STUDI PER UN NUOVO DIRITTO AMMINISTRATIVO

Collana diretta da

S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, M. Nettesheim, S. Perongini, A. Zito

Nuova serie

Argomenti di diritto amministrativo e dei contratti pubblici

a cura di

Carmencita Guacci e Enza Romano

G. Giappichelli Editore

STUDI PER UN NUOVO DIRITTO AMMINISTRATIVO

Collana diretta da

S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, M. Nettesheim, S. Perongini, A. Zito

---

Nuova serie – 23

Comitato scientifico:

Francesco Astone
Antonio Barone
Francisco Miguel Bombillar Saenz
Chiara Cacciavillani
Roberto Cavallo Perin
Guido Corso
G. Paolo Cirillo
Luca De Lucia
Marina D'Orsogna
Andrea Federico
Fabrizio Figorilli
Enrico Follieri
Marcello Fracanzani
Fabrizio Fracchia
Lucio Iannotta
Maria Immordino
Giovanni Leone
Fiorenzo Liguori
Andrea Maltoni
Francesco Manganaro
Daniele Marrama
Enzo Maria Marenghi
Marco Mazzamuto
Agostino Meale
Luca Raffaello Perfetti
Geminello Preterossi
Andrea Rallo
Mauro Renna
Fabio Saitta
Maria Alessandra Sandulli
Franco Gaetano Scoca
Mario Rosario Spasiano
Marco Tiberii
Fabrizio Tigano
Virginia Zambrano

In copertina:

Edgar Degas, *La lezione di danza*, 1874. Olio su tela, 85,5 x 75 cm. Parigi, Musée d'Orsay.

Argomenti di diritto amministrativo e dei contratti pubblici

a cura di

Carmencita Guacci e Enza Romano

G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

http://www.giappichelli.it

ISBN/EAN 979-12-211-5025-4

I volumi pubblicati nella presente Collana sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (*double blind peer review*), secondo un procedimento standard concordato dai Direttori della collana con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.

Il volume è stato pubblicato con il contributo dei fondi Farb - Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Salerno.

Pubblicato nel mese di febbraio 2023

Indice

pag.

Elenco Autori XVII

Parte Prima

Capitolo Primo
Il procedimento amministrativo. Nozione e caratteri generali
CARMENCITA GUACCI

1. Definizione generale 3
2. La legislazione sul procedimento amministrativo 4
3. La competenza legislativa in materia di procedimento amministrativo 6
4. La nozione di procedimento amministrativo 8
5. L'atipicità del procedimento amministrativo 9
6. Le fasi del procedimento espropriativo 13
7. Le funzioni del procedimento amministrativo 15

Capitolo Secondo
L'istruttoria procedimentale e il responsabile del procedimento
CARMENCITA GUACCI

1. L'istruttoria procedimentale 19
2. L'istruttoria partecipata 22
3. Il principio di libertà nell'acquisizione degli elementi di fatto 25
4. Brevi cenni sui compiti del responsabile del procedimento 25
5. La motivazione e il suo collegamento con le risultanze dell'istruttoria 28
6. Eccesso di potere per difetto di istruttoria 32

pag.

Capitolo Terzo
Il soccorso istruttorio procedimentale
CARMENCITA GUACCI

1. Il principio del soccorso istruttorio nella fase istruttoria del procedimento amministrativo 35
2. Il soccorso istruttorio nei contratti pubblici 43
3. Il soccorso istruttorio nello "*Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante 'Delega al Governo in materia di contratti pubblici'*" 48

Capitolo Quarto
Contributo sul tema della legittimazione a intervenire nel procedimento amministrativo ai sensi dell'art. 9 della legge n. 241/1990
ENZA ROMANO

1. Profili ricostruttivi dell'intervento nel procedimento amministrativo 51
2. Le funzioni dell'intervento nel procedimento 56
3. L'esegesi dell'art. 9 della legge n. 241/1990. Presupposti e ambito di applicazione 57
4. I soggetti portatori di interessi diffusi, costituiti in associazioni e comitati, e il riconoscimento della tutela giurisdizionale "tipica" degli interessi legittimi (a margine dell'Adunanza Plenaria del Cons. Stato n. 6/2020) 63

Capitolo Quinto
La conferenza di servizi
CARMENCITA GUACCI

1. La conferenza di servizi e la semplificazione 69
2. La natura giuridica della conferenza di servizi 71
3. La conferenza istruttoria (art. 14, primo comma) 72
4. La conferenza decisoria (art. 14, secondo comma) 73
5. La conferenza preliminare (art. 14, terzo comma) 73
6. La conferenza di servizi relativa a progetti sottoposti a valutazione di impatto ambientale (V.I.A.) 75
7. Le modalità procedimentali di svolgimento della conferenza di servizi 76
7.1. La conferenza semplificata (art. 14-*bis*) 76
7.1.1. La comunicazione di avvio della conferenza 77

pag.

7.1.2. Le determinazioni delle amministrazioni che partecipano (art. 14-*bis*, terzo comma) 78
7.1.3. Il silenzio in sede di conferenza e raccordo con l'art. 17-*bis* 79
7.2. La conferenza simultanea (art. 14-*ter*) 80
7.2.1. La rappresentanza delle amministrazioni 81
7.2.2. La conclusione della conferenza di servizi 82
8. La decisione della conferenza di servizi 84
8.1. La legittimazione ad agire in autotutela 85
8.2. Efficacia della decisione della conferenza di servizi 86
9. I rimedi per le amministrazioni dissenzienti 86

Capitolo Sesto

Le determinazioni delle amministrazioni invitate alla conferenza di servizi

SILVIO MARIA PERONGINI

1. Oggetto della ricerca 89
2. Le tipologie di conferenza di servizi 90
3. Modalità di svolgimento delle conferenze di servizi 94
4. Modalità e termini per la comunicazione della determinazione 96
5. La determinazione priva dei requisiti indicati dal legislatore 98
6. Conferenza simultanea originaria e quella derivata 100
7. Le ipotesi di qualificazione come assenso senza condizioni 104
8. L'assenso senza condizioni 105
9. Valore della determinazione tardiva 107
10. La sorte del parere tardivo reso dalla soprintendenza 109
11. L'efficacia del parere della soprintendenza reso tardivamente in violazione dei termini di cui agli artt. 146 e 167: l'assetto normativo 110
12. *Segue*: gli orientamenti giurisprudenziali sul termine dell'art. 146 112
13. *Segue*: gli orientamenti giurisprudenziali sul termine dell'art. 167 116
14. Efficacia del parere tardivo della soprintendenza reso nel corso di una conferenza di servizi 119
15. Il potere dell'amministrazione di rideterminarsi: la conferenza convocata in caso di esercizio del potere di autotutela 121

pag.

Capitolo Settimo
Il diritto di accesso
Carmencita Guacci

1. Introduzione. Il principio di trasparenza amministrativa e il diritto di accesso 125
2. La multiforme tipologia del diritto di accesso 129
3. L'accesso documentale 131
4. La natura giuridica del diritto di accesso 132
5. L'oggetto del diritto di accesso 134
6. I soggetti legittimati all'accesso 136
   6.1. I soggetti portatori di interessi diffusi e l'accesso 137
7. I controinteressati 138
8. I soggetti obbligati a consentire l'accesso 139
   8.1. L'accesso agli atti dei gestori di servizi pubblici 140
9. I limiti al diritto di accesso 142
10. L'accesso difensivo 144
11. Il procedimento per l'accesso ai documenti 147
12. Le autorità poste a presidio del diritto di accesso 149
13. La tutela amministrativa 151
14. La tutela giurisdizionale 152
15. I rapporti tra diritto di accesso e tutela della riservatezza 154
16. L'accesso civico e generalizzato: rapporti con l'accesso documentale 157
    16.1. Esclusioni e limiti 161

Capitolo Ottavo
I processi di digitalizzazione nella Pubblica Amministrazione
Enza Romano

1. Transizione digitale e Pubblica Amministrazione: a) la questione delle competenze; b) le modalità operative 165
2. Il Codice dell'Amministrazione Digitale 172
3. La "Carta della cittadinanza digitale": "i diritti digitali" 173
   3.1. Identità e domicilio digitale 175
   3.2. L'alfabetizzazione digitale 177
   3.3. La partecipazione democratica digitale 178
4. Il Codice di condotta tecnologica 178
5. Il Responsabile per la transizione al digitale (Rtd) e il difensore civico digitale 179
6. Il documento informatico 180
   6.1. Le firme elettroniche 181
   6.2. Il valore probatorio dei documenti digitali 182
7. Il protocollo informatico e il fascicolo informatico 183

pag.

Parte Seconda

Premessa 187

Capitolo Nono
Contratti pubblici: gli appalti e le concessioni
DANIELA MENDOLA

1. Il difficile equilibrio tra libertà di iniziativa economica e libertà di concorrenza 189
2. La disciplina degli appalti pubblici 193
3. Le concessioni di lavori e servizi. Inquadramento normativo 199
4. Il *discrimen* tra appalti e concessioni di pubblici servizi 203

Capitolo Decimo
Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici
ENZA ROMANO

1. L'art. 14 del d.lgs. n. 50/2016 207
2. L'art. 217 del d.lgs. n. 163/2006 208
3. L'art. 25 della Direttiva europea 25/2016 211
4. Le categorie di appalti, concessioni e di concorsi di progettazione esclusi dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 14 211
5. Il ruolo della Commissione europea: la comunicazione delle attività escluse da parte degli enti aggiudicatori e la pubblicazione degli elenchi della parte della Commissione recanti le categorie di attività oggetto degli appalti di cui al primo comma considerati esclusi 212
6. I contratti esclusi dalla disciplina del codice dei contratti in base ad obblighi internazionali 212
7. I contratti esclusi nello schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici 213

pag.

Capitolo Undicesimo
La disciplina dei contratti sotto-soglia comunitaria
CARMENCITA GUACCI

1. La soglia comunitaria per l'affidamento degli appalti 215
2. La disciplina nazionale in tema di contratti sotto-soglia 219
3. Il potere discrezionale delle stazioni appaltanti nel ricorso alla procedura semplificata 224
4. Procedure semplificate previste per i contratti sotto-soglia 225
   4.1. Le procedure di affidamento lavori, servizi e forniture di importo inferiore a euro 40.000 227
   4.2. Le procedure per l'affidamento di contratti di lavoro di importo pari o superiore a euro 40.000 e inferiore a euro 150.000 (contratti di servizi forniture di importo superiore a euro 40.000 e inferiore alle soglie di rilevanza europea) 230
5. I principi generali dell'affidamento sotto-soglia 231
6. La motivazione rafforzata negli affidamenti sotto-soglia 233
7. Il principio di rotazione 234
8. Ambito di applicazione del principio di rotazione 238
9. La Commissione di gara 240
10. L'evoluzione giurisprudenziale sul riparto di giurisdizione 242
11. Le procedure sotto-soglia nello schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici 244

Capitolo Dodicesimo
La progettazione nei contratti pubblici e il Building Information Modeling *(BIM)*
ENZA ROMANO

1. L'introduzione del "*Building Information Modeling*" (BIM) nel settore dei contratti pubblici: il problema delle competenze e le questioni relative alla procedura di gara 245
2. Il quadro normativo vigente: criticità 248
3. Il BIM e l'organizzazione amministrativa 251
4. L'opportunità di un approccio collaborativo e "sistemico" 254
5. L'art. 43 dello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della l. 21.6.2022, n. 78, recante "*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*" 256

pag.

Capitolo Tredicesimo

Il bando di gara e l'interesse diretto, concreto ed attuale, quale presupposto per la legittimazione ad impugnare

CARMENCITA GUACCI

1. Il procedimento ad evidenza pubblica 259
2. Il bando di gara e l'invito a partecipare alle gare 261
3. Gli allegati al bando 263
4. La natura giuridica del bando di gara 264
5. Il contenuto del bando di gara 267
6. Deroghe alle procedure di scelta del contraente indette con bando di gara. L'avviso di preinformazione 270
7. La tutela dei partecipanti alla gara. L'impugnabilità del bando di gara 273
8. L'interesse diretto, concreto ed attuale, quale presupposto per la legittimazione ad agire 278
9. Il bando di gara nello schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici 282

Capitolo Quattordicesimo

La pubblicità dei bandi di gara

CARMENCITA GUACCI

1. Osservazioni generali 285
2. Modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi relativi agli appalti aggiudicati a livello europeo. Confronto con la precedente disciplina 288
3. La pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara a livello nazionale 291
4. La disciplina transitoria della pubblicità dei bandi e degli avvisi di gara 293
5. Le regole per la pubblicazione dei bandi 295
6. Avvisi di post-informazione 298
7. Fasi della pubblicazione 298
8. Modalità di pubblicazione degli avvisi post-informazione 299
9. Avvisi di pre-informazione 300
10. La pubblicità dei bandi nello schema del nuovo Codice degli appalti pubblici 300

pag.

Capitolo Quindicesimo
La disponibilità elettronica dei documenti di gara
ENZA ROMANO

1. Digitalizzazione e trasparenza delle procedure di gara 303
2. La disponibilità elettronica dei documenti di gara secondo il d.lgs. n. 163/2006 306
3. La disponibilità elettronica dei documenti di gara ai sensi dell'art. 74 del d.lgs. n. 50/2016 306
4. L'accessibilità alla documentazione di gara nelle ipotesi contemplate dall'art. 52, primo comma, terzo periodo 308
5. Le diverse misure di accesso per proteggere la natura riservata delle informazioni contenute in determinati documenti di gara 309
6. Osservazioni sull'accesso "gratuito, illimitato e diretto" previsto dall'art. 74 309
7. Il termine di invio delle "ulteriori informazioni" sul capitolato d'oneri e sui documenti complementari 310
8. L'art. 88 dello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della l. 21.6.2022, n. 78, recante "*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*" 311

Capitolo Sedicesimo
L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici per difetto dei requisiti di ordine generale
ENZA ROMANO

1. I requisiti di ordine generale. Introduzione 313
2. L'assetto normativo. L'art. 80 del Codice dei contratti pubblici 317
3. L'esclusione dalla gara per difetto dei requisiti di ordine generale nell'ottica della tassatività delle cause di esclusione 320
4. Ambito di applicazione: tipologie di contratti e soggetti partecipanti alla "gara" 322
5. Finalità delle cause di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale: affidabilità morale e professionale dell'operatore e tutela dell'ordine pubblico economico 324
6. L'esclusione derivante da condanne penali definitive 328
7. L'esclusione dalla gara per ragioni cautelari antimafia 332
8. L'esclusione dalla gara per gravi violazioni fiscali o contributive 334
9. Il potere dell'ANAC di accertare "*il dolo o la colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa dichiarazione*" 338

pag.

