in corso la progettazione esecutiva o l'esecuzione dei lavori. Precisamente, la norma introdotta dal decreto sviluppo si interpreta nel senso che le disposizioni ivi contenute si applicano ai contratti stipulati successivamente alla data di entrata in vigore del medesimo decreto-legge. Viceversa, ai contratti già stipulati alla predetta data continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 132, comma 3°, e dell'articolo 169 del Codice, nel testo vigente prima della medesima data.

**Scorrimento graduatorie** (art. art. 44, comma 6°). La disposizione estende le previsioni, secondo le quali è possibile procedere al completamento del contratto, mediante scorrimento della graduatoria, formatasi in esito della gara originaria, in luogo dell'espletamento di una nuova gara, riducendo i tempi per l'avvio delle opere. Quindi, lo scorrimento della graduatoria (art. 140, Codice) è ammesso, oltre che in caso di fallimento dell'appaltatore, anche nel caso di liquidazione coatta e concordato preventivo del contratto.

**Misure per le PMI** (art. art. 44, comma 7°). Vengono introdotte disposizioni normative, volte a favorire la suddivisione degli appalti in lotti funzionali e forme di coinvolgimento nella realizzazione delle opere strategiche, per agevolare una maggiore partecipazione delle piccole e medie imprese al mercato degli appalti pubblici attraverso il coinvolgimento delle medesime anche nelle grandi opere. Ovviamente, occorre rispettare la disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici e valutare la convenienza economica della suddivisione.

**Consultazione preliminare** (art. 44, comma 8°). La disposizione normativa, per lavori oltre i 20 milioni di euro, introduce una procedura di consultazione sul progetto posto a base di gara, quale costruttivo momento di confronto tra le imprese invitate alla gara ristretta e la stazione appaltante. Tale strumento di consultazione dovrebbe essere funzionale a chiarire eventuali incertezze in merito agli elaborati progettuali, con la precisazione che le nuove norme si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi di gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legge.

## **LE NOVITA' INTRODOTTE DAL DECRETO SEMPLIFICAZIONI**

Come ben noto, le critiche contro la "pesantezza formale" delle nostre procedure di aggiudicazione di contratti pubblici costituiscono una censura ricorrente e senza dubbio fondata. Invero, l'eccessivo formalismo sembra essere determinato non solo dalla miriade di disposizioni normative di settore, ma anche e, forse soprattutto, dalla più che rilevante diversità dei disciplinari di gara, emanati dalle stazioni appaltanti, e dai quasi biblici tempi di acquisizione dei documenti comprovanti le autodichiarazioni effettuate dalle imprese in sede

di gara. Il primo problema dovrebbe essere superato grazie ai bandi-tipo, nuovamente previsti dal decreto Sviluppo (decreto legge n. 70/2011, convertito in legge n. 106/2011). Il secondo problema, cioè le lungaggini temporali correlate all'acquisizione dei documenti comprovanti le autocertificazioni, dovrebbe essere risolto grazie alla **Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP)**, istituita, come detto, dall'articolo 20 del decreto legge n. 5/2012, convertito in legge n. 35/2012.

L'Autorità di Vigilanza aveva fortemente sollecitato tale innovazione, in sede di segnalazione. Infatti, l'AVCP ha correttamente evidenziato che le misure di semplificazione hanno, sinora, interessato il versante degli operatori economici, prevedendo, da un lato un principio di autocertificazione pressoché illimitato e, dall'altro, l'obbligo, in capo alle stazioni appaltanti di ottenere d'ufficio i documenti comprovanti, senza richiederli alle imprese medesime. Tuttavia, proprio tale attività, cioè l'acquisizione della documentazione comprovante la completezza e validità delle autodichiarazioni, costituisce un momento di inesorabile lentezza. Al riguardo, l'Autorità, con apprezzabile franchezza, afferma che le stazioni appaltanti sono costrette a "defatiganti controlli, che rallentano i tempi del procedimento, causano inefficienze nell'impiego delle risorse utilizzate ed aumentano la probabilità di errori procedurali o contestazioni, alimentando l'ingente contenzioso amministrativo in materia". Infatti, siffatti controlli, implicando l'interazione con altre Pubbliche amministrazioni, richiedono tempi eccessivamente lunghi e, sovente, non assicurano una reale verifica sull'affidabilità e capacità dell'operatore economico. In presenza di tale situazione fortemente critica, appare evidente la necessità di un intervento, volto, appunto, a migliorare l'indicata interazione tra le Amministrazioni pubbliche ed a razionalizzare le esistenti banche dati, ivi comprese quelle degli enti previdenziali relative alla regolarità contributiva.

Orbene, il decreto ha istituito la BDNCP, la quale avrà concreto avvio a partire dal 1° gennaio 2013 e sarà un grande data-base, in cui le amministrazioni riverseranno le informazioni sui requisiti di qualificazione alle gare, sia quelli generali, sia quelli tecnici ed economici. L'obiettivo è fare in modo che le stazioni appaltanti non chiedano più certificati di verifica delle autocertificazioni, rilasciate dalle imprese in sede di gara, ma possano effettuare i controlli, in tempo reale, attraverso la Banca dati. In tal modo, potranno essere perseguite diverse finalità, quali la riduzione degli oneri amministrativi a carico delle stazioni appaltanti e delle imprese e la trasparenza ed il controllo in tempo reale dell'azione amministrativa per l'allocazione delle risorse pubbliche.

Ecco la concreta disciplina:

- a) La "Banca dati nazionale dei contratti pubblici" viene istituita presso l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture.
- b) Dal 1° gennaio 2013, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di ordine generale (art. 38 Codice), tecnico-organizzativo ed economico-finanziario nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture è acquisita nella banca dati nazionale.
- c) L'Autorità di Vigilanza, con propria deliberazione, disciplinerà i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei dati contenuti nella Banca dati.
- d) Le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori dovranno verificare il possesso dei predetti requisiti, autocertificati dalle imprese in sede di gara, esclusivamente tramite la Banca dati nazionale.
- e) Le pubbliche Autorità ed i soggetti privati, che detengono i dati e la documentazione relativi ai requisiti, sono obbligati a metterli a disposizione dell'Autorità, entro i termini e secondo le modalità previste dalla medesima Autorità. Con le medesime modalità, gli operatori economici sono obbligati ad integrare i dati contenuti nella Banca dati nazionale.

f) Sino alla data del 31 dicembre 2012, le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori devono verificare il possesso dei requisiti secondo le modalità previste dalla normativa vigente.

Con la nuova disposizione normativa, la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici può diventare il punto di raccordo delle banche dati delle amministrazioni certificanti, attraverso un sistema di cooperazione applicativa. In buona sostanza, l'utilizzo della BDNCP dovrebbe permettere di centralizzare il processo di controllo dei requisiti, consentendo, a regime, una verifica in tempo reale delle informazioni relative al possesso dei requisiti di ordine generale, tecnico ed economico, mediante accesso ad un unico sistema e secondo modalità che consentano di tracciare le verifiche effettuate. Fra l'altro, val la pena di ricordare che le Banche dati nazionali, previste dall'articolo 60 del Codice dell'amministrazione digitale (D.Lgs n. 82/2005), costituiscono "l'insieme delle informazioni raccolte e gestite digitalmente dalle pubbliche amministrazioni, omogenee per tipologia e contenuto e la cui conoscenza è utilizzabile dalle pubbliche amministrazioni per l'esercizio delle proprie funzioni e nel rispetto delle competenze e delle normative vigenti".

Quindi, i vantaggi della novella Banca dati sono i seguenti:

- gli operatori economici dovrebbero incorrere meno nel frequente rischio di dar luogo a false dichiarazioni, che purtroppo caratterizzano non poco il sistema, producendo rischi di sospensione dal mercato;
- le stazioni appaltanti usufruiranno di un unico sistema, in cui reperire la documentazione necessaria, creandosi, in tal modo, un chiaro risparmio di tempi e costi, nonché la certezza dei controlli;
- le amministrazioni certificanti usufruirebbero di un unico interlocutore (AVCP) per la raccolta della documentazione.

Il decreto "semplificazioni" interviene pure sui **requisiti di ordine generale**, di cui all'articolo 38 del Codice. Viene soppresso l'obbligo, a carico delle imprese, di presentare la certificazione di regolarità contributiva. Ciò, in piena coerenza con il nuovo articolo 44-*bis*, del Dpr n. 445/2000, secondo cui le informazioni relative alla regolarità contributiva sono acquisite d'ufficio, ovvero controllate ai sensi dell'articolo 71, dalle pubbliche amministrazioni precedenti, nel rispetto della specifica normativa di settore. Dunque, la stazione appaltante dovrà acquisire d'ufficio il DURC relativo all'impresa, oppure acquisirlo dal soggetto interessato, i cui contenuti potranno essere vagliati dalla stessa P.A. con le modalità previste per la verifica delle autocertificazioni, secondo le indicazioni del Ministero del lavoro, nella nota del 16 gennaio 2012. Inoltre, il decreto "semplificazioni" ribadisce il contenuto di una disposizione normativa del Codice dei contratti pubblici (art. 38, comma 1°-*ter*), già introdotta dal "decreto sviluppo" (DI n. 70/2011, convertito in legge n. 106/2011). Secondo tale disposizione, in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità, la quale, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto, per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.

Per quanto concerne i **contratti di sponsorizzazione**, il decreto semplificazioni interviene, introducendo importanti novità.

Come noto, il contratto di sponsorizzazione è un accordo, in cui un soggetto, c.d. *sponsee*, assume normalmente dietro corrispettivo, l'obbligo di associare a proprie attività il nome o il segno distintivo di altro soggetto, detto *sponsor*. Il contratto di sponsorizzazione, negli ultimi anni, è stato frequentemente utilizzato nell'ambito dell'attività svolte dalla Pubblica Amministrazione per la realizzazione di specifici interventi pubblicitari. In concreto lo *sponsee* assume contrattualmente l'obbligo di fungere da mezzo di comunicazione, impegnandosi a porre in essere una serie di comportamenti volti ad accrescere la notorietà

dello *sponsor*. Per quanto concerne il problema delle modalità di scelta dello sponsor, va osservato che, secondo i principi generali del nostro ordinamento, le pubbliche amministrazioni devono scegliere i propri contraenti, in base alle risultanze di apposite procedure ad evidenza pubblica. Ciò, in quanto le prestazioni oggetto del contratto di sponsorizzazione possono essere assimilate ad una fornitura, alla esecuzione di lavori o allo svolgimento di servizi.

Il Decreto semplificazioni chiarisce la questione della selezione dello sponsor, prevedendo per i lavori, i servizi, le forniture, acquisiti o realizzati a cura e a spese dello sponsor, per importi superiori a quarantamila euro, la doverosa applicazione dei principi del Trattato per la scelta dello sponsor, nonché le disposizioni in materia di requisiti di qualificazione dei progettisti e degli esecutori del contratto. Inoltre, il Decreto stabilisce che il conferimento di contratti di finanziamento, comunque stipulati, dai concessionari di lavori pubblici, che sono anche amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori, deve avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti. In materia di contratti relativi a **beni culturali**, viene introdotta una disciplina in materia di **selezione di sponsor**, che può essere così sintetizzata:

- a) Le amministrazioni aggiudicatrici competenti per la realizzazione degli interventi relativi ai beni culturali integrano il programma triennale dei lavori con un apposito allegato, che indica i lavori, i servizi e le forniture in relazione ai quali intendono ricercare sponsor per il finanziamento o la realizzazione degli interventi.
- b) è necessaria la predisposizione di studi di fattibilità, anche semplificati, o di progetti preliminari.
- c) La ricerca dello sponsor avviene mediante bando ed un avviso, che deve contenere una sommaria descrizione di ciascun intervento, con l'indicazione del valore di massima e dei tempi di realizzazione.
- d) Nell'avviso deve essere specificato se si intende acquisire una sponsorizzazione di puro finanziamento, anche mediante accollo, da parte dello sponsor, delle obbligazioni di pagamento dei corrispettivi dell'appalto dovuti dall'amministrazione, ovvero una sponsorizzazione tecnica, consistente in una forma di partenariato estesa alla progettazione e alla realizzazione di parte o di tutto l'intervento a cura e a spese dello sponsor.

Stilata la graduatoria delle offerte, l'Amministrazione può procedere a una sub-fase di acquisizione di ulteriori offerte migliorative, stabilendo il termine ultimo per i rilanci. Per il rispetto del principio di concorrenzialità, appare evidente che tale facoltà, pur prevista ex lege, debba essere disciplinata ed indicata dall'Amministrazione in sede di disciplina di gara. Per l'operatore economico, infatti, altro è sapere che la possibilità di offerta si esaurisce in un'unica subfase, altro, invece, è sapere che la prima offerta possa essere successivamente migliorata. Ciò, a prescindere dalla scelta discrezionale, chiarificata in bando, se "procedere comunque" al rilancio ovvero se "riservarsi di procedervi". L'amministrazione procede, quindi, alla stipula del contratto di sponsorizzazione con il soggetto che ha offerto il finanziamento maggiore, in caso di sponsorizzazione pura, o ha proposto l'offerta realizzativa giudicata migliore, in caso di sponsorizzazione tecnica. Viene, poi, prevista l'ipotesi in cui la gara vada deserta, nei due casi corrispondenti, rispettivamente, a quello in cui sussiste il presupposto per poter farsi ricorso a procedura negoziata senza bando e a quello in cui si è legittimati ad esperire sempre una procedura negoziata, ma con bando.

Non mancano modificazioni anche al Regolamento attuativo del Codice. Infatti, per quanto concerne i **criteri di accertamento e di valutazione dei lavori eseguiti all'estero**, si introduce la seguente ed innovativa disciplina:

- Il richiedente produce alla Società Organismo di Attestazione la certificazione di esecuzione dei lavori, corredata dalla copia del contratto e da ogni documento comprovante i lavori eseguiti e, laddove emesso, dal certificato di collaudo.
- La certificazione è rilasciata da un tecnico di fiducia del consolato o del Ministero degli affari esteri, con spese a carico dell'impresa interessata, dalla quale risultano i lavori eseguiti secondo le diverse categorie, il loro ammontare, i tempi di esecuzione, indicazioni utili relative all'incidenza dei subappalti per ciascuna categoria nonché la dichiarazione che i lavori sono stati eseguiti regolarmente e con buon esito.
- Per i soli lavori subappaltati ad imprese italiane, i subappaltatori, ai fini del conseguimento della qualificazione, possono utilizzare il certificato prima indicato, rilasciato all'esecutore italiano e, qualora non sia stato richiesto dall'esecutore, il certificato può essere richiesto direttamente dal subappaltatore.
- La certificazione è prodotta in lingua italiana ovvero, se in lingua diversa dall'italiano, è corredata da una traduzione certificata conforme in lingua italiana rilasciata dalla rappresentanza diplomatica o consolare ovvero una traduzione in lingua italiana eseguita da un traduttore ufficiale.

Infine, si prevede anche la modifica del comma 2, dell'articolo 29, del D.Lgs n. 276/2003, in tema di **responsabilità solidale negli appalti** e viene precisato che, in caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, ed i contributi previdenziali, dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto. Per quanto concerne le obbligazioni relative alle sanzioni civili, ne risponde solo il responsabile dell'inadempimento.

## **I PRINCIPI GENERALI DEL CODICE DEI CONTRATTI IN MATERIA DI AFFIDAMENTO DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE**

L'articolo 2, comma 1°, fissa i principi generali, in materia di affidamento e di esecuzione di opere, lavori, servizi e forniture. Tali principi, in quanto generali, hanno un'applicazione illimitata, senza distinzione di tipologie o di soglie di valore economico.

Partendo dal nucleo essenziale di principi, consacrati dal Legislatore comunitario, il Codice dei contratti ha scelto di enfatizzarne fortemente la valenza, attraverso una norma, quale quella ora indicata, la quale, muovendosi sulla scorta delle interpretazioni più evolute date all'articolo 97 della Costituzione, nonché dei principi fondamentali del Trattato istitutivo della Comunità Europea, è pervenuta ad una più ampia e pervasiva formulazione dei principi, chiamati a reggere la disciplina dell'affidamento e dell'esecuzione dei contratti pubblici nel nostro ordinamento. In merito a ciò, il Legislatore della direttiva 2004/18/CE ha, chiaramente, rilevato, nel secondo considerando del preambolo, che "l'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza".

Orbene, ai sensi dell'indicata disposizione, l'affidamento e l'esecuzione, oltre che garantire la qualità delle prestazioni, devono svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Inoltre, l'affidamento deve rispettare anche i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità, nell'osservanza delle modalità prescritte dal Codice.

Al riguardo, occorre procedere ad un'importante distinzione.

L'esecuzione dei contratti deve rispettare i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Viceversa, l'affidamento dei contratti, cioè l'intero sistema di scelta del contraente, oltre ai cennati principi, deve svolgersi nell'osservanza anche dei seguenti: principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità. Veniamo, ora, ad analizzare gli indicati principi.

Il **principio di economicità** impone alla Pubblica amministrazione la realizzazione del massimo risultato con il minor dispendio di mezzi e procedure ed esprime il rapporto tra risorse impiegate e risultati ottenuti. Questo criterio costituisce un'articolazione del principio costituzionale di buona amministrazione dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.).

Il **principio di efficacia** indica il rapporto tra risultati ottenuti ed obiettivi prestabiliti, costituendo pur esso un'articolazione del postulato costituzionale di buona amministrazione. Il concetto di efficacia assume una valenza profondamente diversa rispetto a quelli di "efficacia giuridica" e di efficienza. Si differenzia dal concetto di "efficacia giuridica", in quanto, mentre quest'ultimo designa l'attitudine formale di un atto o di un fatto giuridico a produrre i propri effetti, l'efficacia indica la concreta idoneità dell'azione amministrativa a conseguire, in termini pratici, i risultati prefissi in tema di tutela degli interessi pubblici. Diverge, altresì, dal concetto di efficienza nella misura in cui, al contrario di questo, non si riferisce, in via generale, al funzionamento complessivo degli apparati amministrativi o di taluni di essi, ma in particolare, alle singole, specifiche manifestazioni dell'operato dei pubblici poteri.

I principi ora indicati contribuiscono a far configurare i caratteri essenziali di quella che è stata definita "l'amministrazione per risultati". A ben vedere, il principio di efficacia implica anche l'ampliamento dei margini di discrezionalità dei soggetti aggiudicatori, sia nella scelta delle procedure di selezione del contraente, sia nella scelta del criterio di gara. Tuttavia, deve essere ben ricordato che i principi di economicità e di efficacia sono da intendersi come recessivi rispetto ai principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza, destinati a prevalere in virtù del più elevato rango, derivante dal loro inserimento nel Trattato comunitario.

Il **principio di tempestività**, riconosciuto anche dalla Corte costituzionale<sup>23</sup>, esige un'azione amministrativa, caratterizzata da procedure snelle e veloci, ripudianti inutili e defatiganti formalismi.

Il **principio di correttezza** esprime la necessità che l'azione amministrativa sia improntata a canoni di buona fede, soprattutto laddove interagisca con i soggetti privati, in adesione al principio civilistico, delineato all'articolo 1.337<sup>24</sup>. Al riguardo, senza alcuna pretesa di esaustività, va ricordato che la responsabilità precontrattuale tutela l'interesse all'adempimento, cioè l'interesse del soggetto a non essere coinvolto in trattative inutili, a non stipulare contratti invalidi o inefficaci ed a non subire inganni in ordine ad atti negoziali. L'interesse protetto in materia è quello della libertà negoziale. Il codice civile, all'articolo 1.337, sancisce l'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto. Il successivo articolo 1.338 sancisce la responsabilità della parte con obbligo di risarcimento del danno, che l'altra parte ha sofferto per avere confidato, senza sua colpa, nella validità delle trattative e del contratto. Fra le

---

<sup>23</sup> Il fatto che l'amministrazione offra un'indennità di espropriazione inferiore a quella determinata secondo i criteri di legge nel giudizio di opposizione alla stima non incide sulla scelta delle norme costituzionali, tra le quali non è compreso l'art. 97 cost., rispetto alle quali accertare la legittimità costituzionale o meno della normativa sulla determinazione dell'indennità di esproprio di aree edificabili. L'art. 97 cost. concerne la creazione od organizzazione di pubblici uffici, la struttura degli apparati, l'articolazione delle competenze, l'esercizio e il funzionamento dei poteri della p.a., la trasparenza, la pubblicità, la partecipazione e tempestività dell'azione amministrativa (Corte costituzionale, 19 luglio 2000, n. 300).