Capitolo Diciassettesimo

L'esclusione dell'operatore economico dalla gara ai sensi dell'art. 80, quinto comma, del Codice dei contratti pubblici

ENZA ROMANO

1. La configurazione legislativa del potere valutativo dell'amministrazione ai sensi dell'art. 80 del Codice dei contratti pubblici 339
2. I motivi di esclusione previsti dall'art. 80, quinto comma 343
3. L'art. 80, quinto comma, lett. a) 344
4. L'esclusione per gravi illeciti professionali 346
   4.1. L'individuazione dei gravi illeciti professionali e l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico 348
5. L'esclusione dell'art. 80, quinto comma, lett. c-*bis*) 354
6. La perimetrazione degli obblighi dichiarativi (art. 80, quinto comma, lett. c-*bis*), f-*bis*) ed f-*ter*). L'Adunanza plenaria del Cons. Stato n. 16/2020 356
   6.1. I dubbi circa l'ambito di applicazione dell'art. 80, quinto comma, lett. f-*bis*) 364
   6.2. L'elemento "specializzante" dell'art. 80, quinto comma, lett. c-*bis*) ovvero il significato dell'espressione "*suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*". Le informazioni "*dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*" 365
7. L'art. 80, quinto comma, lett. c-*ter*) 366
8. L'art. 80, quinto comma, lettera c-*quater*) 367
9. Le ulteriori esclusioni previste dal quinto comma 368
10. Controllo del giudice amministrativo avente a oggetto la valutazione dell'amministrazione ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 s.m.i. 369

Capitolo Diciottesimo

Il tempo della valutazione dei motivi di esclusione. Le misure di self cleaning *e la continuità nel possesso dei requisiti*

ENZA ROMANO

1. Il tempo della valutazione dei motivi di esclusione 373
2. Le misure di *self cleaning* 375
3. La continuità nel possesso dei requisiti di ordine generale 379
4. La fase successiva all'aggiudicazione del contratto: l'esercizio dei poteri di autotutela 382
   4.1. La sopravvenuta perdita del requisito di regolarità contributiva tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto 383

pag.

5. La fase di esecuzione del contratto. Modifiche soggettive al contratto in corso di efficacia 384
6. L'annullamento d'ufficio e la revoca dell'aggiudicazione dopo la stipulazione del contratto 387

Capitolo Diciannovesimo

Brevi note sulla disciplina delle cause di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale in base allo schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici

ENZA ROMANO

1. Premessa 389
2. I principi e la disciplina delle cause di esclusione 390
3. Le "nuove" cause di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale 391
4. Le cause di esclusione automatica 394
5. La fattispecie escludente del "grave illecito professionale" 396
6. Il motivo di esclusione per irregolarità fiscale e contributiva 396
7. Le cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti 397

Capitolo Ventesimo

Le procedure di scelta del contraente

OLGA RUSSO

1. Le procedure di scelta e la concorrenza per il mercato 399
1.1. La clausola di salvezza per il c.d. Terzo settore 405
1.2. L'affidamento congiunto 407
1.3. Le novità sull'appalto integrato. Cenni 410
2. La procedura aperta 411
3. La procedura ristretta 413
4. La procedura competitiva con negoziazione 415
5. La procedura negoziata senza bando 418
6. Il dialogo competitivo 422
7. Il partenariato per l'innovazione 424

pag.

Capitolo Ventunesimo
L'aggiudicazione del contratto
DANIELA MENDOLA

1. Il provvedimento di aggiudicazione 427
2. I presupposti per l'aggiudicazione di un appalto 429
3. La rimozione in autotutela del provvedimento di aggiudicazione 432
4. L'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione 437
5. La non giustiziabilità della proposta di aggiudicazione provvisoria 442
6. Il potere di controllo dell'ANAC nei contratti di appalto pubblico 444
7. Prospettive di riforma 448

Capitolo Ventiduesimo
La stipulazione del contratto
OLGA RUSSO

1. La stipulazione del contratto e la fase privatistica della contrattazione pubblica 449
2. Il termine per la stipulazione del contratto 452
3. La mancata stipulazione del contratto nei termini 454
   3.1. Il sistema delle garanzie in funzione della stipula 456
4. Lo "*stand-still period*" 461
5. I procedimenti di controllo e la stipula del contratto 464
6. Le modalità di stipula e la forma del contratto 466
7. La documentazione antimafia e la stipula del contratto 468
8. Prospettive di riforma 471

Elenco Autori

GUACCI CARMENCITA	Professore associato di diritto amministrativo – Università degli studi di Salerno
MENDOLA DANIELA	Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche – Università degli studi di Salerno
PERONGINI SILVIO MARIA	Dottore di ricerca in Teoria Generale del Processo: Amministrativo, Costituzionale, Civile, Penale e Tributario – LUM Jean Monnet
ROMANO ENZA	Ricercatrice di Diritto amministrativo a t.d. – Università degli studi di Salerno
RUSSO OLGA	Dottore di ricerca in Diritto pubblico, Teoria delle Istituzioni nazionali ed europee e Filosofia giuridica – Università degli studi di Salerno

Parte Prima

Capitolo Primo

Il procedimento amministrativo. Nozione e caratteri generali

CARMENCITA GUACCI

SOMMARIO: 1. Definizione generale. – 2. La legislazione sul procedimento amministrativo. – 3. La competenza legislativa in materia di procedimento amministrativo. – 4. La nozione di procedimento amministrativo. – 5. L'atipicità del procedimento amministrativo. – 6. Le fasi del procedimento espropriativo. – 7. Le funzioni del procedimento amministrativo.

1. Definizione generale

La trattazione del procedimento amministrativo ha assunto un ruolo centrale nel diritto amministrativo poiché il procedimento è la modalità generale di esercizio dell'attività amministrativa.

Il procedimento amministrativo è il complesso di atti, posti in essere da amministrazioni pubbliche e soggetti privati, legati fra loro da effetti di condizionalità e dipendenza, e finalizzati all'emanazione di un provvedimento o di un accordo sostitutivo di provvedimento [1]. Esso può essere inteso come la formalizzazione dei processi decisionali dell'amministrazione [2], purché sia chiaro che ciò costituisce la conseguenza necessaria dell'emanazione di una disciplina legislativa dell'esercizio del potere.

---

[1] G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, 536 ss.

[2] A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 211.

2. La legislazione sul procedimento amministrativo

La tendenza a disciplinare l'esercizio dei pubblici poteri si è diffusa nelle organizzazioni statali moderne. Già nello Stato di diritto però si rinvenivano le prime discipline dell'esercizio del potere amministrativo; infatti, in alcuni casi, si emanavano discipline generali sul procedimento ed in altri, invece, venivano emanate leggi su specifici provvedimenti amministrativi. In Austria, per esempio, venne emessa la l. n. 274 [3] del 21.7.1925, contenente una disciplina generale sul procedimento. In Italia, soprattutto dopo l'unificazione nazionale, vennero invece promulgate diverse leggi su specifici procedimenti amministrativi. Ad esempio, il 20.6.1865, venne emanata la l. n. 2359 sul procedimento espropriativo per pubblica utilità [4], ed ancora, il 10.8.1884, con la l. n. 2644, vennero emanate le disposizioni relative al demanio fluviale con il relativo regolamento di attuazione del 26.11.1893, n. 710, per la esecuzione delle opere concernenti la derivazione di acque pubbliche [5]; possiamo individuare anche la disciplina del procedimento relativo alla concessione del demanio marittimo, con il regolamento per l'esecuzione del Codice di marina mercantile del 20.11.1879, n. 5166 [6], così come la legge sulle bonificazioni delle paludi e dei terreni paludosi del 25.6.1882, n. 869, che disciplinava il relativo procedimento [7] ed infine la legge sulle concessioni delle ferrovie pubbliche [8].

La caratteristica di siffatte leggi era quella di sancire una disciplina specifica che contemplava solo le modalità di svolgimento dell'azione amministrativa, soffermandosi spesso sulle caratteristiche formali degli atti dei privati e dell'amministrazione.

---

[3] Si veda la l. 21.7.1925, n. 274, nel testo modificato ripromulgato il 23.5.1950, in G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 107 ss.; per indicazioni, G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 545 ss.

[4] Sulla l. n. 2359/1865 si veda O. SCALVANTI, *La espropriazione per pubblica utilità*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano*, IV, Milano, 1940, 3 ss.

[5] E. PRESUTTI, *L'amministrazione pubblica dell'agricoltura, (comprese la difesa contro le acque pubbliche, la bonifica e le irrigazioni)*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo Italiano*, V, Milano, 1902, 233 ss.

[6] Sul tema si veda O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 49 ss., ora in O. RANELLETTI, *Scritti giuridici scelti*, III, *Gli atti amministrativi*, Camerino, 1992, 58 ss.

[7] E. PRESUTTI, *L'amministrazione pubblica dell'agricoltura, (comprese la difesa contro le acque pubbliche, la bonifica e le irrigazioni)*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo Italiano*, V, cit., 464 ss.

[8] L. 29.6.1873, n. 1475, che accorda facoltà al governo di concedere la costruzione e l'esercizio di alcune ferrovie nelle Provincie Venete e di Mantova, l. 29.7.1879 n. 5002, che autorizza la costruzione di linee ferroviarie di complemento, modificata dalla l. 5.6.1881, n. 240; l. 22.3.1885, n. 3011.

Con lo Stato Costituzionale di diritto muta poi il contenuto della disciplina sul procedimento amministrativo e numerosi Paesi si dotarono di una legge generale in tal senso. Fra le diverse normative che si ebbero vanno sicuramente annoverate la l. del 25.5.1976 della Repubblica Federale tedesca [9], e quella del 17.7.1978, n. 78-753, della Francia, tesa al miglioramento della relazione tra amministrazione e cittadini e alla disciplina del diritto di accesso ai documenti amministrativi, sulla quale hanno poi successivamente inciso la l. 11.7.1979, n. 79-587 e la l. 17.1.1986 [10]. Anche in Spagna venne promulgata una legge sul procedimento amministrativo, quella del 26.11.1992.

In Italia solo con molto ritardo il legislatore emise la l. 7.8.1990, n. 241, successivamente più volte modificata [11], codificando precetti nati da norme e principi costituzionali, da discipline di settore e dall'elaborazione giurisprudenziale.

La legge sul procedimento amministrativo, nata come una legge di principi, si è andata dunque man mano arricchendo di norme volte a disciplinare specifici aspetti dell'azione amministrativa [12]. Oggi, infatti, essa non contiene solo una disciplina formale dell'esercizio del potere amministrativo, ma presenta numerose disposizioni che conferiscono situazioni giuridiche soggettive ai privati e che prefigurano le determinazioni dell'amministrazione [13].

A seguito di una siffatta complessa evoluzione si è giunti a sostenere che il procedimento, con la partecipazione in contraddittorio degli interessati, sia la forma stessa della democrazia [14]; invero, la legge in esame ha modificato il rap-

---

[9] Sulla *Verwaltungsverfahrengesetz* si vedano C.H. ULE, H.W. LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrengesetz*, Berlin, 1979, 1 ss., 22 ss.; A. MASUCCI, *La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica Federale di Germania*, Napoli, 1979, 97 ss.; P. BADURA, *Das Verwaltungsverfahren*, in H.U. ERICHSEN, W. MARTENS (hgrs), *Allgemeines Verwaltungrecht*, Berlin, 1983, 317 ss.; R. CARANTA, *Procedimento amministrativo in diritto comparato*, in *Dig. disc. pubbl.*, ???, Torino, 1996, 608; F.O. KOPP, U. RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrengesetz*, München, 2012, 79 ss., 233 ss., 633 ss.; E. SCHMIDT AßMANN, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungrecht*, in W. HOFFMANN RIEM, E. SCHMIDT AßMANN, A. VOßKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, II, München, 2012, 497 ss.

[10] Sul problema della disciplina sul procedimento amministrativo in Francia si vedano G. LANGROD, *Procédure administrative en droit administratif*, in *Riv. dir. publ.*, 1948, 549 ss.; J. GAUDEMET, *La codification de la procedure administrative non contentiuese en France*, in *Racueil Dalloz Sirey, Cronique*, XVII, 1986, 107 ss.; G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, 1968, 15; R. CARANTA, *Procedimento amministrativo in diritto comparato*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1996, 608 ss.

[11] La legge sul procedimento amministrativo è stata modificata dalla l. 11.2.2005, n. 15, dalla l. 14.5.2005, n. 80, dalla l. 18.6.2009, n. 69, dal d.lgs. 2.7.2010, n. 104, dalla l. 6.11.2012, n. 190, dalla l. 4.4.2012, n. 35 e dalla l. 9.8.2013, n. 98.

[12] G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 553 ss.

[13] In tal senso, R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, 577.

[14] In tal senso, E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1958, 868 ss.; R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, cit., 577.

porto fra cittadinanza e pubblica amministrazione e ha rimodulato i caratteri dell'azione amministrativa [15].

3. La competenza legislativa in materia di procedimento amministrativo

L'emanazione della l. n. 241/1990 ha posto il problema della sua compatibilità con l'assetto costituzionale. Invero, già nella formulazione originaria della Costituzione, il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni determinava che la legge generale sul procedimento amministrativo potesse trovare applicazione solo per i procedimenti di competenza delle Amministrazioni statali, e non anche per i procedimenti di competenza di tutte le altre amministrazioni.

Il legislatore ritenne di poter risolvere la questione con l'art. 29 della legge sul procedimento amministrativo, nel quale si statuiva che le nuove disposizioni potevano essere dichiarate applicabili a tutti i procedimenti amministrativi [16].

La dottrina però sostenne l'incostituzionalità della predetta norma, ritenendo che la stessa invadesse le competenze legislative delle Regioni.

La problematica in questione, per vero, si era posta anche in altri ordinamenti giuridici, come per esempio nella Repubblica Federale di Germania, con l'apparire della l. 25.5.1976. Tuttavia, in quell'ordinamento, si era optato per una soluzione rispettosa delle diverse competenze legislative ed al contempo del principio di unità dell'ordinamento giuridico. Infatti, la l. 25.5.1976, venne applicata alle sole amministrazioni del Bund, mentre per le amministrazioni dei Länder, ogni Stato federato emanò una sua personale legge sul procedimento amministrativo applicabile soltanto alle proprie amministrazioni. Le singole leggi dei Länder sui procedimenti amministrativi si sono comunque ispirate alle disposizioni della legge del Bund.

In Italia si optò invece per una soluzione diversa; si sostenne infatti che la legge sul procedimento amministrativo ponesse dei principi generali dell'ordinamento giuridico [17].

L'art. 29 della l. n. 241/1990, nella sua originaria formulazione, sanciva infatti che le disposizioni contenute nella ora richiamata legge costituissero principi ge-

---

[15] A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, cit., 2014, 211.

[16] A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 214 ss.