<sup>24</sup> La giurisprudenza evidenzia l'importanza del principio in correlazione all'obbligo di provvedere: *L'obbligo giuridico di provvedere non deve necessariamente derivare da una disposizione puntuale e specifica, ma può desumersi anche da prescrizioni di carattere generico e dai principi generali regolatori dell'azione amministrativa quali l'imparzialità, il buon andamento ovvero il principio di legalità; quindi, tutte le volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni* (Tar Campania, sez. Salerno II<sup>^</sup>, n. 2.054/2006).

diverse fattispecie di responsabilità precontrattuale, analizzate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, vi è quella del "recesso dalle trattative e dal connesso contratto". Per quanto concerne proprio la posizione della Pubblica Amministrazione, la recente giurisprudenza segnala che, al riguardo, l'obbligo di comportarsi correttamente ha una valenza oggettiva, nel senso che, ai fini dell'attribuzione della responsabilità, non occorre che la parte danneggiante volesse cagionare effettivamente il danno arrecato, o ne fosse a conoscenza, ma è sufficiente che il comportamento sia tale da generare un ragionevole affidamento nella conclusione del contratto. Tale connotato "oggettivo" dell'obbligo di correttezza esplica precisi effetti in tema di autotutela. Infatti, l'Amministrazione potrebbe, in via di autotutela, anche mutare decisione. Tuttavia, tale condotta, seppur teoricamente legittima e da motivare, determinerebbe, sempre e comunque, un danno da responsabilità precontrattuale, con connesso obbligo di risarcimento<sup>25</sup>.

I **principi di parità di trattamento e di non discriminazione** costituiscono il contraltare nazionale del principio di imparzialità, in ossequio del quale, l'attività amministrativa deve esplicarsi senza dar luogo ad alcuna discriminazione. Tale principio costituisce un corollario del costituzionale principio di uguaglianza, in attuazione del quale, dinanzi a circostanze uguali (o equiparabili), la Pubblica amministrazione deve assumere atteggiamenti identici ed agire in modo analogo. Da tale principio, discendono taluni importanti corollari: a) l'ammissione di tutti i soggetti, indistintamente, al godimento dei pubblici servizi; b) il divieto di qualsiasi favoritismo, con la conseguente illegittimità degli atti amministrativi emanati senza aver valutato tutti gli interessi pubblici e privati sussistenti; c) l'obbligo, per i funzionari, di astenersi dal partecipare agli atti in cui essi abbiano, direttamente o per interposta persona, un qualche interesse; d) il diritto per i cittadini di ricusare il funzionario nei casi in cui questi debba decidere su questioni in cui è personalmente interessato. Nel capo dei pubblici contratti, il principio esprime l'esigenza di evitare ingiustificate disparità in sede di valutazione delle offerte. A ben vedere, corollario di tale principio è il dovere della stazione appaltante di predeterminare i criteri di valutazione delle offerte.

In forza del **principio di trasparenza**, deve essere consentito ai cittadini l'esercizio di un controllo democratico su tutti i momenti ed i passaggi, in cui si esplica l'operato della pubblica amministrazione, al fine di verificarne la correttezza e l'imparzialità. Tale principio, di creazione giurisprudenziale, costituisce uno dei punti qualificanti della legge n. 241/1990. Nel campo dei pubblici contratti, tale principio implica la pubblicità degli atti di gara, fatte salve le dovute eccezioni. Occorre osservare che i principi di imparzialità e di trasparenza costituiscono, da tempo, postulati fondamentali dell'azione amministrativa, anche in conseguenza del loro fondamento costituzionale. La loro estrema importanza viene confermata non solo dal costante riferimento ad essi operato, anche dal Legislatore, ma pure dal loro presentarsi come "matrice genetica" di concreti precetti per l'agire della Pubblica Amministrazione.

Il **principio di pubblicità** costituisce, invero, un corollario del principio di trasparenza. Infatti, non vi può essere vera trasparenza, se non attraverso la messa in pubblicità dell'azione amministrativa, come segnalato dalla giurisprudenza<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> La giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. VI<sup>A</sup>, n. 3.989/2006) è molto chiara sul punto: "*la legittimità dell'atto di revoca, non elimina il profilo relativo alla valutazione del comportamento della stessa Amministrazione, con riguardo al rispetto del dovere di buona fede e correttezza nell'ambito del procedimento formativo della volontà negoziale*". Ancor più chiaramente: "*l'esercizio di poteri di autotutela da parte dell'Amministrazione, benché legittimo, può determinare la lesione dell'affidamento riposto dai privati negli atti revocati o annullati, con il conseguente insorgere di obblighi risarcitori. Ciò non costituisce elemento per utilizzare in modo limitato i poteri di autotutela, ma rappresenta un dato che l'Amministrazione deve tenere ben presente nelle complessive valutazioni, che precedono l'esercizio dei propri poteri di autotutela. Ed, infatti, in fattispecie, in cui è stata ritenuta legittima la revoca, si è riconosciuto il risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale, ex art. 1337 c.c. In tali casi, il risarcimento del danno è stato riconosciuto per la lesione degli affidamenti suscitati nel soggetto, poi rimossi*"

<sup>26</sup> Non contrasta con la natura di vero e proprio diritto soggettivo (natura che parrebbe corroborata dall'avvenuta sua inclusione nell'ambito dei livelli essenziali e delle prestazioni concernenti i diritti civili e politici ai sensi dell'art. 117 cost. e dell'art. 22 l. n. 241 del 1990, oltre che dalla riconduzione del giudizio sull'accesso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 25 comma 5 della citata l. n. 241, e dalla additabilità dello stesso quale

In relazione alle sedute di gara, viene avanzata l'esistenza di un principio di pubblicità delle sedute medesime, in omaggio al postulato di azione amministrativa ora enunciato<sup>27</sup>. Tuttavia, tale principio, come ci ricorda un'importante sentenza, non deve essere inteso in modo assoluto: *Ferma restando l'obbligatoria pubblicità della seduta, nella fase in cui si procede alla verifica dell'integrità dei diversi plichi, di cui si compone l'offerta, nelle gare, che necessitano di una valutazione comparativa di fattori, come nell'appalto concorso o nel metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione dell'offerta economica può avvenire in seduta non pubblica* (CdS, sez. V<sup>^</sup>, n. 2.333/2007). Sempre in tale sentenza, il CdS evidenzia che la valutazione dell'offerta economica può avvenire in sede non pubblica, in quanto il principio di pubblicità si trova consacrato *in una fonte di secondo grado (il regolamento di contabilità generale dello Stato, r.d. n. 827/1924), ed ha una sua ragion d'essere nelle procedure di gara meccaniche, basate solo su offerte di prezzo, mentre ben può essere derogato nelle procedure in cui il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa*. Tale statuizione è, sostanzialmente, giusta, ma merita diversi chiarimenti.

La pubblicità delle sedute di gara costituisce, indubbiamente, un principio generale, riconducibile ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, di cui all'articolo 97 Cost.. Infatti, rappresenta non solo la principale manifestazione del principio di trasparenza amministrativa nelle pubbliche gare, ma, soprattutto, un'essenziale garanzia partecipativa dei concorrenti. Inoltre, la sua violazione vizia l'intera procedura di gara, indipendentemente dalla dimostrazione di un concreto pregiudizio, eventualmente sofferto da qualche impresa concorrente (*ex multis*: CdS, sez. V, n. 1.445/2006).

Tuttavia, il principio di pubblicità non deve essere inteso in senso assoluto ed inderogabile, in quanto l'unanime giurisprudenza segnala che l'obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara riguarda, esclusivamente, la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione e l'offerta economica dei partecipanti, e non anche la fase di valutazione tecnica delle offerte (da ultimo: CdS, sez. V, n. 45/2007). Occorre, pertanto, distinguere il caso in cui si utilizzi il criterio del prezzo più basso, in cui si tiene conto unicamente dell'aspetto economico, dalle fattispecie in cui, applicando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si richiede una valutazione tecnico-discrezionale. Orbene, il Consiglio di Stato ritiene che, in tali ultime ipotesi, la seduta può non essere pubblica. Invero, a ben vedere, la seduta, in siffatti casi, non solo può, ma, *rectius*, "deve" essere segreta. Infatti, in presenza di valutazioni tecnico-discrezionali è necessario, e non solo opportuno (!), che la seduta di gara sia segreta, per evitare indebiti condizionamenti o pressioni, che i commissari potrebbero subire, anche in modo larvato, da parte dei rappresentanti delle imprese<sup>28</sup>. Infine, deve essere rilevato che il fondamento del principio di pubblicità non va rinvenuto nel R.D. n. 827/1924, in quanto tale fonte normativa di secondo grado prevede, in un caso, la pubblicità delle gare, in relazione alle procedure di licitazione privata (art. 89), ma, in un altro, nessuna specifica regola, in relazione all'appalto concorso (art. 91), procedura per natura analoga al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Invero, il fondamento deve essere più correttamente individuato nei già richiamati principi costituzionali di imparzialità e buon andamento: *Il principio di pubblicità delle sedute di gara costituisce una regola generale,*

---

*manifestazione di un più generale diritto all'informazione vantato dai cittadini in rapporto all'organizzazione ed all'attività della p.a.) del c.d. diritto d'accesso la configurazione di tipo impugnatorio del mezzo di tutela giurisdizionale ad esso correlata ed idonea, nel contempo, ad assicurare la protezione dell'interesse giuridicamente rilevante ed a salvaguardare l'esigenza di stabilità delle situazioni giuridiche e di certezza delle posizioni dei controinteressati che sono pertinenti ai rapporti amministrativi scaturenti dai principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa* (CdS, Ad.Pl., n. 6/2006).

<sup>27</sup> Oltre che in aderenza al principio di trasparenza.

<sup>28</sup> La giurisprudenza sembra chiara su tale punto: *utilizzando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, posto che la valutazione discrezionale inerisce ad una serie di elementi tecnici ed economici, lo svolgimento della relativa fase procedurale non può che essere effettuato in seduta riservata, al fine di preservare da influenze esterne i giudizi dei membri della Commissione giudicatrice* (Tar Abruzzo, sez. l'Aquila, n. 458/2006; in tal senso, pure; CdS, sez. V<sup>^</sup>, n. 6.529/2006).

*riconducibile direttamente ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., per cui, indipendentemente da un'espressa previsione nell'ambito della "lex specialis" di gara, trova immediata applicazione in tutte le fasi del procedimento di scelta del contraente*<sup>29</sup>.

In tema di pubblicità delle operazioni di gara, una recente pronuncia<sup>30</sup> ha ribadito che l'indicato principio non può che comportare, a carico delle stazioni appaltanti, l'obbligo di comunicare alle imprese concorrenti la data di apertura delle offerte. Precisamente, i giudici amministrativi hanno affermato che *“il principio di pubblicità delle operazioni di gara deve necessariamente connotare la seduta fissata per l'apertura delle buste, contenenti le offerte dei partecipanti alla gara stessa. Di conseguenza, è obbligo del seggio di gara garantire ai concorrenti l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti alla stazione appaltante”*. Ad avviso dei giudici, l'effettiva possibilità di partecipazione alla seduta di gara costituisce garanzia posta a tutela, contemporaneamente sia dell'interesse pubblico che di quello dei singoli partecipanti, i quali devono poter assistere, direttamente, allo svolgimento delle operazioni di verifica dell'integrità dei plichi ed all'identificazione del loro contenuto, e ciò a conferma della serietà della procedura concorsuale. La violazione dell'indicato obbligo costituisce vizio insanabile, determinante l'illegittimità della disposta aggiudicazione: *“Ne consegue che, anche in assenza di specifiche previsioni della lex specialis, la violazione del principio di pubblicità, indotta dalla mancata comunicazione ad uno o più concorrenti della data di svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi contenenti le offerte, costituisce vizio insanabile della procedura, il quale si ripercuote sul provvedimento finale di aggiudicazione, invalidandolo, anche ove non sia comprovata l'effettiva lesione sofferta dai concorrenti”*. La severità della sanzione viene giustificata in base alla considerazione che la comunicazione della data di apertura delle offerte costituisce un preciso adempimento, posto a tutela, non solo della parità di trattamento tra le imprese, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili successivamente<sup>31</sup>.

## IL PRINCIPIO DI CONCORRENZA. IL CONTROLLO ED IL COLLEGAMENTO SOCIETARIO

Il **principio di libera concorrenza**, in ragione della sua derivazione comunitaria, costituisce, nell'ambito dei contratti pubblici, un postulato cardine, in quanto tendenzialmente prevalente sugli altri principi, in particolare quello di economicità, efficacia e tempestività. Infatti, la tutela della concorrenza svolge un ruolo di primo piano nella disciplina dei contratti pubblici, costituendo la ragione vera dell'intervento del Legislatore comunitario nel settore. A ben vedere, l'intero procedimento di aggiudicazione è imperniato sulla concorrenza, in quanto caratterizzato da modalità idonee a garantire al massimo grado l'imparzialità della scelta. In tal senso, la libera concorrenza si relaziona strettamente al principio di imparzialità, costituendone un contraltare attuativo. La giurisprudenza, rimarcando l'importanza del principio, rileva che le deroghe sono ammesse solo se previste dalla legge: *Le deroghe al principio di libera concorrenza ed, in particolare, il contingentamento, possono essere introdotte solo dalla legge e non possono, invece, essere poste estemporaneamente dall'autorità amministrativa*<sup>32</sup>.

Obiettivo fondamentale della Comunità europea è, ai sensi dell'articolo 2 del Trattato di Roma<sup>33</sup>, la creazione di un'unione economica e, ancor prima, di un mercato comune, da intendersi come vero e proprio “mercato interno” nell'accezione propria dell'articolo 14 del Trattato medesimo. Un mercato, cioè, in cui sia effettivamente ed efficacemente assicurata la libera circolazione di persone, merci, servizi e capitali.

<sup>29</sup> Tar Lazio, sez. III<sup>^</sup>, n. 3.917/2006.

<sup>30</sup> Tar Lombardia, sez. Brescia I<sup>^</sup>, n. 1.329 del 16/10/2008.

<sup>31</sup> In tal senso anche: CdS, sez. V<sup>^</sup>, n. 1.445/2006; Tar Basilicata, sez. I<sup>^</sup>, n. 72/2008.

<sup>32</sup> Tar Lombardia, sez. Milano III<sup>^</sup>, n. 2.002/2006.

<sup>33</sup> Il Trattato istitutivo della Comunità Europea.

Nel Trattato, il raggiungimento di tale obiettivo implica l'adozione di specifiche azioni ed iniziative volte a configurare la Comunità come un ordinamento ad economia di mercato; tra esse, spicca la creazione di un "regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno", così come espressamente previsto dall'articolo 3, lett. g) del Trattato, che rappresenta la base giuridica ed in effetti il cardine di tutto il "sistema" della concorrenza in ambito comunitario. In altri termini, l'attuazione delle libertà comunitarie nella logica del mercato interno deve realizzarsi, prioritariamente e prevalentemente, mediante la creazione e l'operatività di un sistema fondato sui principi e le regole di concorrenza, piuttosto che in virtù di interventi diretti degli organi della Comunità o degli Stati membri. Questo è il significato e la portata fondamentale dell'articolo 3, lett. g), all'interno del quale, così, il valore della concorrenza viene costituzionalizzato tra i principi informatori dell'ordinamento e del diritto comunitario. L'articolo 3, lett. g), al quale è riconosciuta la caratteristica di norma dotata di immediata applicabilità, impone quindi la creazione di un regime, o meglio, di un sistema completo di norme tra loro coordinate, il cui insieme permetta di proteggere il mercato relativo agli Stati membri dell'Unione Europea rispetto ad alterazioni della concorrenza.

Quanto ora detto si articola in due distinti profili.

Da un lato, nel senso di introdurre regole applicabili alle imprese, che impediscano loro l'adozione di comportamenti incompatibili con un sistema di concorrenza efficace e non distorta: è il caso, in particolare, dei divieti di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante rispettivamente posti dagli artt. 81 e 82 (ex artt. 85 e 86) del Trattato, ma anche della disciplina sulle concentrazioni.

Dall'altro lato, si tratta, invece, di introdurre regole vincolanti ed applicabili nei confronti degli Stati membri, al fine di rendere compatibili coi principi della concorrenza le misure e gli interventi da loro posti in essere sui mercati ovvero nei confronti delle imprese. In questo senso, vengono in rilievo le disposizioni di cui all'articolo 86 (ex art. 90) del Trattato in tema di imprese pubbliche, l'articolo 87 ss. (ex art. 92) in tema di aiuti di Stato, ma anche, da un lato, le disposizioni relative ai monopoli nazionali che presentano un carattere commerciale (art. 31), nonché le disposizioni in materia di fiscalità previste all'articolo 90 ss. (ex art. 95), oltre alle regole generali, sviluppate nella giurisprudenza comunitaria, volte a garantire il cd. "effetto utile" delle norme sulla concorrenza individuate nel Trattato.

Strettamente connessa alla problematica della concorrenza è la disposizione normativa, contenuta nell'articolo 34, comma 2°, del codice, che consacra il principio del cosiddetto "**collegamento sostanziale**", vietando la partecipazione alla medesima gara, oltre che ai concorrenti che si trovino fra loro in una delle situazioni di controllo, di cui all'articolo 2.369 del codice civile, anche ai concorrenti, per i quali venga accertato dalle stazioni appaltanti, sulla base di univoci elementi, che le relative offerte siano impuabili ad un unico centro decisionale.

L'attuale realtà socio-economica è caratterizzata da varie forme di collegamento fra società di capitali, le quali, attraverso processi di espansione e di coesione, mirano a rafforzare la loro capacità competitiva sul mercato. Il collegamento, invero, può riguardare anche società che continuano ad operare in posizione di autonomia, ma può assumere, talora, forme di rilevante intensità, fino a realizzare un vero e proprio rapporto di dipendenza tra una società ed un'altra.

Il fenomeno del collegamento può articolarsi nelle seguenti forme: - partecipazioni reciproche; - società collegate; - società controllate; - gruppi di società. In relazione a tali figure di collegamento, il Legislatore è intervenuto allo scopo di perseguire due essenziali e primari obiettivi: a) evitare "l'annacquamento patrimoniale" delle società coinvolte; b) garantire il regolare funzionamento delle rispettive assemblee, impedendo uno svuotamento di contenuto dei titoli azionari.

Il **controllo societario** costituisce una particolare situazione, per effetto della quale una società è potenzialmente in grado di improntare, con la propria volontà, l'attività economica di un'altra società. Ai sensi dell'articolo 2.359 Cc, così come riformulato dall'articolo 1 del D.Lgs n. 127/1991, una società esercita il controllo su di un'altra nei seguenti casi:

- a) quando possiede un numero di azioni, o quote di azioni, tali da assicurare la maggioranza dei voti richiesti per le assemblee ordinarie, tenute dalla società controllata (cosiddetto controllo azionario di diritto);
- b) quando, per l'entità della partecipazione posseduta, dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nelle assemblee ordinarie, tenute dalla società controllata (cosiddetto controllo azionario di fatto);
- c) quando, in virtù di particolari vincoli contrattuali, può esercitare un'influenza dominante nella vita sociale della società controllata.

Nel settore dei pubblici appalti e, primariamente, in quello dei lavori pubblici, occorre osservare che la legge n. 109/1994 (ora abrogata dal codice), nella versione antecedente le modifiche introdotte dalla legge 415/1998 (cosiddetta Merloni *ter*), prevedeva una sola ipotesi di esclusione. E' stato indubbio merito della giurisprudenza dei primi anni 90' sostenere, in forza della configurazione del gruppo di imprese come soggetto unitario, che il controllo confliggesse con i principi della concorrenza tra imprenditori e della segretezza delle offerte, tutte le volte in cui il controllo medesimo fosse tale da lasciar presumere che le imprese, unite da tale vincolo, appartenessero ad un'unica realtà imprenditoriale. Invero, tali esigenze di tutela hanno cominciato a prender forma in riferimento alle gare, nelle quali l'aggiudicazione avveniva con i sistemi della media. Appariva evidente che l'impresa, che fosse in grado di conoscere anticipatamente la composizione di più offerte, poteva influenzare la media, in suo favore, in modo decisivo<sup>34</sup>.

Con l'introduzione di un nuovo e breve articolo (il 10°, comma I-bis), ad opera della legge n. 415/1998, il Legislatore, sostanzialmente, codificò i principi enucleati dalla giurisprudenza più avanzata in materia, precludendo la partecipazione alla medesima gara alle imprese, che si trovino in una delle situazioni di controllo, previste dal già illustrato articolo 2.359 Cc: "Non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo, di cui all'articolo 2.359 del codice civile".

Orbene, il già indicato comma 2°, dell'articolo 34 del Codice stabilisce che non possono partecipare alla medesima gara le imprese, che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo, previste dall'articolo 2359 Cc.

L'indicata normativa prevede, dunque, l'impossibilità, per le imprese che si trovano in una situazione di controllo, di poter partecipare ad una pubblica gara, come confermato anche dalla recente giurisprudenza (CdS, sez. V^, n. 4.285/2008) e dall'Autorità di Vigilanza (Determinazione n. 1/2007): in presenza di una delle tre situazioni di controllo, civilisticamente previste, le imprese devono essere automaticamente escluse, senza necessità di procedere ad ulteriori indagini.

Occorre osservare che tale principio di esclusione automatica è stato oggetto di recenti **contestazioni** in sede comunitaria. Precisamente, l'**Avvocato Generale UE**, nella causa C-538/07, ha depositato, in data 10 febbraio 2009, le sue conclusioni, nelle quali segnala l'incompatibilità comunitaria dell'indicata esclusione automatica: "*Il diritto comunitario deve essere interpretato nel senso che osta ad una disposizione nazionale che, ....., comporti l'esclusione automatica da tali procedure degli offerenti, che si trovino fra loro in rapporto di controllo, quale definito dalla normativa nazionale, senza dare loro la possibilità di dimostrare che, nella fattispecie, il suddetto rapporto non ha comportato alcuna violazione dei principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza*".

L'Avvocato Generale UE è pervenuto alle indicate conclusioni, a seguito di un'ordinanza del Tribunale Amministrativo della Lombardia del 5 dicembre 2006, con la quale è stato chiesto alla

---

<sup>34</sup> Esempio, in tal senso, è una risalente e chiara pronuncia del TAR Sardegna (n. 191/1992): *È legittima l'esclusione da una pubblica gara di una ditta individuale, il cui titolare sia proprietario di una cospicua quota (nella specie, 50%), nonché amministratore unico, di altra società di capital, anch'essa partecipante alla stessa gara, essendo irrilevante che le due distinte offerte siano state firmate da persone fisiche diverse; ciò in quanto l'esistenza di stretti rapporti tra le imprese potrebbe condizionare in modo inammissibile l'andamento della gara, ben potendo le due imprese conoscere le rispettive offerte e così influire sulla media.*

Corte Europea di stabilire se l'articolo 29 della direttiva del Consiglio 92/50/CEE<sup>35</sup>, prevedente sette ipotesi<sup>36</sup> di esclusione dalla partecipazione agli appalti di servizi, configuri un *numerus clausus* di ipotesi ostative e, pertanto, inibisca alla normativa nazionale di stabilire un divieto di partecipazione simultanea ad una gara di appalto, per le imprese, che si trovino fra loro in rapporto di controllo, quale definito dall'art. 2359 del codice civile italiano.

I dubbi avanzati dal Tar Lombardia sono stati recepiti, in buona parte, dall'Avvocato Generale, il quale ha concentrato la sua attenzione critica nei riguardi, soprattutto, dell'automatismo insito nel meccanismo di esclusione. Siffatto meccanismo, ad avviso dell'Avvocato, appare sproporzionato, in quanto non permette alle imprese, che si trovano fra loro in rapporto di controllo di dimostrare che le loro offerte sono state, in effetti, redatte in modo tale da non pregiudicare la parità di trattamento fra gli offerenti, oltre che la trasparenza delle procedure di aggiudicazione nei pubblici contratti.

Diverso è il concetto di “**collegamento societario**”.

Le società collegate sono quelle, sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole, ma non dominante, altrimenti si ricadrebbe nell'ipotesi di società controllata.

Ai sensi dell'articolo 2.359, comma III° codice civile, l'influenza notevole si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti, ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa. In tali casi, il Legislatore tutela il diritto all'informazione degli azionisti e dei terzi, attraverso un'articolata previsione di prescrizioni, da osservare nella formazione del bilancio di esercizio.

Il concetto di “collegamento societario”, a differenza di quello di “controllo societario”, prima del sopravvenire del codice, non era stato recepito dal Legislatore nel settore dei pubblici appalti.

Infatti, a ben vedere, la codificazione dei principi giurisprudenziali fu solo parziale, in quanto non vennero considerate le altre ipotesi, pur esse individuate dai giudici, nelle quali si verifica, comunque, quella riconducibilità delle offerte al medesimo centro decisionale. In altri termini, la nuova norma (10°, comma I-bis) fa riferimento alle sole ipotesi di controllo, trascurando le ipotesi di collegamento fra imprese<sup>37</sup>.

Dunque, in conseguenza di tale ovvia osservazione, si pose la questione se nelle procedure di scelta del contraente, ai fini di un appalto di lavori pubblici, le fattispecie di collegamento tra imprese, che comportano l'esclusione dalla gara, siano esclusivamente quelle previste dall'articolo 2.359 Cc, espressamente richiamato dall'art. 10 comma 1 bis, l. n. 109 del 1994; ovvero, se l'Amministrazione appaltante possa legittimamente pervenire a decretare l'esclusione per cause diverse (ed anche in assenza di una specifica previsione del bando), in considerazione delle finalità pubblicistiche, cui sono preordinati i principi della concorsualità, segretezza, completezza, compiutezza dell'offerta, che

---

<sup>35</sup> Direttiva di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, ora sostituita dalla direttiva 18/2004.

<sup>36</sup> L'art. 29, al capitolo 2 del titolo VI della direttiva 92/50, recante il titolo «Criteri di selezione qualitativa», stabilisce quanto segue: «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.

<sup>37</sup> La giurisprudenza è chiara sul punto: *Il divieto, di cui all'art. 10 comma 1 bis l. n. 109 del 1994, secondo cui non possono partecipare alla medesima gara d'appalto imprese che si trovino tra di loro in una delle situazioni di controllo, di cui all'art. 2359 c.c., riguarda le società controllate e non può estendersi alla diversa ipotesi di società collegate* (Tar Puglia, sez. Bari I, n. 4.264/2003).

si traducono nella esigenza di individuazione del giusto contraente, secondo i canoni dell'articolo 97 Cost.

La giurisprudenza sostenne che, al di fuori delle ipotesi di controllo, civilisticamente disciplinate, la stazione appaltante ha il potere-dovere di accertare l'eventuale sussistenza di situazioni di intreccio fra gli organi amministrativi o, comunque, di collegamento<sup>38</sup>.

La questione della rilevanza delle ipotesi di collegamento, oltre quelle di controllo, è stata, definitivamente, risolta dall'articolo 34, comma 2°, del codice dei contratti pubblici. Tale novella disposizione normativa, dopo aver confermato che "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", prosegue, prevedendo che "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".

La giurisprudenza ha affrontato, poi, il delicato problema dell'attendibilità e della ragionevolezza degli "elementi indiziari" del collegamento societario.

Si è sostenuto che l'indicazione di una ditta, quale subappaltatrice, pur essa concorrente, non costituisce elemento oggettivo, *non potendosi ritenere tale dichiarazione sufficiente a far presumere la possibilità di ricondurre ad un unico centro di interessi le due imprese*<sup>39</sup>. Ancora, non risulta censurabile né il vincolo di parentela, *non essendo esso tale da comportare l'ingerenza nelle diverse imprese e nella partecipazione di ciascuna di esse alle gare, né la mera posizione di socio in una delle imprese partecipanti alla gara*<sup>40</sup>. Invero, il Tar Campania (sez. I, n. 2.385/1997), limitatamente al solo vincolo di parentela, ha più correttamente sostenuto che esso non può costituire causa di esclusione automatica, non che non possa essere valutato come elemento indiziario. Altra giurisprudenza ha individuato, invece, tale elemento quando *un'unica persona fisica riveste la carica di presidente ed amministratore delegato, con poteri di firma sociale e rappresentanza legale, in una società e contemporaneamente l'incarico di direttore tecnico di altra società, situazione sufficiente a compromettere la garanzia di segretezza delle offerte, senza che occorra un'indagine sull'esistenza di un ipotetico accordo collusivo*<sup>41</sup>. Ancora, nell'ottica di una avanzata tutela della concorrenza, sempre il Tar Toscana (sez. II, n. 224/1996) ha affermato che *la circostanza che le offerte siano sottoscritte da persone fisiche diverse non è sufficiente ad escludere la conoscenza (o la mera conoscibilità) dell'offerta presentata, da parte di chi ha i poteri per partecipare alle gare in nome di una certa società*.

La giurisprudenza si è anche occupata dei cosiddetti "indizi esterni", cioè relativi alle forme di presentazione delle offerte.

Si è sostenuto che costituiscono chiari sintomi di una situazione di egemonia di un'azienda rispetto ad un'altra talune concrete modalità di presentazione delle offerte, quali le spedizioni effettuate nello stesso giorno dal medesimo ufficio postale (con numero progressivo di raccomandata), polizze fidejussorie rilasciate dalla stessa società di assicurazione e contrassegnate da un numero progressivo, nonché la ripetizione dell'identico comportamento in più gare (CdS, sez. IV<sup>^</sup>, n. 6.424/2001). Ancora costituisce grave indizio di collegamento il fatto che le ditte abbiano la medesima sede, lo stesso indirizzo, numero di telefono o di fax (Tar Veneto, sez. I<sup>^</sup>, n. 1.525/1997), ovvero che le ditte partecipanti alla gara si siano avvalse della stessa società di servizi, ai fini della presentazione delle offerte (CdS, sez. V<sup>^</sup>, n. 2.728/2004). Infine, si è ritenuto (Tar Lombardia

---

<sup>38</sup> Poiché l'art. 10 comma 1 bis l. n. 109 del 1994 si basa su una presunzione, sancendo l'impossibilità di ammettere alla gara offerte, delle quali si dubita sotto i profili dell'indipendenza, della serietà, della segretezza e dell'affidabilità, in quanto provenienti da soggetti legati da una stretta comunanza di interessi, deve ritenersi che la Stazione appaltante possa prevedere fatti o situazioni ulteriori rispetto a quelli espressamente considerati dalla legge, da accertare in concreto, capaci di alterare la segretezza, la serietà e l'indipendenza delle offerte, purché l'individuazione non oltrepassi il limite della ragionevolezza e della logicità rispetto alla tutela avuta di mira e consistente nell'autentica concorrenza tra le offerte (Tar Lombardia, sez. Milano III<sup>^</sup>, n. 4.698/2002).

<sup>39</sup> Tar Basilicata, n. 86/1998.

<sup>40</sup> Tar Lazio, sez. II, n. 521/1997.

<sup>41</sup> Tar Toscana, sez. II, n. 20/1996.

Milano, sez. III<sup>^</sup>, n. 177/2003) che la medesima tipologia dei timbri in ceralacca, la simile preparazione dei plichi, la stessa impostazione grafica delle buste, la data, il luogo e l'ufficio postale di spedizione, concretasse un insieme di elementi, sicuramente qualificabili come fortemente indiziari.

In una recente pronuncia<sup>42</sup>, si è affermato che “*la comunanza di amministratori, la medesima sede legale, la medesima compagnia assicurativa e società di certificazione, oltre ad altri elementi di connessione fra due imprese, costituiscono indizi gravi, precisi e concordanti, che inducono a ritenere ragionevole il sospetto che le due imprese conoscessero le rispettive offerte e che, quindi, fosse in pericolo la regolarità della gara.*”

### IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

Un discorso a parte deve essere condotto in relazione al principio di proporzionalità<sup>43</sup>.

Il principio è sorto grazie all'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza tedesca, particolarmente da parte della Corte Costituzionale Federale. Costituisce unanime orientamento il fatto che il principio di proporzionalità si delinea quale risultante dell'unione di tre diversi elementi: l'idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto. Per quanto riguarda l'**idoneità**, uno strumento appare idoneo al raggiungimento dell'obiettivo prefissato, allorché con il suo ausilio si possa sensibilmente favorire il raggiungimento del risultato desiderato. Il pronostico effettuato deve risultare giustificato e ragionevole, ma comunque appare sufficiente l'esistenza della possibilità in astratto che l'obiettivo venga raggiunto. La Corte Costituzionale Federale fa riferimento ad una valutazione *ex ante*, in rapporto alla quale viene riconosciuta anche la possibilità di un errore nella valutazione circa il possibile sviluppo futuro degli eventi. Viceversa, uno strumento appare necessario (**necessarietà**) per il raggiungimento dell'obiettivo, soltanto qualora non ne sia disponibile nessun altro, egualmente efficace, ma che sia tale da incidere meno negativamente nella sfera del singolo. Questo concetto viene spesso sintetizzato con l'espressione icastica “imposizione del mezzo più mite”. L'elemento della necessità impone la scelta, fra più mezzi tutti astrattamente idonei al raggiungimento dell'obiettivo prefissato, di quello la cui adozione implichi le minori conseguenze negative per il privato. Peraltro, necessità significa soltanto “necessarietà relativa”, nel senso che viene valutato se l'utilizzazione di un dato mezzo sia indispensabile allo scopo di raggiungere un dato obiettivo, ma non viene, viceversa, sindacata la necessità in sé dell'obiettivo prescelto. Dunque, un mezzo ha la medesima efficacia rispetto ad un altro mezzo, soltanto qualora esso consenta il raggiungimento dell'obiettivo con la medesima intensità. Per quanto concerne, infine, l'elemento della **proporzionalità in senso stretto**, la Corte Federale fa rilevare che una decisione adottata dai pubblici poteri non deve mai essere tale da gravare in misura eccessiva sull'interessato, e non deve risultare intollerabile per quest'ultimo. In altri termini, mezzo e fine non devono risultare sproporzionati l'uno rispetto all'altro. La proporzionalità in senso stretto impone di paragonare obiettivo e mezzo e di ponderarli nella loro rispettiva importanza. Il che potrà anche avere, come ultima conseguenza, che la Pubblica Amministrazione debba astenersi dall'adottare la decisione oggetto della decisione comparativa, nonostante che essa abbia già superato l'esame relativo, rispettivamente alla sua idoneità ed alla sua necessità. La valutazione comparativa è necessariamente influenzata, nel suo esito finale, dall'incisività dell'intervento lesivo programmato. Quanto più sensibilmente si ritiene di dover intervenire nella sfera giuridica del singolo, tanto più rilevante dovrà essere l'interesse generale della collettività, che con tale intervento si vuole perseguire. Naturalmente, una valutazione così congegnata non può avvenire in modo astratto, in quanto la relativa effettuazione necessita sempre di concretizzazione.

---

<sup>42</sup> Tar Campania, sez. Napoli VIII<sup>^</sup>, n. 99/2009.

<sup>43</sup> Il principio di proporzionalità rappresenta uno dei temi più caldi, fra quelli attualmente oggetto di studio ed approfondimento da parte della dottrina, come dimostra, fra l'altro, il gran numero di convegni e giornate di studio. Il termine “proporzionalità”, ove inteso nel suo significato generale, si colloca al centro di una problematica giuridico-filosofica di vasta portata, che si estende a tutti gli ambiti del diritto e, in particolare, a quello del diritto penale, che rappresenta tradizionalmente il campo di applicazione privilegiato del principio.

Per quanto concerne le procedure di gara, il principio di proporzionalità viene invocato per legittimare la necessità di un'attenta valutazione comparativa, fra le esigenze di pubblico interesse e gli interessi privati, diretta all'elaborazione di una decisione ponderata ed al contempo esaustiva, nel senso di presa in considerazione dei vari interessi in gioco. Per quanto concerne più propriamente i requisiti di gara, la giurisprudenza evidenzia che i medesimi devono essere funzionali e calibrati in relazione agli interessi pubblici da perseguire con il bando, e non sovradimensionati rispetto ai reali bisogni della collettività, o implicanti oneri del tutto sproporzionati, per eccesso, rispetto ai contenuti della gara.

In un'importante pronuncia, il principio è stato esaminato alla luce della legittimità e congruità delle clausole di gara: *“Non appare conforme al principio di proporzionalità la clausola del bando di gara, prescrivente l'esclusione dell'impresa, che non osservi le previste modalità di corresponsione del contributo di gara. Infatti, la sanzione dell'espulsione dalla gara appare eccessiva e non proporzionata rispetto all'obiettivo di garantire il pagamento del dovuto contributo, dal momento che il pagamento medesimo è stato effettuato con tempestività, seppur con mezzo irregolare in quanto diverso da quelli contemplati”* (Tar Toscana, sez. I<sup>^</sup>, n. 6.770/2010).

Il Tar Toscana analizza la concreta vicenda, alla luce dell'illustrato principio di proporzionalità.

Primariamente, i giudici amministrativi toscani evidenziano che tale principio, elaborato appunto nell'alveo della dottrina e della giurisprudenza tedesca e, poi, assunto come principio generale del diritto comunitario, trova senz'altro ingresso e significativo rilievo anche nel nostro ordinamento. Al riguardo, il Tar precisa che le fonti sono diverse. In primo luogo, il generale rinvio ai principi comunitari, contenuto espressamente nell'articolo 1, comma 1°, della legge n. 241/1990, come modificato dalla legge n. 15/2005, ove si stabilisce che l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da diversi criteri (economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza) e dai “principi dell'ordinamento comunitario”. In secondo luogo, il Codice dei contratti pubblici (D.Lgs n. 163/2006) contiene numerosi riferimenti:

- all'articolo 2, comma 1°, quale fondamentale principio generale, in tema di affidamento;
- all'articolo 27, comma 1°, in relazione alle gare per i contratti esclusi;
- all'articolo 30, comma 3°, in riferimento alle gare per le concessioni di servizi.

Inoltre, il Tar prende atto che, in merito a tale principio, sussiste, oltre che un'ampia elaborazione giurisprudenziale ed approfonditi studi, anche una precisa definizione normativa, contenuta nell'articolo 23 della legge 262/2005. Tale disposizione normativa, seppur inserita in una peculiare disciplina di settore (*“Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari”*), si manifesta di notevole interesse, proprio per la generale portata della definizione. Precisamente, il principio di proporzionalità viene inteso come “criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minor sacrificio degli interessi dei destinatari”.

I giudici amministrativi ritengono che l'attività di verifica del rispetto del principio deve svolgersi intorno a questi due profili:

- a) adeguamento del potere al fine da raggiungere;
- b) realizzazione del fine con il minor pregiudizio degli interessi coinvolti.