[17] Sul tema si vedano C. GELATI, *Commento all'articolo 29*, in AA.VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Milano, 1991, 469 ss.; G. CORSI, F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini, 1991, 26 ss.

nerali dell'ordinamento giuridico e conseguentemente richiedeva che le Regioni a Statuto ordinario regolassero le relative materie al rispetto dei principi in essa desumibili.

Con la riforma del Titolo V della Costituzione, la questione sollevata si riattualizzò. Invero, la riforma del Titolo V ha ridefinito il riparto di competenze fra Stato e Regioni, attribuendo al primo, competenze tassative e residuali e, alle seconde, competenze generali. In questo nuovo quadro, le funzioni amministrative vengono devolute alle amministrazioni locali salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, non dovessero essere conferite alle Province, alle città metropolitane, alle Regioni e allo Stato sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

La riforma del Titolo V della Costituzione aveva quindi sicuramente l'intento di ampliare le materie rientranti nella potestà legislativa regionale [18].

Con la l. n. 69/2009, il legislatore ha nuovamente rimodulato la disciplina di cui alla l. n. 241/1900, stabilendo, all'art. 29, che le disposizioni della legge si applicano ai procedimenti amministrativi delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali, nonché alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative. Inoltre, la predetta norma ha precisato che le disposizioni di cui agli artt. 2 *bis*, 11, 15 e 25, quinto, quinto *bis* e sesto comma, nonché quelle del Capo quarto *bis*, vale a dire tutti gli artt. da 21 *bis* a 21 *nonies*, si applicano a tutte le amministrazioni. Infine, ha sancito che attengono ai livelli essenziali delle prestazioni, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. m), la partecipazione degli interessati, l'individuazione del responsabile del procedimento, il dovere di concludere il procedimento nei termini prefissati, l'obbligo di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa dei procedimenti, le disposizioni concernenti la dichiarazione di inizio dell'attività e l'istituto del silenzio assenso.

Alla luce di tale ultima riforma si è dunque sostenuto che la legittimità costituzionale della legge sul procedimento amministrativo derivi dal fatto che la materia in essa disciplinata rientri nelle competenze esclusive statali poiché le garanzie procedimentali, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. m), attengono ai livelli essenziali delle prestazioni da assicurare ai cittadini, con la conseguenza che Regioni ed enti locali non possono stabilire garanzie inferiori, ma possono senza dubbio prevedere livelli ulteriori di tutela.

Pertanto, le Regioni a statuto ordinario e gli enti locali, devono osservare la predetta legge perché comunque non possono prevedere garanzie procedimentali inferiori a quelle assicurate dalla legislazione nazionale; invece, le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano, devono adeguare la propria legislazione alle disposizioni dell'art. 29 della l. n. 241/1990 s.m.i.

---

[18] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, 470 ss.

4. La nozione di procedimento amministrativo

La locuzione procedimento amministrativo trae origine dalla dottrina tedesca ed austriaca [19] ed è stata oggetto in Italia di una intensa elaborazione da parte della dottrina [20].

In Italia la prima forma di elaborazione del concetto di procedimento amministrativo si deve a quell'orientamento che, sviluppando le teorie dell'atto-procedimento, del procedimento complesso e del procedimento come presupposto dell'atto [21], ha propugnato la concezione formale del procedimento [22]. La tesi in esame, parte dalla constatazione che nella sequenza di atti e di operazioni che integrano l'esercizio di un'attività amministrativa ne ricorrono alcuni che esplicano un ruolo preparatorio, altri che producono un effetto costitutivo ed altri ancora che assolvono una funzione integrativa, facendo quindi desumere che la sequenza procedimentale si articola inevitabilmente in una fase preparatoria, in una fase costitutiva e in una fase integrativa dell'efficacia.

L'importanza della tesi in esame non risiede solo nel fatto che per la prima volta viene elaborata una nozione di teoria del diritto, ma nel fatto che viene individuato il legame intercorrente fra i vari momenti dell'*iter* procedimentale, connotati dall'esistenza di particolari tipi di effetti idonei a collegare ogni momento in un rapporto di condizionalità e/o dipendenza. Secondo la tesi in esame, il procedimento amministrativo non è una serie coordinata di atti che si susseguono l'uno all'altro, bensì una serie di atti legati fra loro da una serie di effetti giuridici.

L'elaborazione della nozione ha ricevuto l'apporto della teoria sostanziale del procedimento, contraddistinta da un approccio funzionale. Secondo la tesi in esame il procedimento costituisce la forma della funzione. La funzione rappresenta l'attività amministrativa rilevante nella sua globalità e integrità, essa è la sostanza

---

[19] Fra i primi autori che parlarono di procedimento amministrativo va annoverato A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungserech*, Wien u. Berlin, 1927, 213 ss.

[20] Sulle varie nozioni di procedimento, fra gli altri, S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1957, 13 ss.; E. CARDI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, 1 ss.; M.T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991, 41 ss.; A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, 2003, 1035 ss.

[21] Gli autori delle predette teorie sono F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (ma 1914), 543 ss.; U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Scritti di diritto pubblico*, I, Roma, 1937, 451 ss.; G. MIELE, *Alcune osservazioni in tema di procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, III, 1933, 375 ss.; G. CONSO, *Il concetto di fatto giuridico e fatti giuridici processuali penali*, in *Studi urbinati*, 1954, 249 ss.; S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1957, 55 ss.

[22] A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 17 ss.; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Nss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1968, 1021 ss.

del potere che si fa atto, il procedimento rappresenta invece il modo in cui si estrinseca la funzione e "*sotto il profilo oggettivo il procedimento è manifestazione della funzione*" [23]. In definitiva si è fuso il concetto di procedimento in senso formale, inteso come le diverse fasi in cui si deve articolare la funzione amministrativa, con il concetto di funzione in senso sostanziale.

L'orientamento in questione ha evidenziato anche la funzione di garanzia assolta dal procedimento, giungendo a parlare proprio di procedimento garanzia [24]; si è infatti sviluppata la tendenza a calibrare il procedimento sul processo, perché i doveri di accertamento istruttorio e di motivazione, nonché quello di assicurare il contraddittorio tra le parti, oltre a configurare la struttura procedimentale in maniera analoga a quella del processo, rendono più penetrante il sindacato giurisdizionale. Si è così sviluppata la c.d. concezione paragiurisdizionale del procedimento [25].

Le predette ideazioni hanno avuto il pregio di offrire un rilevante contributo all'elaborazione della nozione di procedimento amministrativo, concorrendo a una completa ricostruzione dell'istituto [26].

Il procedimento amministrativo è infatti configurabile come la sede specifica per l'esercizio del potere discrezionale, costituendo l'ambiente idoneo alla rilevazione e alla ponderazione degli interessi [27].

5. L'atipicità del procedimento amministrativo

La dottrina, per un non breve periodo, ha sostenuto, a volte in maniera esplicita [28],

---

[23] F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa*, *procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 128.

[24] F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., 118; F. BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, in G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 539 ss.; G. BERTI, *La struttura procedimentale dell'amministrazione*, in AA.VV., *L'azione amministrativa fra garanzia ed efficienza, Formez, problemi di amministrazione pubblica*, Napoli, 1981, 55 ss.

[25] M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la p.a. (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 252 ss.

[26] In tal senso, R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, cit., 579.

[27] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, 550; ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 272; G. BERTI, *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. soc.*, 1980, 431 ss.; R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, cit., 579.

[28] Sostengono che il procedimento sussista solo in presenza di un ordine legale necessario, F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, 1914, 1085 e 1234; U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di O. Ranelletti*, Padova, 1931, I, ripubblicato in ID., *Studi di diritto pubblico*, I, Roma, 1937, 474; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, I, Torino, 1933, 367; K. KORMANN,

a volte in maniera implicita [29], che il procedimento amministrativo sussiste solo nei casi in cui vi è una disciplina legislativa. Secondo questo orientamento, in altri termini, nel nostro ordinamento esisterebbero soltanto procedimenti amministrativi "tipici" e non anche "atipici e/o informali" [30].

Su di un piano completamente opposto si muove quell'orientamento secondo il quale occorre distinguere fra il procedimento amministrativo necessario, cioè quello per il quale il legislatore ha disciplinato puntualmente le varie fasi, e il procedimento non necessario [31], vale a dire quello contraddistinto dal fatto che l'ordinamento giuridico non ha previsto i diversi atti che devono intervenirvi, conferendo all'amministrazione il potere di determinare l'*iter* procedimentale liberamente [32].

System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs – und prozessrechtliche Untersuchengen zum allgemeinen Teil des öffenlichen Rechts, Berlin, 1910, 173; A. MERKL, *Allgemeines Verwaltunsrecht*, Berlin, 1927, 213; G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975, 55, nota 119, 96 ss., 98; F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 415, 418 ss.; F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969, 76, 126 ss., 133; A. CLARIZIA, *Appunti dalle lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, 175; S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1985, 13 ss., 18, 46, 47, 55, 58, 66.

[29] Al predetto orientamento va accostata l'opinione secondo la quale solo una norma positiva può funzionalizzare e pubblicizzare una attività di diritto privato dell'amministrazione, sostenuta da: M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 446 ss.; A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni (Atti amministrativi e negozi di diritto privato)*, Milano, 1974, 67; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. (I contratti ad evidenza pubblica)*, Milano, 1986, 35 e specialmente nota 72; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, 451 ss.

M.S. GIANNINI, *L'attività (amministrativa)*, Roma, 1966, 111; ID., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 440, 443 ss., 824 ed anche 821, 823; ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 1981, 272 e 305; ID., *Diritto amministrativo*, cit., 1988, 537.

Fra i sostenitori della tipicità del provvedimento vanno annoverati anche G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1980, 63 nota 49, 65, 69, 74 ss.; G. SACCHI MORSIANI, *L'esecuzione delle pretese amministrative*, Padova, 1977, 105, 107; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982, 803.

[30] S. PERONGINI, *Le gare preliminari alla trattativa privata. Ipotesi di procedimenti amministrativi atipici*, Napoli, 1990, 98 ss.

[31] Distinguono fra procedimento necessario e procedimento non necessario A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 85 ss.; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, 569 ss.; G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1933, III, 375 (ma alcuni spunti in tal senso vi erano già in G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. giur.*, 1933, 195 ss.); F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 374, 403 ss., 429; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 408; D. BORTOLOTTI, *Attività preparatoria e funzione amministrativa*. (Contributo allo studio del procedimento nel diritto pubblico), Milano, 1984, 150 ss., 168 ss.; G. BERTI, *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Padova, 1986, 156.

[32] A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 89; G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. (Perfezione ed efficacia)*, Milano, 1955, 18, 143.

Invero, secondo la tesi in esame, il problema è quello di stabilire "*se i momenti non necessari di un procedimento rivestano una qualche rilevanza*" [33], così come avviene quando l'amministrazione, pur non essendovi tenuta, acquisisce un parere, una proposta, un atto istruttorio, o permette al privato di intervenire nel procedimento [34].

Questa tesi è stata ripresa e sviluppata da diversi autori, alcuni dei quali hanno parlato di rapporti procedimentali aperti [35], ed altri invece hanno distinto, analogamente alla dottrina tedesca [36], fra procedimenti formali e procedimenti informali [37].

Infine, è stato prospettato il problema [38] della configurabilità non solo di procedimenti tipici, vale a dire quelli previsti e disciplinati dalla legge, ma anche di procedimenti atipici, posti in essere dall'amministrazione procedimentalizzando attività per le quali il legislatore non aveva contemplato lo svolgimento del procedimento [39].

A tal proposito occorre ricordare che, nella Repubblica federale di Germania, il legislatore ha fatto uso di un particolare modello di procedimento, infatti la leg-

---

[33] A.M. SANDULLI, *op. ult. cit*., 91.

[34] A.M. SANDULLI, *op. ult. cit*., 92.

[35] F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 184; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979, 127 ss. parlano di rapporti procedimentali aperti.

[36] La dottrina tedesca ha parlato di procedimento formale (*formell*) e di procedimento non formale (*formlos Verfahren*), così K. KORMANN, *System*, cit., 1910, 173 e A. MERKL, *Allgemeines Verwaltunsrecht*, cit., 1927, 219 ss. Successivamente la predetta terminologia è stata sostituita con quella di *formliche Verwaltungsverfahren* e *nichtformliche Verwaltungsvelfahren*.

[37] Secondo A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, cit., 125 ss.; D. BORTOLOTTI, *Attività preparatoria e funzione amministrativa.* (Contributo allo studio del procedimento nel diritto pubblico), cit., 150, 168 ss., il procedimento non si sviluppi sempre in maniera aderente alla preordinazione formale, ma conosce anche atti informali e veri e propri procedimenti informali.

[38] Sugli atti taciti, i comportamenti materiali ed i negozi di attuazione si veda G. GIAMPICCOLO, *Note*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 779 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1970, 404; C.M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 1984, 41, 212, 243, 279.

Per contestare la rilevanza giuridica, nell'ambito di una serie procedimentale di atti amministrativi, dei comportamenti immateriali, concludenti od inespressi si potrebbe addurre – alla stregua di quanto sostiene M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 191 ss. – che le regole proprie del provvedimento ed in particolare il principio di imperatività non consentono di considerare come un atto quello che è e rimane pur sempre un mero fatto. Il rilievo è pregnante e decisivo ove al "mero comportamento" si pretenda di attribuire molo ed efficacia provvedimentale, come fa il citato Autore; non è più pertinente se il "comportamento" costituisca un momento interno di un procedimento, perché per quest'ultima figura non vigono i principi di tipicità ed imperatività. Sulla rilevanza dei comportamenti informali si veda Cons. Stato, sez. V, 18.1.1984, n. 49, in *Cons. Stato*, I, 1984, 40.

[39] Sul tema si veda S. PERONGINI, *Le gare preliminari alla trattativa privata. Ipotesi di procedimenti amministrativi atipici*, Napoli, 1990, 83 ss.

ge sul procedimento amministrativo [40] ha codificato, al par. 10, il principio di informalità del procedimento amministrativo (*Grundsatz der Nichtformlichkeit des Verwaltungsverfahrens*) sancendo che "*il procedimento amministrativo non è vincolato da forme determinate, a meno che non esistano particolari prescrizioni giuridiche riguardanti la forma del procedimento. Esso deve essere attuato in modo semplice e funzionale*" [41].

Orbene, il par. 9 della VwVfG, definendo il concetto di procedimento, in realtà finisce per delineare l'ambito oggettivo di applicazione del diritto sul procedimento amministrativo [42].

Per effetto di ciò, poiché l'amministrazione non è vincolata a seguire alcuna forma ma può strutturare liberamente il procedimento nella maniera che ritiene più opportuna (*Verfahrensfreiheit*), un procedimento ricorrerà ogni qual volta vi sia un'attività con le caratteristiche menzionate dal par. 9 della VwVfG.