In altri termini, il sindacato giurisdizionale deve verificare se:

- la decisione amministrativa risulta funzionale rispetto alle finalità perseguite dalla Pubblica amministrazione e, quindi, adeguata rispetto alla funzione;
- se la medesima non risulti, ad ogni modo, eccessiva nella misura, cioè spropositata rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico primario e tale da sacrificare “troppo” ed in modo ingiustificato gli altri interessi coinvolti nella procedura amministrativa.

Calando nella concreta fattispecie gli illustrati precisi ermeneutici, si perviene, ad avviso del Tar Toscana, ad una chiara conclusione: la clausola del bando di gara, prescrivente l'esclusione dell'impresa, che non osservi le previste modalità di corresponsione del contributo di gara, non può che porsi in contrasto con il principio di proporzionalità. Infatti, la sanzione espulsiva non tiene affatto conto che il pagamento del contributo di gara è stato, comunque, effettuato entro il termine prestabilito. Di conseguenza, la finalità dell'istituto (corresponsione del contributo con tempestività)

è stata pienamente rispettata. Le modalità di pagamento non possono che afferire ad elementi del tutto formali ed estranei alla predetta finalità. Di conseguenza, il Tar Toscana accoglie il ricorso, qualificando la clausola e la connessa sanzione come eccessiva e non proporzionata rispetto al predominante fine di garantire il pagamento del contributo.

### I PRINCIPI NON RICHIAMATI

Oltre gli illustrati principi, in materia di contratti pubblici entrano in gioco altri importanti postulati di azione amministrativa.

Il **principio di legalità** esprime la necessità che i pubblici poteri, nell'esercizio delle loro funzioni e attività, siano soggetti alla legge. Nella dottrina contemporanea, il principio di legalità viene inteso in diverse accezioni: gli atti dei pubblici poteri (provvedimenti puntuali e concreti, atti normativi del potere esecutivo, sentenze) non possono contenere disposizioni in contrasto con la legge. Si parla, in tal caso, di preferenza della legge o di supremazia della legge rispetto agli atti dei poteri esecutivo e giurisdizionale; gli atti dei pubblici poteri devono trovare il loro fondamento positivo, devono essere autorizzati dalla legge. Si parla, in tal caso, di legalità in senso formale. Invece, in riferimento al fatto che gli atti dei pubblici poteri devono essere disciplinati compiutamente dalla legge, si parla di legalità in senso sostanziale. Nei pubblici appalti, il principio esprime l'esigenza che la gara sia svolta in conformità alla legge, parimenti alla redazione del bando.

Il **principio di buona amministrazione** sta ad indicare che l'azione amministrativa deve essere esplicata in modo efficiente ed appropriato, affinché l'interesse pubblico sia perseguito secondo criteri di speditezza, semplicità, trasparenza e col minor sacrificio degli interessi particolari dei privati. A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 241/1990, che ha dettato norme sullo snellimento del procedimento amministrativo ed il diritto di accesso ai documenti della pubblica amministrazione, il principio di buona amministrazione, per anni rimasto solo sulla carta, è stato finalmente oggetto di una vera e propria disciplina positiva. Talora, il principio viene invocato, in relazione all'obbligo della stazione appaltante di indicare, in sede di bando di gara o di lettera di invito, il criterio di aggiudicazione prescelto: *In materia di gare di appalto, deve ritenersi immanente il principio generale di buona amministrazione, riveniente, in via generale, dall'articolo 97 della Costituzione, secondo cui il bando o la lettera invito devono indicare il tipo di gara (asta, licitazione, appalto - concorso), il criterio di aggiudicazione (prezzo più basso e offerta economicamente più vantaggiosa, secondo le specifiche di cui al D.P.C.M. 13 marzo 1999 n. 117) e, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i criteri di valutazione degli elementi che compongono l'offerta, secondo il loro ordine di importanza*<sup>44</sup>

Infine, un cenno deve essere effettuato in relazione al **principio di motivazione obbligatoria**. Come ben noto, l'articolo 3 della legge n. 241/1990, in ossequio al principio di trasparenza, ha sancito che ogni provvedimento amministrativo deve essere motivato, ad eccezione degli atti normativi e di quelli a contenuto generale. La mancanza di motivazione, l'insufficienza della stessa, la non indicazione e la mancata messa a disposizione dell'atto, da cui risultano le ragioni della decisione, costituiscono vizi di legittimità ed, in particolare, identificano il vizio di , mentre l'illogicità o la contraddittorietà della motivazione vengono fatti risalire al vizio di eccesso di potere. Nel campo dei pubblici contratti, tale principio implica la necessità di giustificare i singoli atti dei procedimenti di gara, anche laddove l'estrinsecazione delle ragioni, che hanno condotto a quel dato provvedimento, appaia inutile. In omaggio a tale principio, come vedremo, la verbalizzazione delle operazioni di gara deve essere puntuale ed esaustiva.

---

<sup>44</sup> Tar Puglia, sez. I<sup>a</sup>, n. 1.754/2007.

## GLI “AFFIDAMENTI IN ECONOMIA”

L'ANALISI DELL'ARTICOLO 125 DEL CODICE: . AMMINISTRAZIONE DIRETTA; - ACQUISIZIONI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE.

Come noto, l'articolo 125 del Codice si occupa delle procedure di acquisizione in economia, cioè quei *particolari strumenti di scelta del contraente, di natura semplificata, correlati ad importi di modesta entità*. La disposizione normativa, confermando la pregressa disciplina, stabilisce che le procedure in economia possono essere effettuate attraverso i modelli dell'amministrazione diretta e del cottimo fiduciario.

L'amministrazione diretta è caratterizzata dal fatto che manca qualsiasi vincolo contrattuale, in quanto la stazione appaltante opera direttamente attraverso il proprio responsabile del procedimento, il quale agisce in nome dell'amministrazione medesima, ma con la propria e personale responsabilità. Tale modello prevede l'utilizzo di personale interno all'Ente<sup>45</sup>, di materiali e mezzi, appartenenti all'amministrazione o specificamente noleggiati. La stazione appaltante, attraverso il proprio responsabile, assume direttamente tutti i rischi, legati all'esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto, diversamente da quanto avviene nell'appalto, ove i rischi ricadono sull'impresa appaltatrice. Di conseguenza, il responsabile del procedimento provvede direttamente all'acquisizione del bene o del servizio od all'esecuzione dei lavori, curando personalmente i rapporti con i soggetti terzi. Il codice detta, al riguardo, poche disposizioni, proprio in considerazione del fatto che non sussiste, in tale modello, alcun affidamento esterno di prestazioni. L'articolo 125, al comma 5°, si limita a stabilire il limite massimo dei soli lavori, che possono essere effettuati in amministrazione diretta: € 50.000,00<sup>46</sup>.

Il Cottimo Fiduciario costituisce, invece, un vero modello di scelta del contraente, assimilabile alla trattativa privata, cioè alle procedure negoziate. La giurisprudenza è ben chiara, in merito a tale punto: "*Nelle procedure negoziate di cottimo fiduciario, ove la lex specialis non imponga una rigorosa separazione fra valutazione tecnica e valutazione economica delle offerte, legittimamente la stazione appaltante, dopo aver annullato in autotutela la prima aggiudicazione, nel rinnovato procedimento limita il riesame alle sole offerte tecniche*"<sup>47</sup>.

Per quanto riguarda i lavori, la disciplina del codice può essere così sintetizzata: 1) Limite generale di € 200.000,00; 2) Ogni stazione appaltante deve individuare i lavori eseguibili in economia nell'ambito delle seguenti categorie generali:

- a) manutenzione o riparazione di opere od impianti, quando l'esigenza è rapportata ad eventi imprevedibili e non sia possibile realizzarle con le forme e le procedure ordinarie;
- b) manutenzione di opere o di impianti di importo non superiore a 100.000 euro;
- c) interventi non programmabili in materia di sicurezza;
- d) lavori che non possono essere differiti, dopo l'infruttuoso esperimento delle procedure di gara;
- e) lavori necessari per la compilazione di progetti;
- f) completamento di opere o impianti a seguito della risoluzione del contratto o in danno dell'appaltatore inadempiente, quando vi è necessità e urgenza di completare i lavori.

Viceversa, per quanto riguarda i servizi e le forniture, la disciplina del Codice può essere così sintetizzata: - limite generale di € 125.000,00 per le PP.AA. statali e di € 193.000,00 per le PP.AA.

<sup>45</sup> Personale già in servizio o, eventualmente, assunto per l'occasione.

<sup>46</sup> La modestia dell'importo può essere giustificata dal fatto che il modello si presta ad un congruo utilizzo solo per lavori di piccola entità.

<sup>47</sup> Tar Toscana, sez. I<sup>^</sup>, n. 1.989/2008. Ancora: "*Il cottimo fiduciario non può ricondursi ad una semplice attività negoziale di diritto privato priva di rilevanza pubblicistica. Le regole procedurali anche minime che l'amministrazione si dia per concludere il cottimo fiduciario implicano il rispetto dei principi generali di imparzialità, correttezza, buona fede, logicità coerenza della motivazione ecc. In conseguenza di ciò sussiste la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo*", CdS, sez. VI<sup>^</sup>, n. 4.295/2006.

non statali; - Ogni stazione appaltante deve individuare, con provvedimento, l'oggetto del servizio-fornitura e le singole voci di spesa, con riguardo alle proprie specifiche esigenze. Il ricorso all'acquisizione in economia è, altresì, consentito nelle seguenti ipotesi:

- a) risoluzione di un precedente rapporto contrattuale, o in danno del contraente inadempiente, quando ciò sia ritenuto necessario o conveniente per conseguire la prestazione nel termine previsto dal contratto;
- b) necessità di completare le prestazioni di un contratto in corso, ivi non previste, se non sia possibile imporne l'esecuzione nell'ambito del contratto medesimo;
- c) prestazioni periodiche di servizi, forniture, a seguito della scadenza dei relativi contratti, nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente, nella misura strettamente necessaria;
- d) urgenza, determinata da eventi oggettivamente imprevedibili, al fine di scongiurare situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale.

### **Quali principi e quali corollari applicativi deve rispettare il cottimo fiduciario?**

*Gli obblighi informativi, previsti dall'articolo 79 del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs n. 163/2006) ed a carico della stazione appaltante, e la clausola standstill, prevista dall'articolo 11, comma 10°, sempre del Codice, sono applicabili anche al cottimo fiduciario, perché finalizzati ad assicurare l'effettività dei fondamentali e generali principi di trasparenza, pubblicità ed efficacia-tempestività del diritto di difesa nel settore dei contratti pubblici.*

E' quanto affermato dal Tar Toscana, sez. I<sup>a</sup>, nella sentenza 10 novembre 2010, n. 6.570, ove viene fornito un importante contributo nel difficile compito di individuare la precisa disciplina applicabile al cottimo fiduciario.

#### La vicenda e le disposizioni violate dalla stazione appaltante

L'Agenzia Regionale per lo Sviluppo e l'Innovazione nel Settore Agricolo e Forestale (ARSIA) indiceva una procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara, nella forma del cottimo fiduciario, ai sensi del comma 11°, dell'articolo 125 del Codice, per il conferimento dell'appalto di fornitura di servizi editoriali e di servizi per la comunicazione istituzionale. La gara veniva vinta dall'impresa P. srl, con la quale la stazione appaltante procedeva alla stipula del contratto di appalto, senza comunicare l'avvenuta aggiudicazione definitiva ai soggetti interessati e senza attendere il decorso dei rituali 35 giorni. Precisamente, il contratto venne stipulato solo dopo nove giorni dall'emanazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva. L'impresa L. srl, partecipante alla gara, impugna l'aggiudicazione ed il contratto, formulando diverse censure, fra cui il mancato rispetto degli obblighi informativi e del termine dilatorio o sospensivo (*standstill period*). Il Tar Toscana accoglie il ricorso, annullando il provvedimento di aggiudicazione definitiva e dichiarando inefficace il contratto con effetto retroattivo.

La stazione appaltante, ai sensi del riformulato **articolo 79, comma 5°**, del Codice, deve comunicare, fra l'altro, l'aggiudicazione definitiva tempestivamente e, comunque, entro un termine non superiore a cinque giorni, ai soggetti partecipanti alla gara<sup>48</sup>. La comunicazione deve essere effettuata per iscritto, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o mediante notificazione o mediante posta elettronica certificata ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo è espressamente autorizzato dal concorrente, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dall'operatore economico in sede di offerta.

Ai sensi del **comma 10°, dell'articolo 11**, del Codice, il contratto non può essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva. Tale termine dilatorio non si applica nei seguenti casi (art. 11, comma 10°-bis):

---

<sup>48</sup> Precisamente: 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.

- a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso, con cui si indice una gara o inoltro degli inviti nel rispetto del Codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;
- b) nel caso di un appalto, basato su un accordo quadro e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione<sup>49</sup>.

Ad avviso dei giudici amministrativi toscani, le due illustrate disposizioni normative del Codice trovano applicazione, in quanto costituiscono applicazione di importanti principi. Precisamente:

- l'articolo 79, comma 5° (obblighi informativi) rappresenta la consacrazione dei principi di trasparenza e pubblicità;
- l'articolo 11, comma 10° (termine dilatorio) concretizza i principi di efficacia e tempestività del diritto di difesa nel settore dei contratti pubblici.

### **La complicata e peculiare disciplina del cottimo fiduciario**

Orbene, la primaria ragione di interesse della sentenza in esame, come prima si anticipava, non risiede tanto nelle norme violate, disposizioni sicuramente importanti frutto delle recenti modificazioni introdotte dal D.Lgs n. 53/2010<sup>50</sup>, quanto nel contributo che essa offre nella complicata opera di individuazione della disciplina applicabile al cottimo fiduciario.

Siffatta opera si palesa non agevole, in quanto, ai sensi del **comma 14°**, **dell'articolo 125 del Codice**, "i procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia sono disciplinati, nel rispetto del presente articolo, nonché dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal presente codice, dal regolamento".

Dunque, il cottimo fiduciario, quale procedura negoziata in economia, risulta disciplinato dalle disposizioni normative, contenute nell'articolo 125 medesimo, e dai principi regolanti l'affidamento e l'esecuzione del contratto<sup>51</sup>, cioè:

- a) Principio di **economicità** (valevole per l'affidamento e l'esecuzione);
- b) Principio di **efficacia** (valevole per l'affidamento e l'esecuzione);
- c) Principio di **tempestività** (valevole per l'affidamento e l'esecuzione);
- d) Principio di **correttezza** (valevole per l'affidamento e l'esecuzione);
- e) Principio di **libera concorrenza** (valevole solo per l'affidamento);
- f) Principio di **parità di trattamento** (valevole solo per l'affidamento);
- g) Principio di **non discriminazione** (valevole solo per l'affidamento);
- h) Principio di **trasparenza** (valevole solo per l'affidamento);
- i) Principio di **proporzionalità** (valevole solo per l'affidamento);
- j) Principio di **pubblicità** (valevole solo per l'affidamento).

Ora, una disciplina fondata su soli principi<sup>52</sup> comporta una inequivoca complicazione, consistente nella difficoltà per tutti gli operatori del settore e, primariamente per i funzionari delle stazioni appaltanti, di individuare i "corollari applicativi" dei principi, cioè le singole disposizioni del Codice e dell'entrante nuovo Regolamento effettivamente applicabili. In altri termini, le stazioni appaltanti hanno il gravoso compito di stabilire se tutte le altre norme del Codice, oltre l'articolo 125, trovano applicazione. Il ricorso ai soli principi non è del tutto sufficiente ed esauriente, in

<sup>49</sup> Istituto in parte diverso è quello previsto dal comma 10°-ter dell'articolo 11 (termine dilatorio, a seguito di proposizione di ricorso): se viene proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva.

<sup>50</sup> "Attuazione della direttiva 2007/66/CE, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici".

<sup>51</sup> Articolo 2 del Codice.

<sup>52</sup> Oltre la scarna regolamentazione, costituita dall'articolo 125 del Codice dei contratti pubblici.

quanto ogni articolo, soprattutto quelli contenuti nella parte II<sup>^</sup> del Codice<sup>53</sup>, possono palesarsi quali “momenti di applicazione” dei richiamati principi. Ad esempio: l’articolo 75, imponente la cauzione provvisoria a garanzia della serietà dell’offerta, trova applicazione in sede di cottimo fiduciario? Tale articolo o, *rectius*, l’istituto della cauzione provvisoria, costituisce invero di taluno dei richiamati principi?

Gli esempi potrebbero essere numerosi! In pratica, in relazione ad ogni disposizione normativa del Codice, come anche dell’entrante nuovo Regolamento, si pone, in sede di cottimo fiduciario, sempre il medesimo problema: tale disposizione costituisce consacrazione applicativa dei principi? In caso di positiva risposta, la disposizione si applica. Viceversa, no.

Diversa, invece, è la disciplina di tutti i contratti sotto soglia comunitaria.

Infatti, il **comma 1° dell’articolo 121**, disciplinante i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di importo inferiore alla soglia comunitaria, stabilisce che “ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi, forniture, di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, si applicano oltre alle disposizioni della parte I<sup>^</sup>, della parte IV<sup>^</sup> e della parte V<sup>^</sup>, anche le disposizioni della parte II<sup>^</sup>, in quanto non derogate dalle norme del presente titolo”. Al fine di chiarire il significato dell’importante disposizione normativa, è possibile far ricorso al seguente schema:

- Parte I<sup>^</sup>: Principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall’ambito di applicazione del codice; articoli 1-27;
- Parte II<sup>^</sup>: Contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture nei settori ordinari; articoli 28-205;
- Parte III<sup>^</sup>: Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali; articoli 206-238;
- Parte IV<sup>^</sup>: Contenzioso; articoli 239-246;
- Parte V<sup>^</sup>: Disposizioni di coordinamento finali e transitorie – abrogazioni; articoli 247-257.

Invero, occorre osservare che il titolo II<sup>o</sup>, della Parte II<sup>^</sup>, dedicato, come già detto, ai contratti sotto soglia comunitaria, comprende anche l’articolo 125<sup>54</sup>, cioè gli “affidamenti in economia di lavori, servizi, forniture sotto soglia”. Quindi, si potrebbe pensare che anche gli affidamenti in economia, compreso il cottimo fiduciario, rientrano nella disciplina del titolo II<sup>o</sup>. Tuttavia, una tale interpretazione non sembra essere pienamente corretta, in quanto trascura il già illustrato comma 14<sup>o</sup>, dell’articolo 125, che appare introdurre una disciplina speciale. In buona sostanza, i rapporti fra le due disposizioni normative in questione (comma 1° dell’articolo 121 e comma 14° dell’articolo 125) sembra che possano essere “letti” nel seguente modo: le acquisizioni in economia, fra cui il cottimo fiduciario, costituiscono fattispecie speciale della generale categoria degli affidamenti sotto soglia, per cui sono assoggettati alla speciale e peculiare disciplina di principi ora illustrata.

## GLI INTERVENTI DELLA GIURISPRUDENZA

I giudici amministrativi sono ripetutamente intervenuti, al fine di dare concretezza a siffatta e sfuggente disciplina di principi.

Proprio il Tar Toscana, sez. I<sup>^</sup>, con la pronuncia 22 dicembre 2009, n. 3.988, ha affermato che “*Il cottimo fiduciario, di cui all’articolo 125 del D.Lgs n. 163/2006, costituisce una procedura negoziata, in cui le acquisizioni avvengono mediante affidamento a terzi (comma 4°), nelle quali l’affidamento avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori*” (comma 11°), *senza che invece risulti una generale applicabilità delle singole norme del Codice dei contratti pubblici, proprie dell’evidenza pubblica comunitaria. Siamo, quindi, in presenza di una procedura negoziata la quale, pur*

<sup>53</sup> Parte II<sup>^</sup>: Contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture nei settori ordinari; articoli 28-205.