Insomma, si è in presenza di un procedimento amministrativo ogni qualvolta è stata posta in essere un'attività con i caratteri descritti dal par. 9 e non più solo nei casi in cui il legislatore ha previsto una siffatta figura.

Dal confronto delle disposizioni generali sul procedimento con quelle sul procedimento formale, poi, si ricava che fra il *Nichtformliche* ed il *formliche Verwaltungsvelfahren* esiste un rapporto di regola ed eccezione [43]; infatti, salvo che la legge non disponga diversamente, la scelta della struttura del procedimento appartiene alla discrezionalità dell'autorità, con la conseguenza che la maggior parte dei procedimenti si svolge in maniera svincolata dalle rigide prescrizioni concernenti le modalità formali.

Il principio di informalità non autorizza però l'amministrazione a formare liberamente i procedimenti, perché la sua libertà procedimentale (*Verfahrensfreiheit*)

---

[40] Cfr. il *Verwaltungsverfahrensgesetz* del 25.5.1976. Su di essa si veda A. MASUCCI (a cura di), *La codificazione*, Napoli, 1979; A. MELONCELLI, *La legge sul procedimento amministrativo del 25.5.1976 della Repubblica federale tedesca*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1978, 293 ss.; F. MEYER, *La legge sul procedimento amministrativo nella repubblica federale tedesca*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 1115 ss.

[41] Secondo il par. 10 della VwVfG (*Nichtfórmlichkeit des Verwaltungsvelfahrens*) "*Das Verwaltungsverfahren ist an bestimmte Formen nicht gebunden, soweit keine besonderen Rechtsvorschriften fiir die Form des Veifahrens bestehen. Es ist einfach und zweckmifflig durchzufUhren*". La soluzione adottata con questa norma risale nel tempo: essa era già presente nel testo del *Musterentwulf eines Verwaltungsverfahrensgesetz* del 1968 e si ritrova pressoché invariata nello *Entwulf eines Verwaltungsvefahrensgesetz* del 1970 ed in quello del 1973. Si veda P. STELKENS, H.J. BONK, K. LEONHARDT, *Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar*, München, 1983, 152 ss.

[42] Cfr. P. BADURA, *Das Verwaltungsverfahren*, in E. HANS UWE, M. WOLFANG (Hrsgg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, 1983, 330.

[43] Cfr. N. ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, 1985, 160; ID., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, 1982, 417; W. SCHMIDT, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, München, 1982, 87 ss.

è contemperata dal principio di un procedimento legittimo, da quello di un esercizio regolare della discrezionalità, da quello della proporzionalità dei mezzi nonché dal principio che impone la realizzazione di un procedimento corretto ed adeguato. Si è tentato dunque, in tal modo, di soddisfare non solo le esigenze legalitarie, assicurando, attraverso una giurisdizionalizzazione del procedimento, il rispetto della legittimità, ma anche le esigenze di un'amministrazione celere, semplice ed opportuna.

Le necessità sottese all'elaborazione teorica del procedimento effettuata nella Repubblica federale di Germania sono presenti anche nel nostro ordinamento giuridico.

In una prima fase, nel nostro ordinamento si è delineato un quadro di riferimento dogmatico e giurisprudenziale propenso a riconoscere la configurabilità di procedimenti amministrativi atipici.

Successivamente, con l'emanazione della l. n. 241/1990 e delle sue integrazioni e modificazioni, il problema qui prospettato è stato definitivamente risolto.

Invero la legge sul procedimento amministrativo, pur non definendo il concetto di procedimento, presenta diverse norme dalle quali risulta evidente che l'amministrazione deve esercitare l'attività amministrativa autoritativa seguendo le norme poste dalla l. n. 241/1990, le disposizioni che disciplinano i singoli procedimenti e i principi dell'ordinamento comunitario.

A quanto precede va anche aggiunto che l'art. 2, primo comma, seconda parte, della l. n. 241/1990, impone alle amministrazioni di aprire un procedimento anche in presenza di istanze manifestamente irricevibili, inammissibili, improcedibili o infondate.

Ne consegue che la legge sul procedimento amministrativo pone a carico dell'amministrazione un dovere generale di agire mediante procedimenti amministrativi, con conseguente configurabilità non solo di procedimenti tipici, espressamente previsti e disciplinati da singole disposizioni di legge, ma anche di procedimenti atipici, configurabili nei casi in cui l'amministrazione si attenga anche solo alle disposizioni della l. n. 241/1990 ed ai principi dell'ordinamento comunitario.

6. Le fasi del procedimento espropriativo

Il procedimento amministrativo [44], può essere scomposto in fasi per meglio

[44] Sul procedimento amministrativo si vedano F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 1914, 1083 ss.; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, III, Padova, 1914, 1234 ss.; U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di O. Ranelletti*, cit.; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1950; M. NIGRO, *Proce-*

comprenderne lo sviluppo dinamico; in particolare possiamo individuarne tre: la fase preparatoria, la fase costitutiva e la fase integrativa dell'efficacia [45]. Bisogna comunque precisare che si propongono anche altre classificazioni della tripartizione, come quella che distingue fra fase dell'iniziativa, fase dell'istruttoria e fase decisoria [46]. Il procedimento può essere dunque articolato anche in quattro fasi: fase dell'iniziativa, fase istruttoria, fase decisoria e fase di integrazione dell'efficacia [47].

La scelta fra l'uno e l'altro modello dipende dal grado di specificazione che si preferisce adottare. Invero, l'articolazione in fasi ha una funzione espositiva e chiarificatrice di un *iter* decisionale, che si snoda attraverso una pluralità di momenti giuridici. Nella realtà dell'azione amministrativa, le fasi non si presentano mai nettamente separate l'una dall'altra, perché spesso momenti tipici dell'una si rinvengono nelle altre e viceversa; inoltre, singoli specifici procedimenti, spesso si articolano in una pluralità di fasi profondamente diverse da quelle considerate dalla tesi della tripartizione o dalla tesi della quadripartizione.

A titolo di esempio, si può considerare il procedimento espropriativo [48]. L'art.

---

dimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo), in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1966; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950; A. MELONCELLI, *L'iniziativa procedimentale*, Milano, 1976, 1 ss.; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940 (ristampa 1959); E. CARDI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur*., XXIV, Roma, 1991; G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, III, 1993, M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, cit., 574; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 531 ss.; A. SANDULLI, *Procedimento amministrativo,* in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 4510; F. MERUSI, *Per il ventennale della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2010; R. CHIEPPA, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2010; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005; V. CERULLI IRELLI, *La disciplina generale della azione amministrativa*, Napoli, 2006; F.G. SCOCA, *Il punto sulla disciplina legislativa sul procedimento amministrativo*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007; F. LIGUORI, *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, Bologna, 2007; F. MERUSI, A. FIORITTO, G. CIAGLIA, V. GIOMI, A. BERTANI, F. FREDANI, *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Pisa, 2005 e 2009; N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata alle leggi n. 15/2005 e 80/2005*, Torino, 2009; M.A. SANDULLI, *La riforma della legge sul procedimento amministrativo tra novità vere e apparenti*, in *www. federalismi.it*; A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, cit., 2011, 215 ss.

[45] A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964 (ma 1940), 121 ss., 175 ss., 260 ss.

[46] A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, cit., 2014, 212.

[47] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 482 ss.; F. TEDESCHINI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 892 ss.; R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, cit., 591 ss.

[48] Sulle fasi del procedimento espropriativo sia consentito rinviare a C. GUACCI, *Le fasi del pro-*

8, rubricato "*Le fasi del procedimento espropriativo*", del d.p.r. 8.6.2001, n. 327, quale precisa che "*il decreto di esproprio può essere emanato qualora: a) l'opera da realizzare sia prevista nello strumento urbanistico generale, o in un atto di natura ed efficacia equivalente, e sul bene da espropriare sia stata apposto il vincolo preordinato all'esproprio; b) vi sia stata la dichiarazione di pubblica utilità; c) sia stata determinata, anche se in via provvisoria l'indennità di esproprio*" [49].

A quanto precede va aggiunto che la disciplina specifica delle predette fasi è individuata rispettivamente dagli artt. 9, 10, 11, per la fase relativa all'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio; dagli artt. 12-19, per la fase di dichiarazione di pubblica utilità; dagli artt. 20-22 per la determinazione dell'indennità di espropriazione; dagli artt. 23-25 per la fase relativa all'emanazione e all'esecuzione del decreto di esproprio.

Pertanto, nell'ambito del procedimento espropriativo si distinguono le seguenti quattro fasi: *a*) la fase dell'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio; *b*) la fase della dichiarazione di pubblica utilità; *c*) la fase della determinazione, anche in via provvisoria, dell'indennità di esproprio; *d*) il decreto d'esproprio.

Vi è, poi, un'ulteriore fase, successiva alla conclusione del procedimento espropriativo, che è quella dell'immissione nel possesso dell'area espropriata. Ognuna delle predette fasi, a sua volta, integra un subprocedimento, che si articola in ulteriori diverse fasi.

In definitiva, il procedimento può essere articolato in fasi, purché sia chiaro che si tratta di una classificazione meramente convenzionale, che nella realtà dell'azione amministrativa e nelle discipline positive dei diversi specifici procedimenti non trovano sempre riscontro.

7. Le funzioni del procedimento amministrativo

Il procedimento amministrativo assolve diverse funzioni che, nel corso del tempo, sono andate sovrapponendosi a quella originaria. Seguendo un ordine logico, fra le funzioni del procedimento amministrativo vanno annoverate: *a*) quella

---

cedimento espropriativo, in C. GUACCI, S. PERONGINI (a cura di), *Profili giuridici dell'espropriazione per pubblica utilità*, Torino, 2013, 45 ss.

[49] Cfr. E.M. MARENGHI, *Commento all'art. 8*, in A. SATURNO, P. STANZIONE (a cura di), *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2002, 137 ss.; A. ALBÈ, *Commento all'art*. 8, in A. TRAVI (a cura di), *Commentario sistematico al Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità*, Padova, 2004, 95; L. MARUOTTI, *Commento all'art. 8*, in F. CARINGELLA, G. DE MARZO, R. DE NICTOLIS (a cura di), *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2007, 104 ss.; C. CACCIAVILLANI, *Le espropriazioni*, in F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, cit., 2011, 704 ss.

di accertamento, *b*) quella di acquisizione degli interessi implicati nella vicenda, *c*) quella concretantesi nella valutazione e nella comparazione degli interessi selezionati, *d*) quella di interpretazione della disciplina giuridica da applicare al caso di specie, *e*) quella di determinazione della regola precettiva oggetto del provvedimento, *f*) quella di garanzia ed infine *g*) quella di legittimazione sociale.

a) Il procedimento consente di acclarare la situazione di fatto esistente per consentire all'amministrazione di provvedere, con piena consapevolezza, circa la realtà sulla quale la sua determinazione inciderà [50].

La ricostruzione del fatto svolge quindi un duplice ruolo: da un lato consente all'amministrazione di articolare la propria azione sulla realtà oggettiva, dall'altro, rappresenta la cornice nel cui ambito si collocheranno gli interessi da comparare.

b) Il procedimento assolve la funzione di acquisizione degli interessi, di quelli pubblici, di quelli privati e di quelli c.d. secondari [51].

In definitiva, ricostruzione del fatto e acquisizione degli interessi sono funzioni diverse, a volte sovrapposte, ma sicuramente autonome [52].

c) Il procedimento assolve alla funzione di valutare consistenza e peso degli interessi coinvolti, alla funzione di composizione degli interessi. La crisi del rapporto classico tra legge ed attività amministrativa, in forza della quale il provvedimento era mera esecuzione della legge, amplia la discrezionalità devoluta all'amministrazione. La complessità dei conflitti induce il legislatore a demandare alla pubblica amministrazione il compito di risolverli. Tutto ciò potenzia il ruolo del procedimento, tenendo conto che la struttura e la complessità del procedimento sono condizionati: *a*) dalla natura e dal numero degli interessi e *b*) dal grado di discrezionalità.

d) Il procedimento assolve anche alla funzione di esternare il processo interpretativo delle norme da applicare. La funzione in questione ha evidenti assonanze con quella cui assolve il processo. Anche nel processo il giudice, prima di emettere la decisione, interpreta le norme da applicare al caso concreto. La differenza esistente fra processo e procedimento, sul punto, è rappresentata dal fatto che mentre nel processo il giudice manifesta, eventualmente, le norme da interpretare, i criteri interpretativi e gli esiti della loro applicazione in sentenza, nel procedimento l'individuazione delle norme e la loro esegesi viene invece esternata già nelle fasi prodromiche all'emanazione del provvedimento per poi confluire in quest'ultimo.

e) Il procedimento determina la regola precettiva oggetto del provvedimento.

---

[50] R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, cit., 579.

[51] A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, cit., 2014, 214.

[52] A. ZITO, *op. loc. ult. cit*.

Infatti, l'amministrazione nell'emanazione del provvedimento deve trasfondere tutto quanto è avvenuto nel corso del procedimento, soppesando adeguatamente ogni atto acquisito, anche quelli dei privati, offrendo loro il corretto rilievo.

f) Il procedimento amministrativo, formalizzando tutti gli atti che producono effetti condizionanti l'avvio di altri atti o che innescano effetti che determinano o concorrono a determinare il contenuto del provvedimento, rende trasparente il processo decisionale.

La tracciabilità della decisione [53] è infatti il presupposto essenziale per svolgere un controllo sull'esercizio dell'attività amministrativa e per verificare la sua conformità ai principi e alle norme che la regolano.

g) Il procedimento, infine, svolge una funzione di legittimazione sociale delle decisioni amministrative [54]. A tal proposito si è sostenuto, soprattutto nella letteratura giuridico-sociologica, che i procedimenti, ordinati mediante regole giuridiche, contribuiscono a legittimare le decisioni giuridicamente vincolanti [55]. Secondo l'orientamento in esame, dunque, la legittimazione delle decisioni pubbliche, non può basarsi sull'autorità dello Stato, ma, nelle organizzazioni sociali moderne, rinviene il suo fondamento nella disciplina dell'esercizio del potere mediante procedimenti, nell'ambito dei quali si assegna alla partecipazione degli interessati la funzione di coinvolgerli nella determinazione della decisione [56].

---

[53] A. ZITO, *op. ult. cit*., 210.

[54] In tal senso, R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, cit., 577.

[55] N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995, XIV.

[56] N. LUHMANN, *op. ult. cit*., 34 ss., 207 ss.

Capitolo Secondo

L'istruttoria procedimentale e il responsabile del procedimento

CARMENCITA GUACCI

SOMMARIO: 1. L'istruttoria procedimentale. – 2. L'istruttoria partecipata. – 3. Il principio di libertà nell'acquisizione degli elementi di fatto. – 4. Brevi cenni sui compiti del responsabile del procedimento. – 5. La motivazione e il suo collegamento con le risultanze dell'istruttoria. – 6. Eccesso di potere per difetto di istruttoria.

1. L'istruttoria procedimentale

Il legislatore, pur prevedendo una legge generale sul procedimento amministrativo, non ha dettato una disciplina precisa e compiuta delle varie fasi in cui si articola il *modus agendi* dei pubblici poteri.

L'individuazione delle varie fasi del procedimento amministrativo è da ricondurre esclusivamente ad una laboriosa ricostruzione della dottrina. Un orientamento dottrinale distingueva tre fasi del procedimento amministrativo: la fase preparatoria, la fase costitutiva e la fase integrativa dell'efficacia [1]. Un'altra tesi, invece, individuava quattro fasi del procedimento amministrativo; la fase di ini-

[1] A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 645; ID., *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 78 ss.: "[…] *in seno alla serie procedurale viene a riscontrarsi una successione di attività, le quali, nei confronti del risultato giuridico che si persegue, esplicano una funzione ben diversa l'una dalle altre.* […] *Nel corso della successione, da un punto di vista cronologico, le singole attività, che nella serie si susseguono, si distribuiscono precisamente in rapporto alla funzione che esplicano nei confronti dello effetto giuridico che si considera.* […] *Per questo, corrispondentemente alla funzione e al momento del venire in essere di ciascuno degli elementi che nella serie procedurale si susseguono, è possibile far luogo a una vera e propria partizione del procedimento in fasi.* […] *appare possibile* […] *distinguere fin da ora, in seno al procedimento che si svolga in vista di una data fattispecie, una fase preparatoria, una fase costitutiva e una fase integrativa dell'efficacia*".

ziativa, la fase istruttoria, la fase decisoria e la fase integrativa dell'efficacia.

Tralasciando l'analisi e lo studio delle altre fasi del procedimento amministrativo e ritornando alla fase oggetto dell'indagine, senza dubbio uno dei momenti più importanti in cui si estrinseca lo svolgimento dell'attività amministrativa è quello dell'istruttoria procedimentale [2]. Di recente si è potuto assistere anche al superamento dell'unilateralità e della riservatezza che caratterizzavano tradizionalmente tale fase. La l. n. 241/1990 si occupa dell'istruttoria nel capo II, relativo al responsabile del procedimento (artt. 4, 5 e 6), nel capo III dedicato alla partecipazione al procedimento amministrativo, in particolare agli artt. 10 e 10-*bis* della l. n. 241/1990 e, infine, in alcuni articoli del capo IV, vale a dire nell'art. 14, primo comma, dedicato alla conferenza di servizi istruttoria.

Il predetto istituto, infatti, non costituisce solo un "momento" di semplificazione dell'azione amministrativa, ma anche, e soprattutto, un momento di migliore esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione, attraverso una più completa ed approfondita valutazione degli interessi pubblici (e privati) coinvolti, a tal fine giovandosi dell'esame dialogico e sincronico degli stessi. In altre parole, la valutazione tipica dell'esercizio del potere discrezionale (e la scelta concreta ad essa conseguente) si giova proprio dell'esame approfondito e contestuale degli interessi pubblici, di modo che la stessa, ove avvenga in difetto di tutti gli apporti normativamente previsti, risulta illegittima perché viziata da eccesso di potere per difetto di istruttoria, che si riverbera sulla completezza ed esaustività della motivazione [3].

Come è noto, l'istruttoria è la fase diretta all'acquisizione dei dati, all'accertamento dei fatti e all'acquisizione degli interessi necessari per poter adottare la decisione finale. Attraverso la fase istruttoria la pubblica amministrazione svolge

---

[2] Sull'istruttoria procedimentale si rinvia a tutta l'ampia bibliografia esistente e tra tanti, F. APERIO BELLA, *L'istruttoria procedimentale*, in M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, 253 ss.; M.C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amm*., 6, 2001, 1829; R. CHIEPPA, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 3, 2010, 667; A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, 797; F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm*., 1, 1996, 11; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993; M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/1990*, *ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm*., 2, 2010, 459; F. TRIMARCHI BANFI, *L'istruttoria procedimentale dopo l'articolo 10-bis della legge su procedimento amministrativo*, in *Dir. amm*., 2, 2011, 353.

[3] T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 6.6.2017, n. 3019; Cons. Stato, sez. IV, 1.12.2016, n. 5044; Cons. Stato, sez. IV, 3.11.2016, n. 4600; T.a.r. Sicilia, Catania, sez. I, 30.12.2016, n. 3521. Tant'è che per Cons. Stato, sez. VII, 16.3.2022, n. 1889: "*l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, enunciato con carattere generale dall'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, va inteso ed assolto non già sul piano meramente formale, come elemento strutturale del provvedimento, ma in senso funzionale, per cui il contenuto dispositivo dell'atto deve essere adeguato in relazione agli elementi di fatto e di diritto considerati per l'esercizio del potere autoritativo, quali complessivamente emergenti dal procedimento e dall'istruttoria ivi svolta*".

gli accertamenti necessari per poter acquisire le informazioni e i dati necessari al fine di comparare i vari interessi in gioco con il minor sacrificio possibile dell'interesse del privato [4]. Tuttavia, nonostante il legislatore abbia dedicato una certa attenzione alla regolamentazione della predetta fase con la previsione di numerose norme dettanti i principi che devono presidiare una istruttoria corretta (si pensi al principio di non aggravamento dell'istruttoria, al principio della leale cooperazione, al principio del contradditorio, a quello della partecipazione e del giusto procedimento), non esiste una regolamentazione dettagliata degli adempimenti istruttori che sicuramente avrebbero garantito, e non lasciato sulla carta, l'attuazione dei predetti principi e un operato dei pubblici poteri improntato al dialogo partecipativo in vista dell'adozione del provvedimento finale.

Tutte le volte che la pubblica amministrazione persegue il suo fine istituzionale attraverso un'attività procedimentalizzata è tenuta allo svolgimento dei dovuti accertamenti istruttori previsti dalla legge. In riferimento agli atti istruttori, in assenza di una disciplina specifica, la pubblica amministrazione dispone del più ampio potere di iniziativa, nonché del potere di rinnovare e di integrare l'attività istruttoria già conclusa e ritenuta illegittima o inadeguata [5]. L'istruttoria procedimentale è la fase centrale del procedimento amministrativo. Senza una adeguata azione conoscitiva e valutativa del fatto, l'autorità amministrativa non sarebbe in grado di usare il potere discrezionale conferitole dalla legge, e neppure di verificare l'esistenza di quei presupposti per i quali deve agire nel caso di attività vincolata [6]. Le modalità mediante le quali è stata compiuta l'istruttoria nel procedimento amministrativo evidenziano l'esistenza dell'ampio potere pubblico esercitato [7] e possono formare oggetto di un controllo di legittimità da parte del giudice nell'ipotesi di macroscopici vizi logici, o travisamento dei fatti, ma il giudice deve limitarsi a verificare la logicità, la congruità, la ragionevolezza e l'adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione, la regolarità del procedimento e la completezza dell'istruttoria, l'esistenza e l'esattezza dei presupposti di fatto posti a fondamento della deliberazione.

---

[4] T.a.r. Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 14.1.2022, n. 3: "*È il procedimento, e non il processo, la sede naturale dell'istruttoria, nella quale vanno versati tutti i documenti che il privato intenda sottoporre all'attenzione dell'Amministrazione. Ove ciò non accada, il privato non può pretendere che l'Amministrazione valuti, in sede procedimentale, documenti prodotti in sede di ricorso avverso precedenti provvedimenti amministrativi*".

[5] Cons. Stato, sez. V, 10.1.2017, n. 44.

[6] D. BORTOLOTTI, *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, Milano, 1984, 62.

[7] Questa ampia potestà discrezionale del pari è ravvisabile anche nell'ambito specifico delle gare per l'affidamento di contratti d'appalto, benché sia maggiore l'influenza delle norme e dei principi europei nonché della giurisprudenza della Corte di giustizia. Nelle procedure di evidenza pubblica la stazione appaltante ha la facoltà di individuare requisiti sostanziali o adempimenti formali, più rigorosi rispetto agli standard europei fermo il rispetto delle norme di legge. Cons. Stato, sez. VI, 15.12.2014, n. 6153.

Lo svolgimento dell'attività istruttoria è, dunque, correlato al tipo di potere esercitato. Se il potere è vincolato, l'istruttoria è limitata alla verifica delle condizioni di legge [8], se il potere è discrezionale, allora la decisione amministrativa dovrà essere preceduta da una complessa valutazione comparativa degli interessi coinvolti e l'istruttoria sarà proporzionata alla complessità e all'articolazione del processo decisionale medesimo e sarà aperta all'apporto partecipativo dei privati [9].

I provvedimenti adottati sono legittimi qualora la motivazione e l'istruttoria siano adeguate e rispettose delle regole procedimentali. Laddove la scelta compiuta dall'amministrazione nel compimento dell'istruttoria non sia supportata da un'idonea motivazione, sulla scorta di una previa puntuale istruttoria procedimentale, si denoterebbe una istruttoria carente [10] che è sempre motivo di annullamento dell'atto [11].

2. L'istruttoria partecipata

L'art. 10, primo comma, lett. b) della l. n. 241/1990 prevede l'obbligo della pubblica amministrazione di valutare, nella fase istruttoria del procedimento amministrativo, tutti gli apporti dati dal privato, purché siano pertinenti all'oggetto del procedimento [12]. Il legislatore, dunque, impone alla pubblica amministrazione l'obbligo di valutare memorie e documenti prodotti dal privato e consente a quest'ultimo di partecipare attivamente all'espletamento dell'istruttoria e di realizzare un vero e proprio confronto partecipativo [13].

---

[8] T.a.r. Lombardia, Milano, sez. II, 1.3.2017 n. 96; Cons. Stato, sez. V, 29.7.2000, n. 4217; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. II, 3.11.2016, n. 2011; Cons. Stato, 8.9.2011, n. 2189.

[9] D. BORTOLOTTI, *op. loc. ult. cit*.

[10] T.a.r. Calabria, Calabria, sez. I, 20.4.2016, n. 813.

[11] Cons. Stato, sez. IV, 28.3.2017, n. 1407; Cons. Stato, sez. IV, 3.8.2010, n. 5163. T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 2.3.2015, n. 3449; T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 12.7.2010, n. 16669; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 10.11.2011, n. 1350; Cons. Stato, sez. VI, 21.5.2007, n. 2536; Cons. Stato, sez. VI, 15.12. 2014, n. 6153.

[12] T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 10.6.2021, n. 3924: "*La garanzia partecipativa prevista dagli artt. 7 e 10, l. n. 241/1990 è rivolta ad assicurare un effettivo e proficuo apporto collaborativo del privato al procedimento e la sua violazione assume rilievo ogni qual volta la mancata partecipazione abbia impedito al medesimo di apportare utili elementi da sottoporre alla valutazione dell'Amministrazione interessata. Tuttavia, va anche escluso ogni rigido ed inutile formalismo in quanto, nel denunciare la violazione di siffatta garanzia partecipativa, l'interessato ha l'onere di indicare quali siano gli utili elementi di valutazione che, qualora tempestivamente avvisato, avrebbe potuto introdurre nel procedimento*".

[13] In dottrina, cfr. A. CAUDURO, *La partecipazione amministrativa come trasparente "associazione" o "dissociazione" dalle scelte dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm*., 2022, 1, 181; M. D'ALBERTI, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrati-*

Secondo la lettera della norma, l'amministrazione deve valutare adeguatamente le memorie scritte ed i documenti prodotti dai destinatari dell'atto ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento e richiamarli nella motivazione. Altresì, laddove dovesse ritenere non pertinenti le allegazioni dei privati, non potrà omettere il loro richiamo nella motivazione, ma dovrà specificare le ragioni per le quali sono state ritenute non utilizzabili ai fini decisori. Tuttavia, molto spesso accade che, nel discorso motivazionale, l'amministrazione decidente non consideri in alcun modo le allegazioni presentate dai privati in sede istruttoria, oppure non proceda in modo adeguato alla confutazione delle argomentazioni, di fatto e di diritto, presentate dai soggetti secondo il principio di partecipazione e di trasparenza.

Tutt'ora è dibattuto in giurisprudenza se, in conformità all'art. 10 della l. n. 241/1990, nonché dei principi costituzionali e comunitari operanti in *subiecta* materia, l'obbligo della motivazione includa anche la presa in considerazione delle memorie e degli scritti presentati dal privato durante la sua partecipazione procedimentale. Anche su questa questione si sono formati due orientamenti contrapposti.

Come più volte ribadito dalla giurisprudenza, l'obbligo della motivazione include anche la presa in considerazione delle memorie e degli scritti presentati dal privato. In particolare, tale giurisprudenza sostiene "*che nella fase istruttoria l'amministrazione ha l'obbligo di valutare adeguatamente tutte le circostanze di fatto e di diritto di cui sia a formale conoscenza, ed in particolare le memorie scritte ed i documenti prodotti dai destinatari dell'atto ove siano, come nel caso di specie, pertinenti all'oggetto del procedimento*" [14]. La mancata disamina della memoria in corso di procedimento amministrativo si traduce non solo in un vizio procedimentale di elusione della partecipazione procedimentale, ma anche in un vizio sostanziale, conducendo ad un difetto di motivazione e di istruttoria sui presupposti del provvedimento. Secondo il predetto orientamento, anche le ragioni espresse dal destinatario dell'atto, in sede di reazione al provvedimento negativo assunto, devono essere necessariamente valutate e soppesate e di esse se ne deve dar conto nella parte motiva del provvedimento [15].

---

vi, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2000; F. TRIMARCHI, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm*., 3, 2000, 627; M.R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2, 2002, 283.

[14] T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 18.12/2020, n. 6255; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 5.12.2014, n. 6375; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 4.11.2014, n. 11072; T.a.r. Liguria, Genova, sez. I, 7.11.2005, n. 1447.

[15] T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 3.2.2020, n. 494; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 5.12.2014, n. 6375; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 4.11.2014, n. 11072; T.a.r. Liguria, Genova, sez. I, 7.11.2005, n. 1447. Secondo T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 3.6.2021, n. 6554: "… *l'amministrazione non può ritenersi tenuta a svolgere un'analitica confutazione delle deduzioni del privato introdotte ai sensi dell'art. 10 L. 241/1990, essendo sufficiente ai fini della sua giustificazione una motivazione*

L'orientamento contrario, invece, afferma "*che l'obbligo, ex art. 10 della l. n. 241 del 1990, di esame delle memorie e dei documenti difensivi presentati dagli interessati, nel corso dell'iter procedimentale, non impone un'analitica confutazione in merito di ogni argomento utilizzato dagli stessi, essendo sufficiente uno svolgimento motivazionale che renda, nella sostanza, percepibile la ragione del mancato adeguamento dell'azione della P.A. alle deduzioni difensive dei privati*" [16].