<sup>54</sup> Precisamente: dall’articolo 121 all’articolo 125.

*procedimentalizzata, non richiede, tuttavia, il necessario rispetto dello specifico assetto disciplinare predisposto dal Codice per le procedure aperte e ristrette”.*

Sulla base di tale impostazione generale, il tribunale amministrativo fiorentino ha ritenuto che non trovano applicazione, in sede di cottimo fiduciario:

- l'articolo 83, comma 4°, del Codice, prevedente che il bando di gara e la lettera di invito, per ciascun criterio di valutazione prescelto, devono prestabilire, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi;
- l'articolo 84, comma 10°, del Codice, il quale stabilisce che la nomina della commissione deve essere disposta dopo la scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte.

Sempre il Tar Toscana, sez. I<sup>^</sup>, in una precedente pronuncia (n. 1.989/2008), aveva statuito che *“nelle procedure negoziate di cottimo fiduciario, la stazione appaltante è solo tenuta al rispetto dei principi generali di trasparenza, rotazione, parità di trattamento e previa consultazione di almeno cinque operatori economici, senza la necessaria osservanza di tutti gli specifici passaggi procedurali, in cui tali principi si inverano nelle ordinarie procedure concorsuali aperte e ristrette per come disciplinate dalle singole norme del Codice degli appalti pubblici”*. Quindi, nel cottimo fiduciario, non trovano spazio tutte le disposizioni previste per le procedure aperte o ristrette. Da ciò, ne deriva che, *“se non espressamente previste nella lettera di invito, finalizzata all'affidamento in cottimo fiduciario, non sono indispensabili la netta e rigorosa separazione tra valutazione del profilo tecnico e del profilo economico delle offerte presentate, né la predeterminazione dei criteri di valutazione dei profili qualitativi e del relativo valore ponderale”*.

Ancora, il Tar Veneto, sez. I<sup>^</sup>, ha, recentemente, affermato (sentenza n. 168/2010) che, *“in tema di composizione della commissione giudicatrice l'articolo 84, del Codice dei contratti pubblici, non è applicabile al caso di una gara per cottimo fiduciario: tale procedura è derogatoria rispetto a quella ordinaria e, in mancanza di un esplicito richiamo da parte di atti regolamentari interni (inesistente nel caso di specie) non sono quindi applicabili le disposizioni di dettaglio stabilite per le procedure ordinarie”*.

Il Tar Lazio, sez. Roma I<sup>^</sup>, nella sentenza n. 10.880/2009, ha statuito che *“l'articolo 86, comma 5°, in tema di offerte anomale<sup>55</sup>, del Codice dei contratti pubblici, in via ordinaria, non si applica alle procedure in economia di cui all'articolo 125 del Codice stesso. Ciò in considerazione delle esigenze proprie di semplificazione e di celerità che sono logicamente connesse con procedure di lieve rilievo economico”*. In tal senso, anche il Tar Lazio, sez. Roma III<sup>^</sup>, nella sentenza n. 2.286/2009, ha segnalato che *“l'articolo 86 del Codice dei contratti pubblici, (ai sensi del quale le offerte sono corredate, fin dalla presentazione, delle giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara), non costituisce un principio generale di settore e non trova quindi applicazione alle procedure economali mediante cottimo fiduciario, previste ai sensi dell'articolo 125 e ciò in considerazione delle esigenze proprie di semplificazione e di celerità che sono logicamente connesse con procedure di lieve rilievo economico”*.

Il Tar Lazio, sez. Roma III<sup>^</sup>-ter, con la sentenza 11 aprile 2011, n. 3.169, conferma la sottoposizione del cottimo fiduciario agli obblighi di comunicazione, di cui all'articolo 79, comma 5°, del Codice, sulla base del diritto di agire in giudizio (art. 24 Cost.), oltre che dei principi di trasparenza, pubblicità ed efficacia-tempestività: *“Dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 53 del 2010 l'obbligo di comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva di cui all'articolo 79, comma 5, lett. a), e la clausola standstill cui al citato (e novellato) articolo 11, comma 10, sono funzionali a garantire la tempestività e dunque l'efficacia dell'esercizio del diritto di agire in giudizio da parte dei concorrenti che si ritengono ingiustamente pregiudicati dall'esito della gara; e poiché tale obiettivo è privilegiato dall'ordinamento nazionale ed europeo rispetto alla celerità nella conclusione del contratto, appare logico ritenere che tanto i menzionati obblighi informativi*

---

<sup>55</sup> Comma abrogato dalla legge n. 102/2009. Il comma 5° prevedeva l'obbligo delle “giustificazioni preventive”.

di cui all'articolo 79, quanto la clausola standstill di cui all'articolo 11, comma 10, sono applicabili anche al cottimo fiduciario, perché finalizzati ad assicurare l'effettività di un principio fondamentale e generale nel settore dei contratti pubblici, che oltretutto non attiene specificamente alle modalità di svolgimento della procedura di affidamento, a cui fa riferimento il comma 11 dell'articolo 125”.

Ancora, il Tar Piemonte, sez. II<sup>^</sup>, nella sentenza n. 2.243/2009, ha stabilito che “il principio di pubblicità delle gare non si estende alla procedura avente ad oggetto l'acquisizione di forniture in economia ed in cottimo fiduciario, non essendo l'osservanza di tale principio previsto per essa dall'articolo 125, del codice dei contratti pubblici”.

Infine, sempre in tema di pubblicità gare: “Versandosi in tema di cottimo fiduciario, l'invocato principio di pubblicità delle gare non si estende alla procedura avente ad oggetto l'acquisizione di forniture in economia, non essendo l'osservanza di tale principio previsto dall'art. 125 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163” (Tar Friuli, 28 ottobre 2010, n. 716).

Sempre in tema di pubblicità delle gare, deve essere ricordata la recente pronuncia del TAR Sardegna, sez. I, con la sentenza 10 marzo 2011, n. 212, ove si è affermato che “il principio di pubblicità, che risponde all'esigenza di garantire la trasparenza delle operazioni di gara, opera, indipendentemente dal fatto che il bando lo preveda, in tutte le ipotesi in cui all'aggiudicazione si pervenga attraverso un'attività di tipo procedimentale, ancorché semplificata e, quindi, anche in relazione ai cottimi fiduciari”.

L'applicazione del principio in esame risulta controversa nei riguardi del cottimo fiduciario. Ciò, invero, non a causa della natura giuridica del cottimo, bensì della sua fumosa e generica disciplina. Infatti, non vi è dubbio che il cottimo fiduciario costituisce una forma di procedura negoziata senza previo bando di gara. In tal senso, militano, in modo inequivoco, gli articoli 3, comma 40, e 125, comma 4, del codice. Il “problema” del cottimo fiduciario è rappresentato dalla sua disciplina, così come regolamentata dal comma 14 dell'articolo 125: “I procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia sono disciplinati, nel rispetto del presente articolo, nonché dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal presente codice, dal regolamento”.

Dunque, il cottimo fiduciario, quale procedura negoziata in economia, risulta disciplinato dalle disposizioni normative, contenute nell'articolo 125 medesimo, e dai principi regolanti l'affidamento e l'esecuzione del contratto, previsti dall'articolo 2 del codice. Ora, fra questi principi, vi è pure quello di pubblicità. Tuttavia, come si anticipava, non risulta del tutto pacifico se, relativamente al cottimo fiduciario, tale principio comporti pure la pubblicità delle sedute di gara, cioè la loro non riservatezza. In altri termini, si discute se il principio in questione imponga la pubblicità delle sedute di gara di cottimo fiduciario, al pari delle altre procedure di scelta del contraente. Secondo un primo orientamento, le sedute di cottimo possono svolgersi anche in modo riservato:

- “Il principio di pubblicità delle gare non si estende alla procedura avente ad oggetto l'acquisizione di forniture in economia ed in cottimo fiduciario, non essendo l'osservanza di tale principio previsto per essa dall'articolo 125, del codice dei contratti pubblici” (TAR Piemonte, sez. II, n. 2243/2009).
- “Versandosi in tema di cottimo fiduciario, l'invocato principio di pubblicità delle gare non si estende alla procedura avente ad oggetto l'acquisizione di forniture in economia, non essendo l'osservanza di tale principio previsto dall'art. 125 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163”(TAR Friuli Venezia Giulia, n. 716/2010).

Ad avviso di tale orientamento, assume importanza il fatto che l'articolo 125, che disciplina le procedure in economia ed il cottimo fiduciario, non contempla il principio di pubblicità. In tal modo, si sottovaluta completamente il rinvio, che lo stesso comma 14 dell'articolo 125 compie ai “principi desumibili dal codice e dal regolamento”. Una lettura indubbiamente restrittiva, che appare preoccupata solo di valorizzare al massimo le caratteristiche di semplificazione del cottimo, dimenticando, in modo non convincente, il rinvio ai principi.

Viceversa, secondo un altro indirizzo, proprio l'assetto dei principi generali, cui anche le procedure in economia debbono ispirarsi, implica la doverosa pubblicità delle sedute di gara: *“Contrariamente a quanto la resistente amministrazione mostra di ritenere il principio di pubblicità delle sedute, che risponde all'esigenza di garantire la trasparenza delle operazioni di gara, opera, anche nei riguardi del cottimo fiduciario ed indipendentemente dal fatto che il bando lo preveda”* (TAR Sardegna, sez. I, n. 85/2011). Ciò comporta che la fase di apertura dei plichi, contenenti la documentazione amministrativa e la verifica della medesima, nonché quella di apertura delle buste con le offerte economiche, devono sempre avvenire in seduta pubblica, così da assicurare a tutti i partecipanti la possibilità di assistere alle relative operazioni, a tutela del corretto svolgimento della procedura. In precedenza, la pubblicità delle sedute era stata statuita anche dal Consiglio di Stato (sez. V, n. 8006/2010), il quale aveva rilevato che *“le procedure per l'aggiudicazione di contratti con la p.a., compresa la trattativa privata, debbono rispettare i principi di trasparenza e di adeguata pubblicità”*. Il Tar Sardegna, nella pronuncia in esame, aderisce a tale secondo orientamento, sulla base del seguente e convincente percorso argomentativo:

- a. il cottimo fiduciario, ai sensi della richiamata normativa, ha natura di procedura negoziata.
- b. il Dpr n. 384/2001 (regolamento di semplificazione dei procedimenti di spese in economia), cui fa riferimento la difesa dell'impresa controinteressata, nulla dispone in ordine alle modalità di svolgimento delle sedute di gara, per cui non è idoneo a sorreggere un'interpretazione restrittiva della portata applicativa del principio di pubblicità.
- c. diversamente opinando, peraltro, il regolamento sarebbe da disapplicare, in quanto contrastante con un principio operante a livello di norma primaria (art. 2, codice).
- d. contrariamente a quanto sostenuto dalla stazione appaltante, nessun rilievo può essere attribuito al fatto che l'allegato IX-A al codice dei contratti pubblici individui le persone ammesse ad assistere all'apertura delle offerte solo con riguardo alle procedure aperte.
- e. Infatti, il principio di pubblicità esplica una valenza generale ed opera, anche in quanto diretto a garantire la trasparenza, indipendentemente dal fatto che il bando lo preveda, in tutte le ipotesi in cui all'aggiudicazione si pervenga attraverso un'attività di tipo procedimentale, ancorché semplificata e, quindi, anche in relazione ai cottimi fiduciari.

Il secondo indirizzo, cui aderisce la sentenza in esame, appare sicuramente più convincente, oltre che per le ragioni ora illustrate, anche per due precise considerazioni.

In primo luogo, deve essere osservato che il principio di pubblicità delle sedute di gara trova applicazione anche nei settori speciali (gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica): *“Sussiste la necessità dell'obbligo di seduta pubblica anche nei settori speciali, come da ultimo più volte affermato (TAR Lombardia, sez. I, 23.9.2009 n. 4801, TAR Lombardia, sez. I, 13.10.2008 n. 4757), atteso che le medesime istanze poste a fondamento del principio di trasparenza, che hanno indotto la stazione appaltante all'apertura in seduta pubblica della documentazione amministrativa, debbano, a maggior ragione, trovare applicazione anche in sede di apertura dell'offerta economica”*(ord. TAR Lombardia, sez. Milano, 30.9.2010, n. 1.061). Quindi, se il principio trova applicazione anche nei settori speciali, contrassegnati da rilevanti peculiarità anche di disciplina, non si comprende perché non debba trovare cittadinanza in relazione al cottimo fiduciario, ricompreso nei settori ordinari.

In secondo luogo, occorre tener conto anche dell'ormai imminente disciplina regolamentare (d.P.R. 207/2010, entrante in vigore il 9 giugno 2011). Infatti, il comma 2 dell'articolo 120, ricompreso nella parte II, disciplinante i settori ordinari, stabilisce che *“in una o più sedute riservate, la commissione valuta le offerte tecniche e procede all'assegnazione dei relativi punteggi applicando, i criteri e le formule indicati nel bando o nella lettera di invito. Successivamente, in seduta pubblica, la commissione dà lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procede alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche e, data lettura dei ribassi espressi*

in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse, procede secondo quanto previsto dall'articolo 121 (calcolo della soglia di anomalia)". Appare ben chiaro che la seduta pubblica si impone sempre, a prescindere dalla tipologia di gara, mentre la seduta riservata viene confinata alla sola fase di valutazione delle offerte tecniche.

Dunque, come è ben facile arguire dalle sentenze ora riportate, il cottimo fiduciario, in considerazione delle caratteristiche di semplificazione, sembra sfuggire alle regole generali, vevoli per le ordinarie procedure di scelta del contraente. La speciale "disciplina per principi", che connota il cottimo fiduciario, appare, a ben vedere, ambivalente. Da un lato, sembra introdurre semplificazioni procedurali, in quanto non richiede espressamente il rispetto di gran parte delle disposizioni normative del Codice. Dall'altro, proprio per tale ragione, ingenera, soprattutto nelle stazioni appaltanti, il più che rilevante dubbio di commettere errori, ogni qual volta si tratta di indicare e reperire una puntuale disposizione da applicare. L'intervento della giurisprudenza è sì meritorio, in quanto contribuisce a far, in qualche modo, chiarezza, ma costituisce, al contempo, la netta dimostrazione di una disciplina incerta nei suoi confini e priva di consistenza, in quanto ancorata ai soli principi e, quindi, fortemente suscettibile di subire il rapsodico cambiamento di orientamenti da parte della giurisprudenza.

Forse, si imponeva maggior precisione e chiarezza, in sede di elaborazione legislativa!

#### LE IPOTESI DI "AFFIDAMENTO DIRETTO"

- a) **Lavori in economia, di importo inferiore a quarantamila euro** (art. 125, comma 8°, Codice). Per lavori di importo pari superiore a 40.000 euro e fino a 200.000 euro, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per lavori di importo inferiore a quarantamila euro è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.
- b) **Servizi o forniture in economia, di importo inferiore a quarantamila euro** (art. 125, comma 11°). Per servizi o forniture di importo pari o superiore a ventimila euro e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per servizi o forniture inferiori a ventimila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.

### **LE NOVITA' DEL DECRETO SVILUPPO E LE RIFLESSIONI DELL'AVCP**

Il recente "*decreto sviluppo*" (decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge 12 luglio 2011, n. 106), che ha realizzato l'ennesima disorganica incursione sul già tormentato ambito dei contratti pubblici, ha introdotto rilevanti novità, non solo in tema di procedura negoziata nel settore lavori, ma anche, e forse primariamente, in tema di requisiti e di clausole di esclusione. Non si intende sottovalutare l'importanza delle novità in tema di negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara. Infatti, occorre ammettere che, nonostante che tali novità siano limitate al sol settore lavori ed al sol ambito del sotto soglia, in quanto modificante i soli commi 7° e 7°-bis, dell'articolo 122 del Codice dei contratti pubblici<sup>56</sup>, gli effetti saranno sicuramente notevoli. Ciò, in quanto l'innalzamento della soglia di ammissibilità della procedura sino ad un milione di euro comprenderà, di fatto, gran parte dei pubblici appalti di lavori, gestiti dalle stazioni appaltanti. Tuttavia, seppur gli effetti pratici saranno notevoli, non si può nascondere il fatto che intervenire

---

<sup>56</sup> Ora riuniti in un sol comma: il 7°.

solo sulle soglie di ammissibilità non vuol dire dar luogo sicuramente ad una semplificazione, come rilevato da attenta dottrina<sup>57</sup>.

Ad ogni modo, la più declamata novità riguarda la **procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara**, relativamente ai **lavori sotto soglia comunitaria**. Precisamente, il comma 7°-bis dell'articolo 122 è stato abrogato ed il precedente 7° è stato integralmente modificato, con innalzamento della soglia economica di ammissibilità.

La nuova disposizione normativa è la seguente:

*Art. 112, comma 7°: “I lavori di importo complessivo inferiore a un milione di euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto, per lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro, ad almeno dieci soggetti e, per lavori di importo inferiore a 500.000 euro, ad almeno cinque soggetti se sussistono aspiranti idonei in tali numeri. I lavori affidati ai sensi del presente comma, relativi alla categoria prevalente, sono affidabili a terzi mediante subappalto o subcontratto nel limite del 20 per cento dell'importo della medesima categoria; per le categorie specialistiche di cui all'articolo 37, comma 11, restano ferme le disposizioni ivi previste. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, conforme all'allegato IX A, punto quinto (avviso relativo agli appalti aggiudicati), contiene l'indicazione dei soggetti invitati ed è trasmesso per la pubblicazione, secondo le modalità di cui all'articolo 122, commi 3 e 5, entro dieci giorni dalla data dell'aggiudicazione definitiva; non si applica l'articolo 65, comma 1”.*

La nuova disciplina può essere così riassunta:

- a) Riunificazione dei due originari commi 7° e 7°-bis in uno solo: il 7°.
- b) I lavori di importo complessivo inferiore a un milione di euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6°.
- c) Per i lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro, l'invito è rivolto ad almeno dieci soggetti, se sussistono aspiranti idonei in tali numeri.
- d) Per i lavori di importo inferiore a 500.000 euro, l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono aspiranti idonei in tali numeri.
- e) I lavori, relativi alla categoria prevalente, sono affidabili a terzi mediante subappalto o subcontratto nel limite del 20% dell'importo della medesima categoria; per le categorie specialistiche, di cui all'articolo 37, comma 11°, restano ferme le disposizioni ivi previste.
- f) L'avviso sui risultati della procedura di affidamento (pubblicazioni post gara) deve contenere l'indicazione dei soggetti invitati e deve essere trasmesso per la pubblicazione, secondo le modalità di cui all'articolo 122, commi 3° (profilo del committente e siti Ministero Infrastrutture ed Osservatorio) e 5° (appalti > € 500.000: Gazzetta Ufficiale e per estratto, a scelta della stazione appaltante, su almeno uno dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno uno dei quotidiani a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i lavori), entro dieci giorni dalla data dell'aggiudicazione definitiva.

L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP), già in precedenza si era occupata del modello di selezione del contraente in esame. Precisamente, con la determinazione 6 aprile 2011, n. 2, aveva fornito importanti chiarimenti, particolarmente apprezzabili per quanto concerne il cottimo fiduciario e le concrete modalità di svolgimento della procedura medesima. L'**Autorità** ritorna nuovamente sul tema, con una nuova **determinazione, la n. 8 del 14 dicembre 2011**<sup>58</sup>, proprio in quanto sollecitata dall'indicata novità normativa, come esplicitamente ammesso: “*Il presente*

<sup>57</sup> Oliveri L.: “Lavori pubblici, ennesimo restyling”, su [www.appaltiecontratti.com](http://www.appaltiecontratti.com), maggio 2011.

<sup>58</sup> Depositata presso la Segreteria del Consiglio in data 22 dicembre 2011.