Sempre secondo tale tesi, nell'adottare un provvedimento, la pubblica amministrazione non è tenuta a riportare nelle premesse e nella motivazione il testo integrale delle controdeduzioni del destinatario del provvedimento stesso, essendo al contrario sufficiente che le valuti nel loro complesso o per questioni omogenee, senza necessità di disattenderle in maniera analitica, salvo che non sia provato che l'amministrazione non abbia neppure esaminato le osservazioni e le controdeduzioni formulate, respingendole con una mera formula di stile [17]. La predetta tesi, pur privilegiando una interpretazione sostanziale della lettera della norma di cui all'art. 10 della l. n. 241/1990, non può essere esente da critiche, perché comprime la previsione generale dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 della predetta legge, i principi generali della trasparenza, della partecipazione, del buon andamento della pubblica amministrazione, ma soprattutto rimarca il ruolo autoritativo e la disuguaglianza esistente sul piano sostanziale fra privati e pubblica amministrazione, che soprattutto nella fase saliente dell'istruttoria procedimentale dovrebbero essere bilanciati dal principio del giusto procedimento e della leale cooperazione tra l'amministrazione e il privato [18].

---

complessivamente e logicamente resa a sostegno dell'atto stesso (cfr. ex multis Cons. Stato, n. 6815/2020; Tar Lazio, III ter, sent. n. 1808/2021; TAR Lazio n. 184/2021)".

[16] Cons. Stato, sez. IV, 1.3.2017 n. 941; Cons. Stato, sez. IV, 24.2.2017, n. 873; Cons. Stato, sez. VI, 6.12.2016, n. 5150; T.a.r. Emilia-Romagna. Parma, sez. I, 16.11.2015, n. 291; Cons. Stato, sez. V, 21.6.2013, n. 3402; T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 3.9.2014, n. 1502; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. II, 14.1.2015, n. 15; Cons. Stato, sez. VI, 3.7.2014, n. 3355.

[17] Cons. Stato, sez. VII, 4.7.2022, n. 5550; Cons. Stato, sez. IV, 1.3.2017 n. 941; Cons. Stato, sez. IV, 24.2.2017, n. 873; Cons. Stato, sez. VI, 6.12.2016, n. 5150; T.a.r. Emilia-Romagna. Parma, sez. I, 16.11.2015, n. 291; Cons. Stato, sez. V, 21.6.2013, n. 3402; T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 3.9.2014, n. 1502; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. II, 14.1.2015, n. 15; Cons. Stato, sez. VI, 3.7.2014, n. 3355.

[18] Si ricorda che il principio della collaborazione tra P.A. e cittadino è oggi sancito espressamente all'art. 1, al comma secondo *bis*, introdotto dall'art. 12, primo comma, lett. 0a), l. n. 120/2020): "I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai princìpi della collaborazione e della buona fede".

3. Il principio di libertà nell'acquisizione degli elementi di fatto

Lo svolgimento della fase istruttoria non è retto da regole ben precise cui la pubblica amministrazione si può attenere nell'accertamento di un fatto o nell'acquisizione e valutazione dei vari interessi. Nel procedimento amministrativo l'istruttoria è atipica *ex* artt. 6 e ss. l. n. 241/1990 [19]. In altri termini, secondo tale norma, l'attività istruttoria nel procedimento amministrativo è una attività a forma libera, che non incontra limiti legali di prova, quali quelle che caratterizzano lo svolgimento dell'istruttoria nel processo civile o nel processo amministrativo, ed anche nel processo penale quando si esce dai confini dell'art. 189 c.p.p. [20].

Nell'ordinamento amministrativo vige il principio acquisitorio, in virtù del quale l'amministrazione non è vincolata dalle allegazioni dei fatti contenuti nelle istanze e nelle richieste ad essa rivolte.

Tuttavia, l'attività di selezione e di accertamento dei fatti e degli interessi non è priva di limiti. L'esercizio del suddetto potere di iniziativa costituisce l'applicazione del principio inquisitorio, che determina l'attribuzione, in capo all'amministrazione, dell'onere di fornire la prova della sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento. Non prevede preclusioni di sorta per l'autorità amministrativa nell'accertamento della situazione di fatto. La fase istruttoria si ispira, inoltre, al principio della libera valutazione delle prove da parte dell'amministrazione e del non aggravamento del procedimento, se non in presenza di motivate esigenze imposte dalle attività compiute in tale fase [21].

La sussistenza del predetto principio pone il problema di individuare l'oggetto dell'attività istruttoria.

4. Brevi cenni sui compiti del responsabile del procedimento

Il titolare della fase istruttoria è il responsabile del procedimento. Le pubbliche amministrazioni sono tenute a determinare, per ciascun tipo di procedimento relativo ad atti di loro competenza, l'unità organizzativa responsabile della istruttoria

---

[19] L'art. 6, primo comma, lett. b), l. n. 241/1990 stabilisce, infatti, che il responsabile del procedimento "*accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali*".

[20] T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 20.6.2012, n. 1131.

[21] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020, 437.

e di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del provvedimento finale (art. 4, l. n. 241/1990[22]).

I compiti del responsabile del procedimento sono configurati dall'art. 6 della l. n. 241/1990, che tra i suoi obblighi prevede quello di "*curare l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria*".

Il responsabile del procedimento è il dirigente o il funzionario preposto all'unità organizzativa competente alla trattazione del tipo di procedimento. Il dirigente di ogni unità organizzativa provvede ad assegnare a sé, o ad altri addetti all'unità stessa, la responsabilità dell'istruttoria e di ogni altro adempimento inerente al procedimento e ad adottare, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale (art. 5, l. n. 241/1990)[23].

La figura del responsabile del procedimento è molto importante nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, in quanto oltre a garantire il corretto svolgimento di tutte le fasi del procedimento, attraverso il coordinamento del lavoro dei diversi uffici nell'ambito della singola ed unitaria sequenza procedimentale, consente di individuare la persona fisica a cui il cittadino può rivolgersi per ottenere le informazioni sullo stato di avanzamento delle pratiche, al quale è possibile

---

[22] Sul responsabile del procedimento la bibliografia è ampia e a essa tutta si rinvia; nello specifico, v. A.F. DI SCIASCIO, *Il responsabile del procedimento tra d.lgs. 163 del 12 aprile 2006 (codice dei contratti pubblici) e legge 190 del 6 novembre 2012 (legge anticorruzione)*, in F.G. SCOCA, A.F. DI SCIASCIO (a cura di), *Il procedimento amministrativo ed i recenti interventi normativi: opportunità o limiti per il sistema paese*, Napoli, 2015; G. FERRARI, *Il responsabile del procedimento amministrativo e il titolare del potere sostitutivo*, in *Foro amm. TAR*, 1, 2013, 351; D. GASPARRINI PIANESI, *Il responsabile del procedimento e la responsabilità amministrativa*, in G. SCIULLO (a cura di), *L'attuazione della legge 241/1990. Risultati e prospettive*, Milano, 1997; P. LAZZARA, *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016; M. LIPARI, *Il responsabile del procedimento dopo la legge n. 15/2005*, in *Neldiritto.it*, 10; F. NICOLETTI, *Dirigenti e responsabili del procedimento nell'amministrazione statale c.d. "di risultato*", in *Dir. econ*., 2003, 459; F.C. RAMPULLA, *I principi generali della l. 241/1990 e s.m. e il responsabile del procedimento*, in *Foro amm. TAR*, 2008; M. RENNA, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, in *Dir. amm*., 2000, 505 ss.; M.A. SANDULLI, *Responsabile del procedimento*, in V. ITALIA, M. BASSANI (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, Milano, 1991, 74 ss.; S. TARULLO, *Il responsabile del procedimento tra amministrazione solidale e collaborazione procedimentale*, in *giustamm.it*; R. URSI, *Il responsabile del procedimento "rivisitato"*, in *Dir. amm*., 2, 2021, 365.

[23] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020, 437. T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 6.11.2014, n. 11150: "*Quanto all'asserita mancata nomina del responsabile del procedimento, occorre osservare che ciò non determina un vuoto procedimentale o l'illegittimità del provvedimento conclusivo, potendosi applicare – al caso di specie – la norma suppletiva dettata dall'art. 5 della legge n. 241/1990, secondo la quale il dirigente di ciascuna unità organizzativa provvede ad assegnare a sé o ad altro dipendente addetto all'unità la responsabilità dell'istruttoria relativa al singolo procedimento e, fino a quando non sia effettuata tale assegnazione, egli è considerato responsabile del procedimento (Cfr. T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 26 febbraio 2011, n. 216; T.A.R. Lombardia Milano Sez. II, 14 dicembre 2009, n. 5329; T.A.R. Lazio Roma Sez. II bis, 16 maggio 2007, n. 4563)*".

proporre lamentele o accordi. Egli è dunque il gestore, il coordinatore dell'istruttoria [24].

Ai sensi dell'art. 6 della l. n. 241/1990, il responsabile del provvedimento, nell'espletamento dell'attività istruttoria, verifica le condizioni di legittimità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione del provvedimento. Inoltre, accerta d'ufficio i fatti disponendo il compimento degli atti a tale scopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e celere svolgimento dell'istruttoria [25]. Egli può attivare l'istituto del soccorso istruttorio al fine di chiedere il rilascio o la rettifica di dichiarazioni o di istanze erronee o incomplete, oltre ad avere la possibilità di esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare l'esibizione di documenti. Il responsabile del procedimento si occupa inoltre di curare le comunicazioni alle parti interessate, le pubblicazioni e le notificazioni inerenti al procedimento amministrativo, e propone l'indizione, o ove ne abbia la competenza, indice la conferenza di servizi, strumento di acquisizione al procedimento degli interessi rilevanti consistente in una riunione di persone fisiche rappresentanti le rispettive amministrazioni, ciascuna delle quali esprime il punto di vista dell'amministrazione rappresentata al fine di giungere ad una determinazione conclusiva. Infine, adotta, ove ne abbia la competenza, ossia ove la legge o atti aventi forza di legge lo prevedano, il provvedimento finale, altrimenti trasmette, all'organo amministrativo competente, gli atti del procedimento. Il responsabile del procedimento assolve in sostanza alla funzione di garantire che l'attività procedimentale non divenga dispersiva e lasciata in balia dell'esercizio del potere discrezionale che domina incontestato in questa fase [26].

L'art. 6, infine, dispone che l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale [27].

---

[24] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 437.

[25] E. CASETTA, *op. loc. ult. cit*.

[26] E. CASETTA, *op. loc. ult. cit.*

[27] T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 9.9.2020, n. 3733: "*Dall'esame degli artt. 4, 5 e 6 della l. 241/90 emerge chiaramente che il responsabile del procedimento deve essere nominato ed indicato all'inizio del procedimento e non nel provvedimento finale, che viene emanato dal soggetto competente a manifestare all'esterno la volontà dell'Amministrazione (che può anche coincidere con il responsabile del procedimento); pertanto, è del tutto normale che non sia indicato nel provvedimento impugnato. Peraltro, posto che, per giurisprudenza costante, in fase istruttoria procedimentale la mancata comunicazione del nominativo del responsabile del procedimento costituisce un'irregolarità, non incidente sulla validità del provvedimento finale (ex plurimis, T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 8 novembre 2019, n. 2348), a maggior ragione tale omissione è del tutto irrilevante quando il provvedimento è stato emesso e si lamenta solo in quel momento la mancata indicazione del responsabile del procedimento*".

5. La motivazione e il suo collegamento con le risultanze dell'istruttoria

Il legislatore, con gli artt. 3 e 6 della l. n. 241/1990, stabilisce un imprescindibile collegamento tra la fase istruttoria e la fase decisoria del procedimento amministrativo [28], ovvero tra le risultanze istruttorie e la motivazione del provvedimento amministrativo. In altri termini, la centralità dell'istruttoria emerge dallo stretto collegamento che intercorre tra l'accertamento dei presupposti di fatti e di diritto e la decisione amministrativa.

Come è noto, l'art. 3 della l. n. 241/1990 prevede che l'atto amministrativo deve recare l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che ne hanno determinato l'adozione in relazione alle risultanze dell'istruttoria sul procedimento [29]. Invece, l'art. 6, primo comma, lett. e) di tale legge prescrive che l'organo competente all'adozione del provvedimento finale, se diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria da questi condotta se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale. La decisione finale della pubblica amministrazione, dunque, deve essere preceduta da un'adeguata conoscenza della realtà esterna, la quale avviene attraverso l'istruttoria [30]. L'attività conoscitiva ha luogo mediante l'acquisizione dei fatti e l'acquisizione degli interessi. L'acquisizione dei fatti si svolge tramite una serie di operazioni i cui risultati vengono attestati da dichiarazioni di scienza acquisite al procedimento. I dati di fatto vengono individuati dai privati, che li rappresentano partecipando al procedimento amministrativo o che possono essere individuati dall'amministrazione [31]. Gli interessi, invece, vengono introdotti nel procedimento attraverso l'iniziativa dell'amministrazione procedente, l'acquisizione delle determinazioni di altri soggetti terzi, l'indizione della conferenza di servizi e la par-

---

[28] T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 10.1.2017, n. 301; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 22.4.2016, n. 4718; Cons. Stato, sez. V, 21.4.2016, n. 1588; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 11.9.2015 n. 1840.

[29] In dottrina, sulla motivazione del provvedimento, si richiama qui tutta la bibliografia esistente e si consiglia altresì la lettura di G. BERGONZINI, *La motivazione degli atti amministrativi*, Vicenza, 1979; A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013; A. CIOFFI, *La motivazione del provvedimento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2015, 199 ss.; G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 2001, 774 ss.; L. FERRARA, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm. TAR*, 4, 2008, 1193 ss.; C.M. IACCARINO, Studi *sulla motivazione con speciale riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933; G. ROHERSSEN, *Note sulla motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1941, 121 ss.; A. ROMANO TASSONE, Legge *sul procedimento e motivazione dell'atto amministrativo. Prime osservazioni*, in *Scritti in onore di P. Virga*, II, Milano, 1994, 1591 ss.

[30] E. CASETTA, *op. ult. cit.*, 437.

[31] *Ivi.*

tecipazione procedimentale [32]. Una rappresentazione esaustiva del percorso seguito per giungere alla decisione finale si rende necessaria in quanto, attraverso la motivazione, l'autorità amministrativa deve rendere ragione del modo in cui ha svolto la propria funzione.

Il tema del collegamento tra l'istruttoria e la motivazione è stato oggetto di significativi approfondimenti da parte della giurisprudenza [33], che hanno generato due diversi orientamenti, il secondo più ampio, il primo più restrittivo. Quest'ultimo ha più volte sottolineato il ruolo e l'importanza della motivazione quale strumento di verifica della completezza e dell'adeguatezza dell'istruttoria sottostante le scelte provvedimentali: più complessa e "ricca" di elementi è l'istruttoria più ampia dev'essere la motivazione.

In particolare, secondo la tesi più restrittiva, "*la motivazione di un atto amministrativo è un imprescindibile collegamento tra la decisione e l'istruttoria, con rilevanti riflessi sulla patologia della determinazione conclusiva del procedimento amministrativo allorquando la discrasia tra il procedimento e il provvedimento emerga inequivocabilmente e non possa essere chiarita ed interpretata sulla base delle indicazioni contenute nella parte motiva dell'atto* [34]. In altri termini secondo questa tesi, vi è un rapporto di stretta connessione tra risultanze istruttorie e corredo motivazionale, sennonché la motivazione deve fotografare, rappresentare in

---

[32] *Ivi.*

[33] T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 10.1.2017, n. 301; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 23.3.2017, n. 512; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 22.4.2016, n. 4718; Cons. Stato, sez. V, 21.4.2016, n. 1588; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 22.2.2016, n. 2451; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 1.6.2016, n. 6460; Cons. Stato, n. 5376/2013; Cons. Stato, n. 173/2012; Cons. Stato, n. 6885/2011; Cons. Stato, sez. VI, 28.10.2015, n. 4925; Cons. Stato, sez. IV, n. 4147/2016); T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 11.9.2015, n. 1840; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 8.9.2015, n. 4400; T.a.r. Sicilia, Catania, sez. IV, 29.3.2012, n. 900; Cons. Stato, sez. IV, 29.5.2015, n. 2694; Cons. Stato, sez. IV, 9.2.2015, n. 657; Cons. Stato, 22.12.2014, n. 6313; Cons. Stato, sez. III, 2.4.2013, n. 1856; Cons. Stato, sez. IV, 7.11.2012, n. 5670; T.a.r. Campania, Napoli, sez. IV, 6.3.2013, n. 1248; T.a.r. Marche, Ancona, sez. I, 8.11.2010, n.3371; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 31.5. 2011, n. 1053; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 1.3.2010 n. 3171; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I 4.8.2009 n. 784; T.a.r. Lombardia Brescia, sez. I, 22.11.2011, n. 1603; Cons. Stato, sez. IV, 27.1.2012, n. 429.

[34] T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 10.1.2017, n. 301; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 23.3.2017, n. 512; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 22.4.2016, n. 4718; Cons. Stato, sez. V, 21.4.2016, n. 1588; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 22.2.2016, n. 2451; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 1.6.2016, n. 6460; Cons. Stato, n. 5376/2013; Cons. Stato, n. 173/2012; Cons. Stato n. 6885/2011; Cons. Stato, sez. VI, 28.10.2015, n. 4925; Cons. Stato, sez. IV, n. 4147/2016); T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 11.9.2015, n. 1840; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 8.9.2015, n. 4400; T.a.r. Sicilia, Catania, sez. IV, 29.3.2012, n. 900; Cons. Stato, sez. IV, 29.5.2015, n. 2694; Cons. Stato, sez. IV, 9.2.2015, n. 657; Cons. Stato, 22.12.2014, n. 6313; Cons. Stato, sez. III, 2.4.2013, n. 1856; Cons. Stato, sez. IV, 7.11.2012, n. 5670; T.a.r. Campania, Napoli, sez. IV, 6.3.2013, n. 1248; T.a.r. Marche, Ancona, sez. I, 8.11.2010, n. 3371; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 31.5.2011, n. 1053; T.a.r. Lazio Roma, sez. III, 1.3.2010, n. 3171; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 4.8.2009, n. 784; T.a.r. Lombardia Brescia, sez. I, 22.11.2011, n. 1603; Cons. Stato, sez. IV, 27.1.2012, n. 429.

maniera adeguata e approfondita tutto quanto sia stato acquisito nell'espletamento dell'istruttoria d'ufficio o attraverso la partecipazione procedimentale o, infine, attraverso le determinazioni di terzi, (pareri, controlli, ecc.).

I dati di fatto e le ragioni giuridiche acquisite in sede d'istruttoria sono gli elementi essenziali della motivazione: se uno di questi fosse mancante o fosse indicato in modo incompleto o incerto, in relazione alle risultanze istruttorie, la motivazione non sarebbe conforme all'art. 3 della l. n. 241/1990.

La motivazione, come sostiene questa parte della giurisprudenza, è l'istituto giuridico attraverso il quale si può rilevare un'istruttoria incompleta e carente in quanto "*il difetto di motivazione è anche espressione della carenza istruttoria del procedimento che ha condotto all'adozione degli atti impugnati*"[35]. Dal canto suo, la giurisprudenza[36] che contesta l'esistenza di un vincolo stringente tra la motivazione e l'esito dell'istruttoria sostiene che una motivazione sintetica, insufficiente, non è tale da concretare il difetto di motivazione quando sia comunque possibile ricostruire il percorso logico giuridico seguito dall'Autorità emanante.

---

[35] T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 10.1.2017, n. 301; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 23.3.2017, n. 512; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 22.4.2016, n. 4718; Cons. Stato, sez. V, 21.4.2016, n. 1588; Cons. Stato, sez. VI 14.10.2016 n. 4250; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 22.2.2016, n. 2451; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 1.6.2016, n. 6460; Cons. Stato, sez. VI, 12.11.2013, n. 5376; Cons. Stato, sez. VI, 18.1.2012, n. 173; Cons. Stato, VI, 22.8.2003, n. 4766; Cons. Stato, sez. VI, 28.12.2011, n. 6885; Cons. Stato, sez. VI, 28.10.2015, n. 4925; Cons. Stato, sez. VI, 7.10.2016, n. 4147; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II 11.9.2015, n. 1840; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 8.9.2015, n. 4400; T.a.r. Sicilia, Catania, sez. IV, 29.3.2012, n. 900; Cons. Stato, sez. IV, 29.5.2015, n. 2694; Cons. Stato, sez. IV, 9.2.2015, n. 657; Cons. Stato, 22.12.2014, n. 6313; Cons. Stato, sez. III, 2.4.2013, n. 1856; Cons. Stato, sez. IV, 7.11.2012, n. 5670; T.a.r. Campania, Napoli, sez. IV, 6.3.2013, n. 1248; T.a.r. Marche, Ancona, sez. I, 8.11.2010, n. 3371; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 31.5.2011, n. 1053; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 1.3.2010, n. 3171; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I 4.8.2009, n. 784; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 22.11.2011, n. 1603; Cons. Stato, sez. IV, 27.1.2012. n. 429.

[36] T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 15.2.2017, n. 127; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 6.4.2017 n. 539; T.a.r. Marche, Ancona, sez. I, 30.12.2016, n. 761; Cons. Stato, sez. VI, 6.12.2016, n. 5150; T.a.r. Molise, Campobasso, sez. I, 11.3.2016, n. 115; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 10.2.2016, n. 1921; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 16.6.2016, n. 3027; T.a.r. Sicilia, Catania, sez. III, 24.2.2016, n. 561; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 4.2.2016, n. 625; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 8.1.2016, n. 16; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 19.11.2015, n. 5342; T.a.r. Emilia Romagna, Parma, sez. I, 17.11.2015, n. 294; T.a.r. Sicilia, Catania, sez. III, 10.6.2015, n. 1595; Cons. Stato, sez. IV, 14.5.2014, n. 2502; T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. III, 9.4.2014, n. 966; Cons. Stato, sez. III, 3.2.2014, n. 478; Cons. Stato, sez. V, 31.3.2012, n. 1907; T.a.r. Abruzzo, Pescara, sez. I, 2.10.2013, n. 468; Cons. Stato, sez. V, 21.6.2013, n. 3402; Cons. Stato, sez. IV, 14.4.2010, n. 2084; Cons. Stato, sez. IV, 10.7.2013, n. 3670; Cons. Stato, sez. IV, 4.6.2013, n. 3070; Cons. Stato, sez. VI, 20.9.2012 n. 4984; Cons. Stato, sez. IV, 27.1.2012, n. 429; T.a.r. Molise, Campobasso, sez. I, 1.6.2011, n. 307; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 13.10.2011, n. 2427; Cons. Stato, sez. IV, 23.8.2010, n. 5905; Cons. Stato, sez. IV, 3.8.2010, n. 5165; Cons. Stato, sez. IV, 6.7.2010, n. 4331; Cons. Stato, sez. IV, 14.4.2010, n. 2084; Cons. Stato, sez. IV, 4.12.2009, n. 7652; Cons. Stato, sez. IV, 30.11.2009, n. 7502; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 11.1.2008, n. 156; Cons. Stato, sez. IV, 30.5.2005, n. 2770; Cons. Stato, sez. V, 20.10.2004, n. 6814; Cons. Stato, sez. V, 21.4.2015, n. 2011; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 14.8.2015, n. 10822.

In particolare, afferma che "*L'obbligo di motivazione non può ritenersi violato qualora, anche a prescindere dal tenore letterale dell'atto finale, i documenti dell'istruttoria offrano elementi sufficienti e univoci dai quali possano ricostruirsi le concrete ragioni e l'iter motivazionale posti a sostegno della determinazione assunta*". Questa tesi della giurisprudenza, peraltro maggioritaria, in un certo senso sembra sminuire l'importanza dell'obbligo motivazionale previsto *ex lege* [37]. Infatti, il principio che sembra emergere dalle pronunce della giurisprudenza amministrativa è completamente opposto a quello desumibile dall'art. 3 della l. n. 241/1990 secondo cui la motivazione del provvedimento amministrativo è il veicolo attraverso il quale il destinatario dell'atto è posto in condizione di conoscere le ragioni che hanno indotto l'Amministrazione a provvedere in un determinato senso [38]. In altri termini, secondo il predetto orientamento non è necessaria una motivazione dettagliata dei presupposti di fatto e delle argomentazioni giuridiche a supporto dell'atto quando l'*iter* logico che ha portato al provvedimento finale sia agevolmente desumibile dall'istruttoria amministrativa, vale a dire quando la motivazione possa essere ricostruita attraverso gli atti del procedimento amministrativo [39]. Quest'ultima tesi, benché sorretta da numerose pronunce giurispruden-

---

[37] T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 15.2.2017, n. 127; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 6.4.2017, n. 539; T.a.r. Marche, Ancona, sez. I, 30.12.2016, n. 761; Cons. Stato, sez. VI, 6.12.2016, n. 5150; T.a.r. Molise, Campobasso, sez. I, 11.3.2016, n. 115; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 10.2.2016, n. 1921; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 16.6.2016, n. 3027; T.a.r. Sicilia, Catania, sez. III, 24.2.2016, n. 561; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 4.2.2016, n. 625; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 8.1.2016, n. 16; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 19.11.2015, n. 5342; T.a.r. Emilia Romagna, Parma, sez. I, 17.11.2015, n. 294; T.a.r. Sicilia, Catania, sez. III, 10.6.2015, n. 1595; Cons. Stato, sez. IV, 14.5.2014, n. 2502; T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. III, 9.4.2014, n. 966; Cons. Stato, sez. III, 3.2.2014, n. 478; Cons. Stato, sez. V, 31.3.2012, n. 1907; T.a.r. Abruzzo, Pescara, sez. I, 2.10.2013, n. 468; Cons. Stato, sez. V, 21.6.2013, n. 3402; Cons. Stato, sez. IV, 14.4.2010, n. 2084; Cons. Stato, sez. IV, 10.7.2013 n. 3670; Cons. Stato, sez. IV, 4.6.2013, n. 3070; Cons. Stato, sez. VI, 20.9.2012 n. 4984; Cons. Stato, sez. IV, 27.1.2012 n. 429; T.a.r. Molise, Campobasso, sez. I, 1.6.2011, n. 307; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 13.10.2011, n. 2427; Cons. Stato, sez. IV, 23.8.2010, n. 5905; Cons. Stato, sez. IV, 3.8.2010, n. 5165; Cons. Stato, sez. IV, 6.7.2010, n. 4331; Cons. Stato, sez. IV, 14.4.2010, n. 2084; Cons. Stato, sez. IV, 4.12.2009, n. 7652; Cons. Stato, sez. IV, 30.11.2009, n. 7502; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 11.1.2008, n. 156; Cons. Stato, sez. IV, 30.5.2005, n. 2770; Cons. Stato, sez. V, 20.10.2004, n. 6814; Cons. Stato, sez. V, 21.4.2015, n. 2011; Cons. Stato, sez. III, 13.5.2015, n. 2401; T.a.r. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 3.5.2013, n. 261; Cons. Stato, sez. V, 15.11.2012, n. 5772; Cons. Stato, sez. V, 20.5.2010, n. 3190; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 25,10.2010, n. 21439; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 9.11.2010, n. 23703; T.a.r. Marche, Ancona, sez. I, 8.11.2010, n. 337; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 14.8.2015, n. 10822; T.a.r. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 12.2.2015, n. 62.

[38] T.a.r. Trentino-Alto Adige Trento, sez. I, 24.11.2010 .n. 226.

[39] T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 15.2.2017, n. 127; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 6.4.2017, n. 539; T.a.r. Marche, Ancona, sez. I, 30.12.2016, n. 761; Cons. Stato, sez. VI, 6.12.2016, n. 5150; T.a.r. Molise, Campobasso, sez. I, 11.3.2016, n. 115; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 10.2.2016, n. 1921; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 16.6.2016, n. 3027; T.a.r. Sicilia, Catania, sez. III, 24.2.2016, n. 561; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 4.2.2016, n. 625; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 8.1.2016,

ziali, si pone in contrasto con la normativa sul procedimento. Infatti, il legislatore non si limita a richiedere l'esternazione di una motivazione qualunque, in un atto amministrativo, ma esige, quale ulteriore requisito di legittimità, che detta motivazione sia anche di ampiezza tale da consentire di ricostruire il processo logico attraverso cui si è formata la volontà dell'amministrazione e di rilevare la concatenazione logica che lega le varie proposizioni; in particolare, la sufficienza dell'enunciato motivatorio deve essere correlato alla idoneità delle ragioni giuridiche (e/o di opportunità) poste a base dell'atto amministrativo la qual cosa presuppone completezza di ricostruzione e congruità di valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati rilevati nella fase istruttoria[40]. A contrario, l'utilizzo di espressioni estremamente sintetiche e del tutto generiche manifesta un'insufficienza della valutazione effettuata, e sposta il problema in sede processuale in quanto, ad una valutazione sintetica consegue un'istruttoria manchevole che comporta la sindacabilità del provvedimento reso in sede di giurisdizione di legittimità, tra l'altro, per eccesso di potere sotto il profilo del difetto di motivazione.