*documento ha come obiettivo quello di aggiornare le indicazioni operative fornite dall'Autorità nella determinazione n. 2 del 2011 alla luce del mutato quadro normativo introdotto dal d.l. n. 70/11".*

Dunque, il predominante e quasi esclusivo tema ispiratore della nuova determinazione è, senza dubbio, costituito dal **nuovo comma 7°, dell'articolo 122, del Codice dei contratti pubblici** (D.Lgs n. 163/2006), ampiamente rivisitato dall'indicato "*decreto sviluppo*"<sup>59</sup>, riguardante proprio la procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara, relativamente ai lavori sotto soglia comunitaria.

Primaria preoccupazione dell'Autorità è evidenziare il fine della novella normativa, il quale viene individuato nell'esigenza di semplificare le procedure di affidamento dei contratti pubblici, come, invero, espressamente indicato dal Legislatore: "*Per semplificare le procedure di affidamento dei contratti di importo di modesta entità, si aumenta da 500.000 euro ad un milione di euro la soglia entro la quale è consentito affidare i lavori con la procedura negoziata senza bando a cura del responsabile del procedimento (art. 122 del codice). L'elevazione dell'importo è bilanciata, per garantire la massima concorrenzialità della procedura, con l'aumento del numero minimo dei soggetti che devono essere obbligatoriamente invitati (almeno 10 per i lavori di importo superiore a 500.000, almeno 5 per i lavori di importo inferiore)*"<sup>60</sup>. L'AVCP coglie, con apprezzabile attenzione, un nesso di equilibrio, che il Legislatore ha voluto introdurre, al fine di non far apparire l'ampliamento disposto (sino ad un milione di euro) del tutto irrispettoso dei principi concorrenziali. In buona sostanza, è stato disposto l'ampliamento<sup>61</sup>, ma, al contempo, si sono irrobustiti gli oneri di pubblicità post gara, come fra breve vedremo. Ancora, all'Autorità non sfugge il rilievo afferente la connessione della semplificazione introdotta con l'esigenza di rendere maggiormente tempestive le procedure di selezione in tema di lavori pubblici, individuato come un "*importantissimo motore per lo sviluppo del Paese*"<sup>62</sup>.

L'AVCP pone, poi, l'accento sulla necessità di non porre in essere alcuna forma di surrettizio frazionamento di un originario contratto, per il conseguimento dell'illegittimo fine di poter dar luogo ad una negoziata senza previo bando. Al riguardo, l'Autorità ricorda il divieto di artificioso frazionamento, di cui al comma 4°, dell'articolo 29, del Codice: "*Nessun progetto d'opera né alcun progetto di acquisto volto ad ottenere un certo quantitativo di forniture o di servizi può essere frazionato al fine di escluderlo dall'osservanza delle norme che troverebbero applicazione se il frazionamento non vi fosse stato*". In merito, l'Autorità segnala che una recente pronuncia della Corte dei conti individua proprio nella violazione dell'indicato divieto il configurarsi di un indice sintomatico di "*danno alla concorrenza*"<sup>63</sup>. A ben vedere, la tipologia di danno erariale, connesso a tali fattispecie, consiste nella rilevazione di un pregiudizio, non solo per la collettività ma anche per l'Amministrazione, nella scelta di contraenti senza l'effettuazione di una gara o di altra forma di evidenza pubblica. La configurazione del cosiddetto "*danno alla concorrenza*" è, tuttavia, quasi completamente frutto della elaborazione giurisprudenziale della sede lombarda della Corte dei conti. La Sezione Giurisdizionale di Milano ha, infatti, ripetutamente affermato<sup>64</sup> che la violazione delle regole della concorrenza comporta la lesione dei criteri di buon andamento ed imparzialità amministrativa, cioè dell'articolo 1, della legge n. 241/1990 oltre che dell'articolo 97 Cost., con

<sup>59</sup> Con l'articolo 4 del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, rubricato "*Costruzioni delle opere pubbliche*" sono state introdotte rilevanti novità, che, a ben vedere, non attengono al solo settore delle "costruzioni", cioè opere e lavori pubblici, ma riguardano anche i diversi settori delle forniture e dei servizi.

<sup>60</sup> Art. 4, comma 1°, *decreto sviluppo*.

<sup>61</sup> Senza dubbio, corposo e non di poco conto.

<sup>62</sup> "*L'attuale fase di crisi economica rende indispensabile l'adozione di misure di semplificazione ed accelerazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici in modo da consentire, da un lato, una rapida cantierizzazione degli interventi infrastrutturali e, dall'altro, una riduzione dell'enorme mole di contenzioso esistente in materia. La costruzione delle opere pubbliche, infatti, rappresenta un importantissimo "motore" per lo sviluppo del Paese, soprattutto se si tratta di opere di interesse strategico (legge obiettivo)*".

<sup>63</sup> Corte dei conti, sez. giur. Abruzzo, n. 23 del 20 gennaio 2011.

<sup>64</sup> Con la sentenza n. 447/2006.

riflessi sul piano della responsabilità amministrativo-contabile. Secondo questo orientamento, infatti, il cd. “*modello contrattuale conforme alle normali regole di contabilità pubblica*” si traduce in un vero e proprio obbligo di servizio, il cui *vulnus* dà luogo al c.d. danno alla concorrenza. La peculiarità di tale posta di danno erariale, rispetto ad altre tipologie, si coglie nella ricaduta, ad esempio, dell’acquisizione di beni e servizi, in mancanza della valutazione concorsuale di un adeguato numero di potenziali contraenti, in termini di maggiori costi della fornitura o di conseguimento di prestazioni qualitativamente inferiori a quelle di mercato. Quando non si voglia sostenere che il danno sarebbe *in re ipsa* nella contestata illegittimità, sono evidenti le difficoltà di quantificare in modo certo il pregiudizio economico per l’Amministrazione, talché si riscontra solitamente, in analoghe circostanze, il ricorso al criterio equitativo di cui all’articolo 1226 c.c., assumendo a parametro di riferimento una percentuale (commisurata all’utile d’impresa) di quanto è costato il contratto stipulato senza gara, da considerarsi mancato ottenimento di migliori condizioni. Una pronuncia della Sezione Piemonte<sup>65</sup> si allinea sostanzialmente all’impostazione della Sezione Lombardia, ma giunge a distinguere (e sommare) un “danno da omessa gara”, rappresentato da condizioni palesemente sfavorevoli, ed il vero e proprio “danno alla concorrenza” determinato con applicazione quasi automatica di una percentuale (5%) sul prezzo del contratto. La Sezione Umbria, nella sentenza 12 ottobre 2009 n. 122, pur non discostandosi dalle valutazioni di antiggiuridicità del mancato ricorso al mercato, che costituiscono la base della configurazione del danno alla concorrenza, ribadisce tuttavia la più restrittiva posizione in ordine alla prova della sussistenza del danno stesso. La differenza, tutt’altro che trascurabile, fra le due configurazioni, è che la Sezione Umbria<sup>66</sup> non ritiene praticabile una presunzione del danno “da differenza” e nega il risarcimento, per mancata prova del danno, quando nella prospettazione dei fatti, non vi sia prova, neppure indiziaria, che un competitore diverso dall’affidatario avrebbe somministrato il servizio a condizioni economiche più favorevoli.

Per quanto concerne il numero minimo degli operatori economici da invitare alla negoziata, l’Autorità fa rilevare che la novella normativa, in funzione pro-concorrenziale, ha previsto, anche per importi inferiori a 100.000 euro, l’obbligo di invitare almeno 5 imprese. Infatti, il nuovo testo dell’articolo 122, comma 7°, non fa più riferimento solo alle procedure negoziate, il cui valore sia stimato tra 100.000 e 500.000 euro, ma ricomprende, palesemente in maniera più ampia rispetto a quanto previsto prima<sup>67</sup>, tutte le procedure di importo inferiore ai 500.000 euro. Quindi, da un euro sino a 500.000. L’Autorità chiarisce che il numero di imprese da invitare indicato nella novella disposizione si riferisce al “minimo”; cioè: - almeno n. 10 imprese per i lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro; - almeno n. 5 imprese per i lavori di importo inferiore a 500.000 euro. Pertanto, la stazione appaltante può decidere di invitare più imprese rispetto a quanto indicato dalla disposizione normativa. E’ evidente che la scelta di invitare più imprese, rispetto al limite legale, comporta l’insorgere di effetti diretti in merito alla speditezza e semplificazione della procedura di selezione attraverso, come fa rilevare l’Autorità, l’applicazione del meccanismo dell’esclusione automatica in caso di offerta anomala. Come noto, in base al comma 9°, dell’articolo 122, del Codice, la stazione appaltante, per lavori d’importo inferiore o pari a 1 milione di euro, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, può prevedere nel bando l’esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia<sup>68</sup>. Il comma 9° prosegue, poi, disponendo che “comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci; in tal caso

<sup>65</sup> Sentenza 3 novembre 2009 n. 221.

<sup>66</sup> Come anche si riscontra in Sezione Puglia, sentenza 19 dicembre 2007, n. 768.

<sup>67</sup> Cioè, il vecchio comma 7°.

<sup>68</sup> Al riguardo, va immediatamente evidenziato che il “*decreto sviluppo*” ha introdotto all’articolo 253 il comma 20°-bis, secondo il quale le stazioni appaltanti, fino al 31 dicembre 2013, possono applicare l’esclusione automatica delle offerte anomale per appalti di importo compreso entro le soglie comunitarie.

si applica l'articolo 86, comma 3°'. Al riguardo, l'articolo 121, comma 8°, del nuovo Regolamento attuativo (Dpr n. 207/2010) chiarisce e dispone che, per i contratti di lavori da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso (di importo pari o inferiore alla soglia di cui all'art. 122, comma 9°, del Codice), qualora il numero delle offerte ammesse sia inferiore a dieci, non si procede all'esclusione automatica delle offerte, pur se prevista nel bando, ed alla determinazione della soglia di anomalia: il soggetto, che presiede la gara, chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento, ai fini dell'eventuale verifica di congruità, prevista dall'articolo 86, comma 3° del Codice. Allo stesso modo, (art. 121, comma 7° del Regolamento) nel caso in cui le offerte ammesse siano inferiori a cinque, non si procede alla determinazione della soglia di anomalia, ma all'eventuale verifica di congruità. Occorre ricordare che l'articolo 86 del Codice, dopo aver definito, nei commi 1° e 2°, i parametri di individuazione obbligatoria delle offerte anomale (verifica obbligatoria di anomalia), stabilisce al comma 3° quanto segue: "In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa". Va osservato che il riportato comma 3° introduce un principio di verifica di tipo facoltativo, avente portata generale, applicabile sia agli appalti sopra soglia che sotto soglia comunitaria, indipendentemente dal criterio di aggiudicazione prescelto dalla stazione appaltante. La giurisprudenza pone in chiara evidenza che la verifica in esame è solo facoltativa e che deve fondarsi sulla sussistenza di un *fumus*, cioè su di un sospetto di anomalia, sulla base di elementi specifici. Precisamente: "*Per ragioni di economia dei mezzi giuridici e per evitare arbitrii delle stazioni appaltanti, per attivare la verifica di anomalia facoltativa occorre che vi sia un fumus, un sospetto di anomalia, sulla base di elementi specifici*" (Consiglio di Stato, sez. VI<sup>^</sup>, n. 3.143/2009). Quindi, la concreta attivazione di tale verifica facoltativa deve necessariamente fondarsi sulla sussistenza di chiari indici di sospetto, ancorati e fondati su elementi specifici. Il Consiglio di Stato, sez. VI<sup>^</sup>, nell'importante sentenza 27 luglio 2011, n. 4.489, ha statuito quanto segue: "*Allorché non ricorrano le circostanze indicate dall'articolo 86, comma 2°, del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs n. 163/2006), quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non può imputarsi alla stazione appaltante il mancato esercizio del potere di controllo, ai sensi del successivo comma 3°, trattandosi di un potere discrezionale dell'Amministrazione*". I giudici di appello, contrastando l'indirizzo del giudice di primo grado (Tar Lazio, sez. Sez. Roma III<sup>^</sup>, n. 32.141/2010), propendono per una precisa impostazione: costituendo l'esperimento della verifica facoltativa un potere discrezionale, non è possibile imputarne alla stazione appaltante il mancato esercizio. Secondo il Consiglio di Stato, l'articolo 86 del Codice distingue tra obbligo di procedere alla verifica nei casi di anomalia individuati dalla legge (commi 1° e 2°) e facoltà della stazione appaltante di ipotizzare autonomamente, "in base ad elementi specifici", casi di anomalia diversi da quelli prestabiliti. Il 3° comma, in buona sostanza, conferisce un particolare potere di verifica, esercitabile solo presenza dei predetti elementi specifici. Precisamente: la normativa nazionale e comunitaria "*induce a ritenere che debba essere motivata la decisione di attendere alla verifica, nonostante non ricorrano le condizioni indicate dall'articolo 86, comma 2°, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non anche quella di non procedere in tal senso*". Il punto è importante. Ad avviso del CdS, deve essere motivata la decisione di esperire la verifica facoltativa, che deve essere ancorata all'imprescindibile sussistenza di elementi specifici, e non la decisione di non esperirla. Tale decisione può essere, quindi, anche priva di motivazione<sup>69</sup>. In merito alle concrete modalità di individuazione degli operatori economici da consultare, la determinazione in esame rinvia alle considerazioni svolte nella precedente determinazione n. 2/2011, confermandone la piena validità. Al riguardo, è opportuno ricordare che, al fine di poter

---

<sup>69</sup> Si tratta di una lettura della norma (comma 3°, art. 86, Codice), del tutto peculiare e diversa da quella del Tar Lazio, fondata sulla presenza del verbo "possono" (38), che viene interpretato come potere discrezionale, sottoponibile a censura e, quindi, onerato da motivazione, solo se si decide di esercitare tale potere, non di non esercitarlo. Quindi, è evidente che, secondo tale interpretazione, assumono scarso rilievo le precise condizioni di fatto, che pure, come nella concreta vicenda (ribasso del 95%), dovrebbero fortemente consigliare od imporre l'attivazione del potere o, almeno, l'esplicazione delle ragioni della mancata attivazione.

procedere ad una legittima gara informale o ufficiosa, che costituisce il secondo “stadio” della negoziata senza previo bando, occorre porre in essere un’indagine di mercato<sup>70</sup>. Ora, le concrete modalità di svolgimento dell’indagine di mercato, ad avviso dell’AVCP, possono essere le seguenti:

a) avviso preventivo<sup>71</sup>;

b) elenchi aperti di operatori economici, da non confondere con i vietati albi di fiducia<sup>72</sup>.

Tali modalità appaiono pienamente in linea con il nuovo regolamento, il quale, all’articolo 332, comma 1°, prevede, appunto, che i soggetti da consultare, nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento, sono individuati sulla base di indagini di mercato, ovvero tramite elenchi aperti di operatori economici. Le indagini di mercato, effettuate dalla stazione appaltante, possono avvenire anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico, propri o delle amministrazioni aggiudicatrici<sup>73</sup>.

Occorre distinguere, poi, le esaminate modalità di individuazione delle imprese da invitare dai criteri di scelta delle imprese da invitare alla gara informale, una volta individuate. Al riguardo, l’AVCP, nella pregressa determinazione n. 2/2011<sup>74</sup>, ritiene possibili i seguenti criteri:

a) Le esperienze contrattuali, registrate dalla stazione appaltante nei confronti dell’impresa richiedente l’invito o da invitare, purché venga rispettato il principio della rotazione<sup>75</sup>.

---

<sup>70</sup> L’Autorità, nella determinazione n. 2/2011, ricorda la stringente necessità di distinguere fra “indagine di mercato” e successiva “gara informale ad inviti”. La prima è preordinata, esclusivamente, a conoscere l’assetto del mercato, cioè i possibili potenziali offerenti ed il tipo di condizioni contrattuali, che essi sono in gado e disposti a praticare, senza alcun vincolo in ordine alla scelta finale. Viceversa, la gara informale implica anche una valutazione comparativa delle offerte, comportando, per la stazione appaltante, l’obbligo dell’osservanza dei principi di “par condicio” e trasparenza nelle lettere di invito. In altri termini, l’indagine di mercato è finalizzata ad acquisire “conoscenze”, mentre la gara informale è diretta ad individuare il miglior contraente.

<sup>71</sup> L’avviso deve indicare, come minimo, una succinta descrizione degli elementi essenziali dell’appalto e della procedura di aggiudicazione che si intende seguire, accompagnata da un invito a prender contatto, se interessati, con la stazione appaltante.

<sup>72</sup> La differenza consiste nel fatto che gli elenchi aperti sono formati sulla base di un avviso pubblico e sono sottoposti ad aggiornamento almeno annuale.

<sup>73</sup> L’Autorità afferma che *il principio di trasparenza impone di fornire, a chi vi abbia interesse e ne faccia richiesta, informazioni sulla procedura, in modo tale da consentire la presentazione di eventuali richieste di invito alla gara informale*. Si tratta di una tesi molto condivisibile, in quanto costituisce esplicitazione della teoria della “responsabilità da contatto amministrativo”, che prende le mosse dalla nota sentenza delle SS.UU. della Suprema Corte di Cassazione n. 500 del 1999, in tema di risarcibilità degli interessi legittimi. Secondo tale teoria, dal contatto, più o meno formale, tra cittadino e PA nascono obbligazioni di protezione a carico della PA ed a garanzia del cittadino; obbligazioni che, ove inadempite, danno luogo ad una responsabilità di carattere contrattuale. Di conseguenza, appare possibile affermare che, a seguito di un’espressa istanza, la stazione appaltante deve fornire informazioni in merito ad una gara informale in corso di elaborazione ed invitarla, se espressamente richiesto.

<sup>74</sup> Sempre in tale determinazione, l’Autorità, pregevolmente, chiarisce l’effettiva natura e funzione del cottimo fiduciario:

- a) Il cottimo fiduciario non può ricondursi ad una semplice attività negoziale di diritto privato, priva di rilevanza pubblicistica.
- b) Il cottimo fiduciario è un vero e reale procedimento di scelta del contraente e non, come erroneamente ritenuto in passato “una particolare modalità di retribuzione di una prestazione ricompresa in un contratto di lavoro subordinato o autonomo, stipulato attraverso una libera contrattazione della Pubblica Amministrazione con soggetti privati”.
- c) Conseguentemente, devono essere osservate regole procedurali che, seppur minime e semplificate, siano idonee a garantire il rispetto dei principi generali di imparzialità, correttezza, buona fede, logicità e coerenza della motivazione.
- d) La disciplina deve essere rinvenuta, oltre che nell’articolo 125, anche all’interno del Codice medesimo. Ciò consente, fra l’altro, di non ritenere corretta una prassi applicativa dell’istituto che dia luogo a distorsioni anti-concorrenziali, in chiara violazione della disciplina codicistica e dei suoi principi.
- e) A conferma di ciò, va rilevato che l’articolo 331 del nuovo regolamento attuativo, stabilisce che le stazioni appaltanti devono assicurare, comunque, che le procedure in economia (che sono procedure negoziate) avvengano nel rispetto del principio della massima trasparenza, temperando altresì l’efficienza dell’azione amministrativa con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza tra gli operatori economici.

<sup>75</sup> In tal senso: Tar Molise, sez. I<sup>a</sup>, n. 700/2009.

- b) L' idoneità operativa delle imprese rispetto al luogo di esecuzione dei lavori.
- c) Il sorteggio.

Al riguardo, occorre osservare che, secondo un indirizzo maggioritario<sup>76</sup>, la stazione appaltante deve invitare le imprese, che abbiano presentato un' espressa richiesta. Ad ogni modo, aderendo ad una condivisibile ottica garantistica, l' Autorità, sempre nella pregressa determinazione n. 2/2011, segnala che la stazione appaltante deve, in ogni caso, indicare nella determinazione a contrarre i criteri, che saranno utilizzati per l' individuazione delle imprese da invitare<sup>77</sup>.

Uno spazio importante viene dedicato, in sede di determinazione n. 8/2011, al principio di pubblicità, inteso come vera esplicitazione del più generale principio di trasparenza, espressamente indicato nel novello comma 7°, dell' articolo 122. Infatti, non vi può essere vera trasparenza, se non attraverso la messa in pubblicità dell' azione amministrativa, come segnalato dalla giurisprudenza<sup>78</sup>. L' attenzione dell' Autorità si concentra sugli avvisi di post-informazione (o avvisi post gara), considerati diretta esplicitazione del principio di pubblicità. L' AVCP analizza tali avvisi e li riassume come segue:

- a) Per appalti di qualsiasi importo è obbligatoria la post-informazione;
- b) E' necessario utilizzare lo schema dell' avviso di post-informazione, definito al punto 5 dell' allegato IX A;
- c) L' avviso deve contenere l' elenco dei soggetti invitati;
- d) L' avviso deve essere trasmesso per la pubblicazione entro dieci giorni dall' aggiudicazione definitiva.
- e) L' avviso sui risultati della procedura di affidamento deve essere pubblicato sul profilo di committente, ove istituito, e sui siti informatici del Ministero delle infrastrutture e sul sito informatico presso l' Osservatorio. Inoltre, gli avvisi concernenti i contratti di importo pari o superiore a cinquecentomila euro devono essere pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana – serie speciale – relativa ai contratti pubblici, sul «profilo di committente» della stazione appaltante, e, non oltre due giorni lavorativi dopo, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e sul sito informatico presso l' Osservatorio, con l' indicazione degli estremi di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.
- f) Gli avvisi sono altresì pubblicati, non oltre cinque giorni lavorativi dopo la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, per estratto, a scelta della stazione appaltante, su almeno uno dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno uno dei quotidiani a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i lavori. Gli avvisi relativi a contratti di importo inferiore a cinquecentomila euro sono pubblicati nell' albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori e nell' albo della stazione appaltante.

Dunque, ricapitolando:

- 1) per gli appalti di importo inferiore a 500.000 euro è sufficiente, oltre ai siti informatici sopra indicati (siti Ministero Infrastrutture ed Osservatorio) , la pubblicazione dell' avviso di post-informazione all' albo pretorio;

<sup>76</sup> Tar Veneto, sez. I<sup>a</sup>, n. 3.821/2003 e Tar Toscana, sez. I<sup>a</sup>, n. 4.042/2008.

<sup>77</sup> Ovviamente, in caso di avviso preventivo tali criteri devono essere specificati in tale sede.

<sup>78</sup> “Non contrasta con la natura di vero e proprio diritto soggettivo (natura che parrebbe corroborata dall' avvenuta sua inclusione nell' ambito dei livelli essenziali e delle prestazioni concernenti i diritti civili e politici ai sensi dell' art. 117 cost. e dell' art. 22 l. n. 241 del 1990, oltre che dalla riconduzione del giudizio sull' accesso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell' art. 25 comma 5 della citata l. n. 241, e dalla additabilità dello stesso quale manifestazione di un più generale diritto all' informazione vantato dai cittadini in rapporto all' organizzazione ed all' attività della p.a.) del c.d. diritto d' accesso la configurazione di tipo impugnatorio del mezzo di tutela giurisdizionale ad esso correlata ed idonea, nel contempo, ad assicurare la protezione dell' interesse giuridicamente rilevante ed a salvaguardare l' esigenza di stabilità delle situazioni giuridiche e di certezza delle posizioni dei controinteressati che sono pertinenti ai rapporti amministrativi scaturenti dai principi di pubblicità e trasparenza dell' azione amministrativa” (CdS, Ad.Pl., n. 6/2006).

- 2) per gli appalti di importo pari o superiore a 500.000 ed inferiore ad un milione di euro, è richiesta, invece, la pubblicazione dell'avviso di post-informazione sulla Gazzetta Ufficiale, e, per estratto, a scelta della stazione appaltante, su almeno uno dei principali quotidiani a diffusione azionaria e su almeno uno dei quotidiani a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i lavori.

Il tutto entro il termine di dieci giorni dalla data del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

In tema di pubblicazioni, l'AVCP opportunamente segnala il DPCM del 26 aprile 2011, disciplinante le modalità di pubblicazione nei siti informatici delle Pubbliche amministrazioni di atti e provvedimenti afferenti a procedure di evidenza pubblica, oltre che di bilanci. Il DPCM stabilisce che la pubblicazione deve garantire la conformità delle informazioni pubblicate sui siti informatici a quelle contenute nei documenti originali, l'autenticità e l'integrità nel tempo del documento amministrativo informatico, la fruibilità delle informazioni pubblicate in rete in modalità gratuita e senza necessità di identificazione informatica dell'utente, la consultazione dei documenti generati attraverso formati standard<sup>79</sup>, la facile reperibilità delle informazioni. Precisamente, le stazioni appaltanti pubblicano i bandi, gli avvisi e gli esiti di gara sul proprio profilo di committente (proprio sito istituzionale) in una apposita sezione dedicata, denominata "bandi di gara", direttamente raggiungibile dalla *home page*, dotata di caratteristiche di indirizzabilità e di ergonomia tali da consentire un'immediata e agevole consultazione. I bandi, gli avvisi e gli esiti di gara devono essere pubblicati in base alla tipologia degli stessi, distinta per bandi di lavori, per bandi di servizi e per bandi di forniture, cui sono collegati i relativi avvisi di aggiudicazione. I bandi e gli avvisi di gara sono pubblicati nei termini previsti dal Codice per ciascuna tipologia di procedura di affidamento e restano consultabili fino alla data di scadenza del bando o dell'avviso. Gli esiti di gara sono pubblicati nei termini previsti dal Codice e restano consultabili fino a tutto il centottantesimo giorno successivo alla data di pubblicazione dell'esito. I bandi ed avvisi di gara scaduti confluiscono automaticamente in un'apposita sezione dedicata, denominata "bandi di gara scaduti", e restano consultabili fino a tutto il centottantesimo giorno successivo alla data di pubblicazione del relativo esito di gara.

In merito alla questione dell'obbligo motivazionale per il ricorso alla procedura negoziata senza previo bando di gara, l'Autorità afferma quanto segue: *"Al riguardo si ribadisce quanto già specificato nella determinazione n. 2 del 2011 sulla necessaria sottoposizione delle norme di cui all'art. 122 del Codice ai principi generali del diritto amministrativo da cui discende a sua volta l'obbligo per la stazione appaltante di fornire, nella delibera a contrarre, una spiegazione delle ragioni che l'hanno indotta ad optare per l'adozione della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara atteso che il Codice, nell'art. 122, è formulato in modo da consentire all'amministrazione di effettuare una scelta in tal senso, ma non esprime in alcun modo un obbligo"*. Invero, al riguardo, è opportuno un chiarimento, precisamente una distinzione fra sussistenza dei presupposti di applicazione della negoziata e motivazione della facoltà di adottare, laddove possibile, la negoziata medesima. L'articolo 54 del Codice, dopo aver chiarito che i modelli ordinari<sup>80</sup> di scelta del contraente sono la procedura aperta e la procedura ristretta, al comma 4° stabilisce che "nei casi e alle condizioni specifiche espressamente previste, le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante una procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara". In altri termini, si stabilisce che le procedure negoziate sono utilizzabili solo in presenza delle condizioni specifiche espressamente previste. Quindi, il primo compito della stazione appaltante, se intende utilizzare il facoltativo modello della procedura negoziata, è quello di accertare la necessaria presenza dei presupposti applicativi. Tale accertamento deve avvenire attraverso una puntuale indicazione ed esplicitazione dei presupposti medesimi. Nel caso dell'articolo 122, comma 7° trattasi, come illustrato, di presupposti meramente numerici (appalti di importo sino ad un dato valore). Sussistendo tali presupposti, insorge il profilo della

---

<sup>79</sup> Precisamente, ISO 32000 o altri formati aperti conformi agli standard internazionali.

<sup>80</sup> Ordinari, cioè non necessitanti di alcuna motivazione.

“facoltà”, cioè la facoltatività della procedura negoziata, che non è mai obbligatoria. Ora, l’esercizio di tale facoltà può essere anche accompagnato da una motivazione, che non può che ridursi anche a mere clausole di stile. In altri termini, ciò che non convince della tesi dell’Autorità è il fatto che esigere una vera motivazione della scelta facoltativa, da sottoporre poi eventualmente ad un sindacato, non ha senso, in quanto appare difficile censurare in modo penetrante l’esercizio di una facoltà, che appare alquanto “libera” nel suo contenuto. Esigere una vera motivazione non vuol dire altro che costringere ad una motivazione di puro stile<sup>81</sup>, del tutto insoddisfacente.

## UNA TIMIDA APERTURA PER LA “PROROGA CONVENZIONALE”?

*“Occorre distinguere l’ipotesi, in cui la possibilità di proroga non è stata espressamente indicata nella lex specialis, da quella in cui il bando contempla detta eventualità, facendone discendere, in tale seconda ipotesi, la possibilità che le amministrazioni motivatamente dispongano la proroga dei rapporti in corso. In tal caso, detta ultima opzione dovrà essere analiticamente motivata, dovendo essere chiarite le ragioni per le quali si sia stabilito di discostarsi dal principio generale della gara”.* E’ quanto statuito dal **Consiglio di Stato, sez. VI<sup>^</sup>, 24 novembre 2011**, nella sentenza **n. 6.194**, con quale, in controtendenza rispetto alla più recente giurisprudenza, si manifesta una timida apertura per la “proroga convenzionale”.

Per comprendere appieno il contenuto della pronuncia in esame, occorre analizzare l’articolo 23 della legge n. 62/2005 (legge comunitaria 2004)<sup>82</sup>, normativa che trae il suo fondamento dalla procedura di infrazione 2003/2110, ex art. 226 del Trattato CE, posta in essere nei confronti dell’Italia<sup>83</sup>. Come si vede, le originarie censure di “incompatibilità comunitaria” hanno colto nel segno, inducendo il Legislatore nazionale, fortemente condizionato dalla procedura di infrazione in essere, ad agire con un intervento abrogativo. Il comma 1° dell’articolo 23 dispone la soppressione del solo ultimo periodo dell’articolo 6, comma 2°, della legge n. 537/1993, e successive modificazioni, cioè l’abrogazione dell’istituto del rinnovo espresso, ivi contemplato e disciplinato. Restano, invece, vigenti, il divieto di rinnovo tacito, in quanto normato dal primo periodo del citato comma 6, comma 2°, fatto salvo, e la clausola di revisione periodica del prezzo, di cui al comma 4° dell’articolo 6. Il comma 2° si occupa della proroga, disciplinandola in modo alquanto severo. Al riguardo, occorre procedere ad una distinzione fra rinnovo e proroga. Secondo i principi generali del diritto civile, per “rinnovo” del contratto si intende la formalizzazione di un nuovo rapporto tra le

<sup>81</sup> Ad esempio: “*Al fine di individuare, con tempestività, il contraente, si ritiene opportuno ....*”.

<sup>82</sup> Legge n. 62/2005 - Art. 23. Disposizioni in materia di rinnovo dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi: **1.** L’ultimo periodo dell’articolo 6, comma 2, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, e successive modificazioni, è soppresso. **2.** I contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. **3.** (abrogato dall’articolo 28 della legge n. 13 del 2007)

<sup>83</sup> Infatti, nella relazione di accompagnamento alla comunitaria 2004, le motivazioni dell’intervento “demolitorio” sono espresse in maniera sin troppo chiara: “La Commissione europea ha censurato le disposizioni recate dall’articolo 6, comma 2 della Legge n. 537/1993, come sostituito dall’art. 44 della L. n. 724/1924. Il citato comma 2, in particolare, pur vietando il rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, prevede altresì che ..... La Commissione europea ha ritenuto che tali disposizioni consentirebbero alle amministrazioni pubbliche di attribuire, in modo diretto e senza ricorrere ad alcuna procedura di messa in concorrenza, nuovi appalti di servizi e di forniture, che verrebbero così affidati mediante procedure non coerenti con il diritto comunitario. Si verificherebbe un contrasto con i principi recati dalle direttive 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, e n. 93/36/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, rispettivamente, in materia di appalti pubblici di servizi e di forniture. Inoltre, tale normativa si collocherebbe in contrasto con i principi di non discriminazione e di trasparenza, preordinati ad assicurare le libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, contemplate dagli artt. 43 e 49 del Trattato CE. .... Stante un’obiettivo incertezza interpretativa, anche nella giurisprudenza dei giudici superiori, si rende utile l’emanazione di apposita norma interpretativa, che consente di porre termine alla procedura d’infrazione”.

parti, in sostituzione di quello precedentemente in essere, e da questo diverso, in parte, anche nel contenuto. In altri termini, con il rinnovo, si dà luogo ad una rinnovazione del contratto, cioè ad un nuovo contratto, il quale presenta diversi elementi di differenziazione e di autonomia rispetto al contratto pregresso (diverse clausole e diverso contenuto). Viceversa, la proroga del contratto comporta soltanto una prosecuzione temporale del medesimo, lasciando inalterato il restante contenuto del contratto. Con la proroga, le parti si limitano a modificare solo la durata del rapporto, mantenendo fermi tutti i patti e le condizioni, precedentemente sussistenti. Il comma 3° disciplinava una fattispecie di proroga speciale, riferita ai contratti che hanno ad oggetto lo svolgimento di funzioni e servizi pubblici privi di rilevanza economica. Occorre osservare che il predetto comma 3° è stato abrogato dall'articolo 28, della legge n. 13/2007 (legge comunitaria 2006). Veniva, dunque, stabilito che tali contratti, se in scadenza nei sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, possono essere prorogati, per una sola volta, per un periodo di tempo non superiore alla metà dell'originaria durata contrattuale, a condizione che venga concordata una riduzione del corrispettivo pari ad almeno il 5%. Ad ogni modo, la durata di tali contratti, seppur prorogati, non poteva superare la data del 31 dicembre 2008.

All'indomani dell'articolo 23 della legge n. 62/2005, non si è avuto più alcun dubbio in merito alla non possibilità di poter invocare l'istituto del rinnovo espresso, previsto dalla legge n. 537/1993. Invero, è stata avanzata la tesi, secondo cui la stazione appaltante può procedere al rinnovo, se tale facoltà è stata prevista in sede di disciplinare di gara. Precisamente, il dibattito in merito ad un possibile rinnovo espresso convenzionale, si è riaperto ed ha dato luogo a nuovi sviluppi, in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale<sup>84</sup>, ove si è affermato che *“qualora una stazione appaltante abbia inserito nel capitolato di gara una clausola di rinnovo opzionale del contratto per 24 mesi, è rilevabile come nella specie più di un rinnovo in senso stretto si sia prevista, in realtà, una proroga del contratto (spostamento in avanti del termine di scadenza del rapporto) e come, in ogni caso, tale proroga opzionale sia stata inserita nell'oggetto della gara e anche su essa vi è stato il confronto concorrenziale; ne discende che la proroga citata non contrasta con il principio comunitario che vieta alle amministrazioni (in modo diretto o indiretto) di attribuire, senza procedura di gara, un appalto di servizi e forniture”*. Il Tar Veneto, a conferma delle proprie statuizioni, afferma che è lo stesso Codice dei contratti pubblici, che, implicitamente, ammette il rinnovo del contratto, laddove all'articolo 29, comma 1°, prevede che il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto.

Tuttavia, la giurisprudenza successiva ha negato legittimità al rinnovo ed alla proroga convenzionale. Il Tar Liguria<sup>85</sup>, traendo spunto da un pregresso orientamento giurisprudenziale<sup>86</sup>, ha statuito che *“in tema di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto, non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, ma vige il principio che, salvo espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara”*. Tale orientamento è stato confermato da una successiva pronuncia: *“In tema di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto di servizi o di forniture non vi è spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, ma vige il principio inderogabile che la pubblica Amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara, salvo la limitata facoltà di proroga prevista dall'art. 23, secondo comma, l. 18 aprile 2005 n. 62, a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge”* (Tar Puglia, sez. Lecce II<sup>^</sup>, 6 agosto 2009, n. 1.999).

<sup>84</sup> Tar Veneto, sez. I<sup>^</sup>, 25 novembre 2008, n. 3.637.

<sup>85</sup> Tar Liguria, sez. II<sup>^</sup>, 9 gennaio 2009, n. 34. Confermata da un'equivalente e successiva pronuncia: Tar Liguria, sez. II<sup>^</sup>, 21 gennaio 2009, n. 81.

<sup>86</sup> Consiglio di Stato, sez. V<sup>^</sup>, n. 3.391/2008.

L'orientamento restrittivo è stato confermato dal Tar Lazio (sez. Latina I<sup>^</sup>), il quale, nella sentenza n. 310/2011, ha affermato che *“Nella materia del rinnovo o della proroga dei contratti pubblici di appalto non vi è spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, in relazione alla normativa inderogabile stabilita dal legislatore per ragioni di interesse pubblico; al contrario, vige il principio in forza del quale, salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'Amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara”*. Ancor più recentemente, il Consiglio di Stato, sez. V<sup>^</sup>, nella sentenza 7 aprile 2011, n. 2.151, ha ben evidenziato che *“L'eliminazione della possibilità di provvedere al rinnovo dei contratti di appalto scaduti, disposta con l'articolo 6 della legge n. 537/1993 e poi con l'articolo 23 legge 62/2005 al fine di adeguare l'ordinamento interno ai precetti comunitari, ha valenza generale e portata preclusiva di opzioni ermeneutiche ed applicative di altre disposizioni dell'ordinamento che si risolvono, di fatto, nell'elusione del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici”*: In altri termini, la stazione appaltante non può crearsi, attraverso la previsione di una specifica clausola nel bando di gara o nella lettera di invito, una zona franca di elusione dai chiari divieti di legge. Infatti, ad avviso del CdS, *“solo rispettando il canone interpretativo appena indicato, si assicura l'effettiva conformazione dell'ordinamento interno a quello comunitario, che considera il rinnovo e la proroga come un contratto originario necessitante della sottoposizione ai canoni di evidenza pubblica. Inoltre, sempre il Consiglio di Stato consente invece, la “proroga tecnica”, cioè quella strettamente connessa e legittimata dall'intenzione di operare un differimento temporale dell'appalto, onde poter indire una gara: “In definitiva la legislazione vigente, partendo dal presupposto che la procrastinazione meccanica del termine originario di durata di un contratto sottrarrebbe in modo intollerabilmente lungo un bene economicamente contendibile alle dinamiche fisiologiche del mercato, non consente di procedere al rinnovo o alla proroga automatica dei contratti in corso, ma solo alla loro proroga espressa per il tempo strettamente necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica”*.

Dunque, in questo scenario di chiaro e palese disfavore verso qualunque ipotesi di proroga o rinnovo, anche convenzionale, si inserisce la recentissima pronuncia del Consiglio di Stato, n. 6.194/2011.

Il Ministero dell'interno indiceva una gara, per l'affidamento dell'appalto dei servizi di pulizia presso varie sedi dei Vigili del Fuoco. Il provvedimento di indizione veniva impugnato dall'impresa precedente affidataria dell'appalto, lamentante la sussistenza di un proprio interesse al rinnovo dell'appalto. Precisamente, il bando di gara, in base al quale era stata selezionata in precedenza l'impresa ricorrente, presentava una clausola, prevedente la facoltà di affidare l'appalto al medesimo contraente per il successivo triennio. Sulla base di tale clausola, l'impresa presenta un'istanza di rinnovo, che viene denegata dal Ministero, anche per il sopravvenire (siamo nel 2005) del già illustrato articolo 23 della legge n. 62/2005. L'impresa, a questo punto, impugna il diniego e l'indizione della gara. Il Tar Lazio, sez. I<sup>^</sup>-bis, con la sentenza n. 1.786/2006, rigetta il ricorso, affermando che *“le procedure concorsuali per la scelta del contraente, da parte della Pubblica amministrazione, rappresentano la regola orientativa cardine del proprio agire nella scelta del privato contraente; mentre la trattativa privata costituisce l'eccezione e, quindi, è suscettibile di essere legittimamente scelta laddove ricorrano le condizioni ed i presupposti di legge”*. Avverso tale pronuncia, ricorre il appello l'impresa, lamentando la propria pretesa giuridicamente tutelabile, in quanto derivante dall'ipotesi di rinnovo, prevista in sede di bando di gara. Il Consiglio di Stato, conferma la sentenza di primo grado, sulla base di un'articolata analisi.

I giudici amministrativi di appello, in via preliminare, precisano che il principio del divieto di rinnovo dei contratti di appalto scaduti, stabilito dall'articolo 23 della legge n. 62/2005, ha valenza generale e preclusiva delle altre e contrarie disposizioni dell'ordinamento<sup>87</sup>. Tuttavia, dopo tale

---

<sup>87</sup> Ciò, anche in aderenza ad una chiara e pregressa giurisprudenza; Consiglio di Stato, sez. IV<sup>^</sup>, n. 6.462/2006).

precisazione, il CdS afferma che occorre distinguere due ipotesi, che possono essere così sintetizzate:

- a) Il disciplinare di gara prevede la possibilità di una proroga;
- b) Il disciplinare di gara non prevede la possibilità di una proroga.

A fronte di tali due ipotesi, diversa è la condotta ipotizzabile della stazione appaltante. Infatti, nel primo caso, non è possibile alcuna proroga; nel secondo caso, invece, è possibile, pur se attraverso una puntuale e rigorosa motivazione. Il CdS afferma: *“Costituisce principio consolidato che anche laddove una tal previsione (la clausola sub a) sia contenuta nella lex specialis, essa potrebbe, al limite ed, consentire una limitata deroga al principio del divieto di rinnovo, purché con puntuale motivazione l’amministrazione dia conto degli elementi che conducono a disattendere il principio generale. Secondo i giudici amministrativi, il rapporto tra la regola, rappresentata dall’indizione della gara, e l’eccezione, rappresentata dalla proroga convenzionale, si riflette sul contenuto della motivazione: “Se l’amministrazione opta per l’indizione della gara, nessuna particolare motivazione è necessaria. Non così, invece, se si avvale della possibilità di proroga prevista dal bando. Detta ultima opzione dovrà essere analiticamente motivata, dovendo essere chiarite le ragioni per le quali si sia stabilito di discostarsi dal principio generale”.*

Pertanto, secondo il CdS, venendo alla concreta fattispecie, non può che risultare come l’operato dell’Amministrazione sia esente da censure, in quanto essa ha applicato la regola ordinaria della gara, che prevede l’esperienza del procedimento di evidenza pubblica al cessare del contratto in corso. Fra l’altro, si osserva che, *“posto che il dovere di bandire la nuova gara scaturiva dalla legge, nessuna garanzia infraprocedimentale doveva essere assicurata all’appellante. Ciò, in quanto i contratti, di cui l’appellante era parte, erano venuti in scadenza, perciò non è possibile ravvisare in capo al medesimo una posizione qualificata (quasi un “diritto di insistenza”) da tutelare sotto il profilo infraprocedimentale”.*

Al riguardo, come ben chiarito dalla giurisprudenza<sup>88</sup>, occorre distinguere la semplice previsione della possibilità di proroga, prevista in un bando o in una lettera di invito, dall’ipotesi di procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara, prevista dall’articolo 57, comma 5°, lettera “b” del Codice dei contratti. Infatti, si fa osservare che la fattispecie di negoziata, *“correttamente e restrittivamente interpretata, può operare solo se è sufficientemente chiaro a priori che ne ricorra il presupposto applicativo, e non invece se occorra una profonda e complessa indagine comparativa e di mercato per giungere ad una siffatta conclusione. La logica insita nella norma, che eccezionalmente deroga al principio della gara, è quella di non imporre una gara, appunto, il cui esito sia pressoché scontato a priori perché solo un operatore è in grado di assicurare la prestazione richiesta”*<sup>89</sup>.

La pronuncia in esame sembra aprire, dunque, alla possibilità di inserire, in sede di disciplinare di gara, una clausola di proroga. La clausola, ovviamente, non può prevedere un “obbligo” di proroga, in quanto darebbe luogo ad un periodo temporale certo sin dall’inizio. La clausola, allora, non può che prevedere una “facoltà” di proroga, che, ad avviso del CdS, non può che essere corredata da una *“puntuale motivazione, idonea a dar conto degli elementi, che conducono a disattendere il principio generale della gara”.* La precisazione della necessità dell’onere motivazionale appare essenziale. Infatti, in assenza di una rigorosa motivazione, non si comprenderebbe perché si preferisce prorogare un appalto in scadenza (realizzando l’interesse dell’operatore economico!) e non seguire la “strada maestra” della gara. E’ evidente che, in assenza di una forte motivazione, ogni illazione o sospetto risulterebbe legittimo!

In aderenza a tale pronuncia, si è espresso il Tar Liguria: *“Costituisce jus receptum (cfr. ad es. CdS 6194/2011) l’orientamento per cui il principio del divieto di rinnovo dei contratti di appalto scaduti, stabilito dall’art. 23, l. 18 aprile 2005 n. 62, ha valenza generale e preclusiva sulle altre e contrarie disposizioni dell’ordinamento. Costituisce ancora principio consolidato che, anche*

<sup>88</sup> Tar Lazio, sez. Roma III<sup>^</sup>, n. 286/2010 e Tar Lazio, sez. Latina I<sup>^</sup>, n. 310/2011.

<sup>89</sup> Tar Lazio, sez. Latina I<sup>^</sup>, n. 310/2011.

*laddove la possibilità di proroga sia prevista nella lex specialis , essa potrebbe, al limite, consentire una limitata deroga al principio del divieto di rinnovo, purché con puntuale motivazione l'Amministrazione dia conto degli elementi che conducono a disattendere il principio generale. Tale rapporto tra regola ed eccezione si riflette sul contenuto della motivazione, per cui se l'Amministrazione opta per l'indizione della gara, nessuna particolare motivazione è necessaria, non così invece se ci si avvale della possibilità di proroga prevista dal bando; Detta ultima opzione deve essere analiticamente motivata, dovendo essere chiarite le ragioni per le quali si sia stabilito di discostarsi dal principio generale” (Tar Liguria, sez. II<sup>^</sup>, n. 430 del 28 marzo 2012).*

#### **LA “PROROGA TECNICA”**

*“L’eliminazione della possibilità di provvedere al rinnovo dei contratti di appalto scaduti, disposta con l’art. 6 della legge n. 537/1993 e poi con l’art. 23 legge 62/2005 al fine di adeguare l’ordinamento interno ai precetti comunitari, ha valenza generale e portata preclusiva di opzioni ermeneutiche ed applicative di altre disposizioni dell’ordinamento che si risolvono, di fatto, nell’elusione del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici. Solo rispettando il canone interpretativo appena indicato, infatti, si assicura l’effettiva conformazione dell’ordinamento interno a quello comunitario che considera il rinnovo e la proroga come un contratto originario necessitante della sottoposizione ai canoni di evidenza pubblica, mentre, accedendo a letture sistematiche che limitino la portata precettiva del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici scaduti e che introducano indebite eccezioni, si finisce per vanificare la palese intenzione del legislatore di adeguare la disciplina nazionale in materia a quella europea. In definitiva la legislazione vigente, partendo dal presupposto che la procrastinazione meccanica del termine originario di durata di un contratto sottrarrebbe in modo intollerabilmente lungo un bene economicamente contendibile alle dinamiche fisiologiche del mercato, non consente di procedere al rinnovo o alla proroga automatica dei contratti in corso, ma solo alla loro **proroga espressa per il tempo strettamente necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica**” (Consiglio di Stato, sez. V<sup>^</sup>, 7 aprile 2011, n. 2151).*

#### **LE “CLAUSOLE TERRITORIALI” E LE ALTRE FORME DI “LOCALIZZAZIONE” DEI BANDI E DELLE LETTERE DI INVITO: I DUBBI DELLA GIURISPRUDENZA E DELL’AUTORITÀ DI VIGILANZA.**

*“Nel bando di gara, per l’affidamento dell’appalto del servizio di gestione di centri di aggregazione per minori, non è conforme alla normativa vigente la previsione, tra gli elementi di valutazione della qualità del servizio offerto, di clausole di territorialità, quali la presenza di sedi operative nell’ambito del territorio del distretto, le esperienze documentate sul territorio del distretto nell’ultimo triennio a seconda della durata del servizio oggetto dell’appalto, i protocolli o altro tipo di rapporti di rete già stabilito con enti ed istituzioni del territorio distrettuale per servizi inerenti all’oggetto dell’appalto. Siffatte clausole, qualificate come parametri di valutazione, non rispettano i principi di ragionevolezza, parità di trattamento e di libera concorrenza, di cui all’articolo 2, comma 1°, del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 163/2006)”. E’ quanto affermato dall’Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici (AVCP), nel lucido **parere** di precontenzioso del **6 ottobre 2011, n. 175**.*

Il Comune di Paternò indiceva una gara, per l’affidamento del servizio relativo ai “Centri di aggregazione per minori”. La Confcooperative di Catania, a nome dei propri associati, censura la presenza, in sede di bando di gara, di tre “clausole di territorialità”, qualificate ed utilizzate come parametri di valutazione della qualità, nell’ambito del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Precisamente, le clausole contestate sono le seguenti:

- a) la presenza di sedi operative nell’ambito del territorio del distretto;

- b) le esperienze documentate sul territorio del distretto nell'ultimo triennio a seconda della durata del servizio oggetto dell'appalto;
- c) i protocolli o altro tipo di rapporti di rete già stabilito con enti ed istituzioni del territorio distrettuale, per servizi inerenti all'oggetto dell'appalto.

Occorre precisare, al riguardo, che vengono qualificate come “clausole di territorialità” quelle che introducono effetti di ammissione o di preferenza in una gara pubblica, sulla base della sussistenza di elementi di collegamento o di connessione fra l'operatore economico ed un dato territorio. Nella concreta vicenda, gli elementi di connessione sono ben tre: radicamento nel territorio, attraverso la presenza di reti operative; esperienza di precedenti appalti sul territorio; stipula di protocolli od atti equivalenti con istituzioni territoriali.

Ad avviso della Confcooperative, le indicate clausole violano i principi comunitari di libera concorrenza e di parità di trattamento. A seguito di tali censure, il Comune richiede un parere di precontenzioso.

L'Autorità di Vigilanza condivide le censure di Confcooperative e principia la sua analisi, evidenziando che, già in precedenza, si era occupata di siffatte clausole. Infatti, in precedenti pareri (n. 251/2008 e 116/2009), l'AVCP aveva affermato che è indubbio che la stazione appaltante è titolare di un ampio margine di discrezionalità tecnica nell'individuare i parametri di valutazione, in sede di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tuttavia, tale discrezionalità deve rispettare i principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, onde scongiurare il rischio di abusi. Di conseguenza, i requisiti od i parametri di valutazione, privilegiano, direttamente o indirettamente, le imprese locali si pongono in violazione dei principi comunitari in tema di concorrenza e parità di trattamento, nonché di libera circolazione.

Chiarito tale concetto generale, l'AVCP ritiene, pervenendo ad un'analisi di dettaglio, che le clausole adoperate dal Comune di Paternò vanno incontro ad una chiara e duplice critica.

In primo luogo, tali clausole non risultano idonee a soddisfare l'interesse primario della stazione appaltante ad individuare il miglior offerente. Infatti, i tre parametri di valutazione contestati esulano completamente dal “merito” dell'offerta tecnica, in quanto non incidono sulla reale qualità del servizio da prestare. A conferma di ciò, l'Autorità fa rilevare che, dalla documentazione in suo possesso, risulta chiaramente che la stazione appaltante ha preso in considerazione, ai fini della valutazione della qualità dell'offerta, il mero possesso degli elementi indicati nelle clausole, senza valutare affatto l'eventuale influenza degli stessi sulle prestazioni contrattuali poste in gara e da eseguire. Quindi, le contestate clausole si risolvono in mero collegamento formale con il territorio, privo di qualsivoglia manifestazione di maggiore qualità. Sempre il relazione al “merito” dell'offerta tecnica, occorre osservare che le clausole risultano non conformi all'articolo 83, comma 1°, del Codice, in quanto non appaiono pertinenti con l'oggetto dell'affidamento in esame. Ciò è dimostrato dal fatto che il Comune ha inserito le medesime clausole, oggetto di contestazione, in tre distinti bandi relativi all'affidamento di servizi differenti: attività educativa; assistenza domiciliare anziani e disabili; centri di aggregazione per minori. Ad avviso dell'Autorità, è palese l'illogicità della condotta complessiva del Comune, in quanto i servizi diversi dovrebbero avere, a monte, prestazioni diverse e, quindi, anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica diversi. Ciò che, invece, non è stato!

In secondo luogo, tali clausole determinano un ingiustificata disparità di trattamento tra gli operatori. Infatti, deve essere rilevato che la valutazione del possesso di sedi operative nel territorio del distretto, della pregressa esperienza nel territorio e di protocolli o di un sistema di rete sul territorio, produce un sol ed illegittimo effetto: privilegiare le imprese locali, compromettendo, di fatto, la libera concorrenza degli operatori economici, senza trovare alcuna ragionevole ragione d'essere nella necessità di tutelare il primario interesse della stazione appaltante, cioè la ricerca e l'individuazione della migliore offerta.

Infine, l'AVCP si preoccupa anche di demolire un elemento difensivo, avanzato dal Comune. Precisamente, la stazione appaltante aveva affermato che le clausole censurate sono state redatte in conformità all'articolo 4, comma 2°, lett. e), del DPCM del 30 marzo 2011, recante “*Atto di*

*indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona previsti dall'art. 5 della Legge 8 novembre 2000 n. 328*", in virtù del quale *"i Comuni procedono all'aggiudicazione dei servizi di cui al comma 1 sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tenendo conto in particolare dei seguenti elementi qualitativi: a) le modalità adottate per il contenimento del turn over degli operatori; b) gli strumenti di qualificazione organizzativa del lavoro; c) la conoscenza degli specifici problemi sociali del territorio e delle risorse sociali della comunità"*. Al riguardo, l'AVCP è perentoria ed osserva che il DPCM fa riferimento ad elementi di *conoscenza degli specifici problemi sociali del territorio e delle risorse sociali della comunità*, che costituiscono "cosa" ben diversa dalle clausole utilizzate. Infatti, tali clausole esprimono elementi "statici" (sedi operative, esperienze pregresse e stipula di atti), che ben poco hanno a che vedere con la conoscenza delle problematiche sociali del luogo.

L'analisi condotta dall'Autorità di Vigilanza è pienamente condivisibile ed affonda le sue radici, come già anticipato, in pregressi provvedimenti adottati in precedenza dall'Autorità medesima.

Infatti, nel comunicato del Presidente dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici del 20 ottobre 2010, si richiama l'attenzione sulle cattive prassi della stazioni appaltanti di inserire, nei bandi di gara o nelle lettere di invito, clausole contrastanti con i principi di uguaglianza, non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza. L'AVCP afferma di aver accertato che, sovente, le amministrazioni aggiudicatrici, al fine di accordare preferenza alle imprese operanti sul territorio, richiedono, quale requisito di partecipazione, il possesso della sede legale nel territorio, ovvero assegnano un punteggio maggiore all'offerta tecnica di chi svolge servizi/ esperienze nel territorio. Le limitazioni territoriali, ai fini della partecipazione alle gare e/o valutazione delle offerte, contrastano con i principi di derivazione costituzionale e comunitaria, che vietano ogni discriminazione *ratione loci*. In particolare, il criterio di scelta, che privilegia le imprese aventi sede, anche operativa, nel territorio di una determinata regione è da rigettare, perché produce un vantaggio svincolato dalle caratteristiche strutturali dell'impresa, dalla sua efficienza e capacità, in violazione dei principi che fondano il mercato concorrenziale, e determina un'inutile penalizzazione dell'operatore economico, capace di offrire il prezzo minore e la migliore qualità del servizio.

Sull'argomento è intervenuta anche la Corte costituzionale. Nella sentenza n. 440/2006, è stato statuito che *"le norme delle leggi regionali, che discriminano le imprese mediante la localizzazione territoriale, contrastano con il principio di uguaglianza e con il principio in base al quale la Regione non può adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose, e non può limitare il diritto dei cittadini di esercitare in qualunque parte del territorio nazionale la loro professione, impiego o lavoro"*.

Anche la giurisprudenza amministrativa si è occupata della questione.

Il Consiglio di Stato, sez. V<sup>^</sup>, nella sentenza n. 28/2006, ha affermato che non è valida la clausola del bando di gara, che conferisce preferenza alle imprese aventi sede nel territorio della stazione appaltante. Il CdS evidenzia come siffatta clausola *"si ponga in conflitto con i valori della parità di trattamento tra i concorrenti e della proporzionalità dell'azione amministrativa, non soltanto per la rilevanza ponderale nella fattispecie assegnata al requisito (in grado di assorbire, laddove riconosciuto nella misura massima consentita, ben il 40% dei punti totali assegnabili per il "curriculum aziendale"), ma, soprattutto, perché espressione di un uso distorto della discrezionalità amministrativa. Fra l'altro, la sensibile preferenza accordata alle sole imprese localizzate su un determinato territorio a scapito di tutte le altre partecipanti non sia, peraltro, giustificata da alcun nesso di strumentalità necessaria rispetto al conseguimento dell'interesse pubblico primario alla selezione del concorrente provvisto della migliore capacità operativa"*.

Ancora, il CdS, sez. V<sup>^</sup>, nella pronuncia n. 447/2007, afferma che la previsione del bando di gara, che impone alle imprese di sicurezza privata di disporre di una centrale operativa in ciascuna delle Province, in cui esse intendono esercitare la loro attività costituisce un ostacolo ingiustificato alla libera prestazione dei servizi ed è, quindi, incompatibile con l'articolo 49 del trattato Ce. È stato, peraltro, censurato non solo il requisito della "sede operativa", ma anche quello della sede legale, che a differenza di quest'ultima, rappresenta solo il centro burocratico di un'impresa, e non

costituisce in alcun modo indice di un servizio di migliore qualità (Consiglio di Stato, sez. V<sup>^</sup> n. 1800/2005) né di una connotazione oggettiva a carattere organizzativo del concorrente, che possa assicurare alla stazione appaltante lo svolgimento puntuale ed efficiente della prestazione richiesta. Inoltre, il Tar Sicilia, sez. Palermo III<sup>^</sup>, nella sentenza n. 290/2008, ha affermato che la *lex specialis* di gara non può stabilire limitazioni territoriali, ai fini della partecipazione alle gare, perché in palese violazione dei principi di libera concorrenza e di par condicio degli operatori del mercato: *“Invero, una siffatta clausola introduce un requisito soggettivo di partecipazione alla gara del tutto sganciato da qualsiasi elemento di ragionevolezza e legittimo solo se giustificabile in relazione alle specifiche finalità dell’oggetto dell’appalto e solo ove la stazione appaltante sia in grado di ampiamente e specificamente motivare sul punto”*.

Ancor più recentemente, sempre l’AVCP: *“L’esclusione dalle procedure di aggiudicazione di servizi socio-assistenziali di operatori, aventi la propria sede legale in altri comuni, e la fissazione di criteri di valutazione delle offerte, concernenti la pregressa esperienza nel territorio di riferimento, costituiscono limitazioni territoriali non conformi ai principi di concorrenza, non discriminazione ed imparzialità dell’azione amministrativa”* (AVCP parere n. 31 del 21 febbraio 2012).