6. Eccesso di potere per difetto di istruttoria

L'eccesso di potere per difetto di istruttoria è una delle censure più ricorrenti, il vizio per eccellenza lamentato dai privati nella stesura dei loro ricorsi giurisdizionali. Benché formalmente sia stato configurato dal legislatore[41] come uno dei

n. 16; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 19.11.2015 n. 5342; T.a.r. Emilia Romagna, Parma, sez. I, 17.11.2015, n. 294; T.a.r. Sicilia, Catania, sez. III, 10.6.2015 n. 1595; Cons. Stato, sez. IV, 14.5.2014, n. 2502; T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. III, 9.4.2014, n. 966; Cons. Stato, sez. III, 3.2.2014, n. 478; Cons. Stato, sez. V, 31.3.2012, n. 1907; T.a.r. Abruzzo, Pescara, sez. I, 2.10.2013, n. 468; Cons. Stato, sez. V, 21.6.2013, n. 3402; Cons. Stato, sez. IV, 14.4.2010, n. 2084; Cons. Stato, sez. IV, 10.7.2013, n. 3670; Cons. Stato, sez. IV, 4.6.2013, n. 3070; Cons. Stato, sez. VI, 20.9.2012, n. 4984; Cons. Stato, sez. IV, 27.1.2012 n. 429; T.a.r. Molise, Campobasso, sez. I, 1.6.2011, n. 307; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 13.10.2011, n. 2427; Cons. Stato, sez. IV, 23.8.2010, n. 5905; Cons. Stato, sez. IV, 3.8.2010, n. 5165; Cons. Stato, sez. IV, 6.7.2010 n. 4331; Cons. Stato, sez. IV, 14.4.2010, n. 2084; Cons. Stato, sez. IV, 4.12.2009, n. 7652; Cons. Stato, sez. IV, 30.11.2009, n. 7502; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 11.1.2008, n. 156; Cons. Stato, sez. IV, 30.5.2005, n. 2770; Cons. Stato, sez. V, 20.10.2004, n. 6814; Cons. Stato, sez. V, 21.4.2015, n. 2011; Cons. Stato, sez. III, 13.5.2015, n. 2401; T.a.r. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 3.5.2013, n. 261; Cons. Stato, sez. V, 15.11.2012, n. 5772; Cons. Stato, sez. V, 20.5.2010, n. 3190; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 25.10.2010, n. 21439; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 9.11.2010, n. 23703; T.a.r. Marche, Ancona, sez. I, 8.11.2010, n. 3371; T.a.r. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 12.2.2015, n. 62.

[40] T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 13.3.2017, n. 3416; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 5.7.2016, n. 7662; T.a.r. Palermo, Sicilia, sez. II, 15.3.2001, n. 416.

[41] L. 31.3.1889, n. 5892 con la quale è stata istituita la IV sezione del Consiglio di Stato. Oggi tale vizio di legittimità è disciplinato dall'art. 29 del d.lgs. 2.7.2010, n. 104, attuazione dell'art. 44 della l. 18.6.2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo.

tre vizi di legittimità dell'atto amministrativo, accanto a quelli della violazione di legge e dell'incompetenza relativa, dal punto di vista sostanziale, rappresenta un vizio della funzione, dell'attività amministrativa nel suo complesso. In altri termini, questa figura è un vizio relativo al potere esercitato dall'amministrazione nell'esercizio dell'attività procedimentalizzata. Inoltre, riveste un ruolo essenziale nel processo amministrativo, in quanto, attraverso tale vizio, il privato o un organo terzo creano le condizioni per consentire al giudice di sindacare l'operato della pubblica amministrazione.

Accade sovente che tale vizio, per le modalità con cui viene eccepito, viene disatteso o non adeguatamente preso in considerazione nelle decisioni dei giudici perché formulato in maniera generica [42].

Da un attento esame delle pronunce giurisprudenziali è emerso un dato incontrovertibile: per la genericità dell'espressione usata dal privato, il "difetto di istruttoria" procedimentale è insufficiente a rilevare come vizio nella condotta della pubblica amministrazione [43]. In particolare, la giurisprudenza amministrativa, sul punto, sostiene l'infondatezza della doglianza quando il ricorrente non fa seguire all'espressione "difetto di istruttoria" un'accurata rappresentazione delle modalità con cui doveva essere espletata l'istruttoria, o non indica quali sono gli adempimenti istruttori che sono stati disattesi.

L'operato della p.a. può essere sindacato sotto il profilo della ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità, illogicità, difetto di istruttoria e travisamento dei fatti solo quando queste censure siano accompagnate da una adeguata giustificazione delle stesse [44].

Del pari, l'utilizzo di espressioni estremamente sintetiche e del tutto generiche da parte della pubblica amministrazione esprime un'insufficienza della valutazione effettuata. In tali ipotesi consegue un'istruttoria manchevole, che comporta la sindacabilità dell'atto in sede di giurisdizione di legittimità, tra l'altro, per eccesso di potere sotto il profilo del difetto di motivazione. In particolare, la genericità del difetto di istruttoria è stata oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali in tema di autorizzazione paesaggistica. La giurisprudenza [45] in merito ha affermato

---

[42] T.a.r. Basilicata, Potenza, sez. I, 19.9.2013, n. 550; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 26.1.2004, n. 711; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 2.2.2015, n. 1876.

[43] Cons. Stato, sez. V, 6.3.2017, n. 1037; Cons. Stato, sez. V, 23.8.2016, n. 3674; Cons. Stato; sez. III, 23.1.2015, n. 302; Cons. Stato, sez. V, 14.10.2014, n. 5115; Cons. Stato, sez. V, 13.5.2014, n. 2449.

[44] Cons. Stato, sez. V, 6.3.2017, n. 1037; Cons. Stato, sez. V, 23.8.2016, n. 3674; Cons. Stato; sez. III, 23.1.2015, n. 302; Cons. Stato, sez. V, 14.10.2014, n. 5115; Cons. Stato, sez. V. 13.5.2014, n. 2449.

[45] Cons. Stato, sez. II, 9.11.2016, n. 2321; T.a.r. Emilia Romagna, Parma, sez. I 7.6.2016, n. 188; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 30.12.2016, n. 12891; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 23.3.2017, n. 512; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 1.6.2016, n. 6460; Cons. Stato, n. 5376/2013; Cons. Stato, n.

che il Ministero può annullare l'autorizzazione paesaggistica purché l'atto che esamina la domanda di autorizzazione si basi su una idonea istruttoria e su una adeguata motivazione, da cui risultino le ragioni poste a base dell'affermata prevalenza di un interesse diverso da quello tutelato in via primaria [46].

173/2012; Cons. Stato, n. 6885/2011; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 22.2.2016, n. 2451; Cons. Stato, sez. VI, 28.10.2015, n. 4925; Cons. Stato, sez. IV, n. 4147/2016; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II bis, 4.4.2013, n. 3405; T.a.r. Puglia, Bari, sez. II, 29.5.2014, n. 643; T.a.r. Campania, Napoli, sez. IV, 8.5.2003, n. 5330.

[46] Con riferimento al parere della Sovrintendenza, quale parere obbligatorio e vincolante, con connotazione non solamente consultiva, ma tale da possedere un'autonoma capacità lesiva della sfera giuridica del destinatario, l'utilizzo di espressioni estremamente sintetiche e del tutto generiche denota un'insufficienza della valutazione effettuata; in tali ipotesi consegue un'istruttoria manchevole che comporta la sindacabilità del parere reso in sede di giurisdizione di legittimità, tra l'altro, per eccesso di potere sotto il profilo del difetto di motivazione. In particolare, il potere ministeriale di annullamento delle autorizzazioni paesaggistiche o l'analogo potere esercitato in sede di procedimento di condono, ai sensi dell'art. 32, l. n. 47/1985 è espressione della cogestione dei valori paesistici da parte di Stato e Regioni e si manifesta mediante provvedimenti di amministrazione attiva, in funzione di gestione e di estrema salvaguardia dei valori paesistici coinvolti. Il Ministero, quindi, può annullare l'autorizzazione paesistica anche quando risulti un profilo di eccesso di potere (per sviamento, insufficiente motivazione, difetto di istruttoria, illogicità manifesta); in particolare, in considerazione della tendenziale irreversibilità dell'alterazione dello stato dei luoghi, l'atto che esamina la domanda di autorizzazione deve essere coerente con il piano paesistico, si deve basare su un'idonea istruttoria e su una adeguata motivazione, da cui devono risultare le ragioni poste a base dell'affermata prevalenza di un interesse diverso da quello tutelato in via primaria. Il divieto di effettuare valutazioni di merito sussiste, inoltre, solo se l'ente che rilascia l'autorizzazione abbia adempiuto al suo obbligo di motivare in maniera adeguata in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'opera. In caso contrario, gli organi ministeriali possono annullare il provvedimento adottato per difetto di motivazione e indicare – anche per evidenziare il vizio di eccesso di potere dell'atto esaminato – le ragioni di merito, sorrette da una puntuale indicazione degli elementi concreti della specifica fattispecie, che concludono per la non compatibilità delle opere edilizie con i valori tutelati. Cons. Stato, sez. II, 9.11.2016, n. 2321.

Capitolo Terzo

Il soccorso istruttorio procedimentale

CARMENCITA GUACCI

SOMMARIO: 1. Il principio del soccorso istruttorio nella fase istruttoria del procedimento amministrativo. – 2. Il soccorso istruttorio nei contratti pubblici. – 3. Il soccorso istruttorio nello "*Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante 'Delega al Governo in materia di contratti pubblici'*".

1. Il principio del soccorso istruttorio nella fase istruttoria del procedimento amministrativo

Un'altra tematica che rileva nella fase istruttoria, e che è stata oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza, è quella del soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo.

Il soccorso istruttorio costituisce uno dei principi generali dell'istruttoria procedimentale, che consente all'Amministrazione di ovviare alle carenze della fase istruttoria e quindi di pervenire a complete e adeguate valutazioni comparative dell'interesse pubblico e degli altri interessi coinvolti nel procedimento. Tale istituto "*rappresenta un logico corollario dei principi di imparzialità, di buon andamento, del giusto procedimento e di leale collaborazione tra P.A. e privati*" [1] (art. 97 Cost.) [2].

Il predetto principio è disciplinato dall'art. 6, primo comma, lett. b) della l. n.

---

[1] R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Padova, 2016, 1236.

[2] Cons. Stato sez. V, 31.8.2021, n. 6132: "*... il soccorso istruttorio è un istituto di carattere generale, attuativo dell'art. 97 Cost., al fine dell'emanazione di un giusto provvedimento, idoneo a contemperare nel migliore modo tutti gli interessi, pubblici e privati, in gioco*". Cfr. T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 27.5.2022, n. 1446; Cons. Stato, sez. II, 28.4.2021, n. 3432; Cons. Stato, sez. II, 1.7.2020, n. 4191.

241/1990, in base al quale "(…) *il responsabile del procedimento* (…) *può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete* (…) *e ordinare esibizioni documentali*" [3]. Il "potere di soccorso" nella fase istruttoria del procedimento, ovvero il potere di acquisire gli atti e di rettificare le domande incomplete o irregolari, costituisce un istituto di carattere generale del procedimento amministrativo, che consente alla p.a. di invitare il privato a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, dichiarazioni e documenti presentati. La disciplina generale si rinviene, per l'appunto, nell'art. 6 lett. b), della l. n. 241/1990, mentre disposizioni specifiche sono previste in materia di contratti pubblici e concorsi pubblici.

Come risulta espressamente dalla norma sopra indicata, il soggetto preposto all'esecuzione di queste attività è il responsabile del procedimento, che in ossequio al principio acquisitivo, ha il potere-dovere di acquisire d'ufficio ogni elemento utile per l'istruttoria.

Specularmente sussiste la possibilità per il privato di sanare le istanze o le dichiarazioni appunto erronee o incomplete, sulla scorta del c.d. principio di regolazione degli atti.

Il potere istruttorio integrativo, di cui dispone il responsabile del procedimento non costituisce un dovere assoluto per l'amministrazione, ma espressione del potere discrezionale della stessa di chiedere chiarimenti o integrazioni ove ritenuti necessari ai fini di un adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria [4].

In altri termini, il predetto istituto, nell'ambito del procedimento amministrativo, viene configurato come una mera facoltà della p.a. e non come un obbligo, come invece è previsto nelle procedure ad evidenza pubblica. Inoltre, poiché il principio della tassatività delle cause di esclusione vige solo per le procedure disciplinate dal Codice dei contratti pubblici, al di fuori di tale ambito, il potere di soccorso istruttorio dispiega la sua massima portata espansiva, tendenzial-

---

[3] T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 10.3.2022, n. 580; Cons. Stato, sez. VI, 23.2.2004, n. 695; Cons. Stato, sez. VI, 6.3.2002, n. 1355; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 5.9.2003, n. 7446; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 25.9.2000, n. 7380; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 20.6.2012, n. 1131; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. II, 14.1.2015, n. 15.

[4] Sebbene non sia desumibile, né dai principi del nostro ordinamento né da norme specifiche, l'esistenza di un inderogabile obbligo per la p.a., nell'ambito del procedimento amministrativo, di procedere all'integrazione delle carenze documentali riscontrate nel corso dell'istruttoria, tuttavia deve riconoscersi che sussiste un potere discrezionale dell'amministrazione di attivarsi, per una leale collaborazione con il privato (e altresì al fine della maggiore economicità ed efficienza dell'azione amministrativa), perché l'istruttoria che precede l'adozione dell'atto sia quanto più possibile completa e rappresentativa della realtà; tanto si desume sia dal principio di buon andamento della p.a. di cui all'art. 97 Cost. italiana, sia dall'art. 2 e dall'art. 6, primo comma, lett. b), l. 7.8.1990, n. 241: Cons. Stato, sez. V, 4.11.2022, n. 9683; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. II, 14.1.2015, n. 15; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 5.10.2011, n. 1724; T.a.r. Sardegna, Cagliari, sez. I 9.10.2009, n. 1537; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 24.10.2007, n. 10478.

mente senza limiti salvo quelli propri della singola disciplina di settore [5].

Abbiamo detto che nelle procedure ad evidenza pubblica [6], il soccorso istruttorio non costituisce una facoltà, ma un doveroso *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi in nome del principio del *favor partecipationis* e della semplificazione [7]. Il potere di soccorso nel predetto settore rappresenta un'applica-

---

[5] Cons. Stato, Ad. plen., 25.2.2014, n. 9. Sui procedimenti amministrativi digitalizzati, T.a.r. Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 3.1.2022, n. 1: "*Nell'ambito di un procedimento tenuto con modalità telematiche, occorre considerare che il sistema informatico deve essere funzionale a garantire la partecipazione dei concorrenti. Invero, le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi devono collocarsi in una posizione necessariamente servente rispetto agli stessi, non essendo concepibile che per problematiche di tipo tecnico sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti tra privato e P.A. e fra PP.AA. nei reciproci rapporti.* […] *Ne deriva che, a fronte di procedimenti amministrativi interamente telematizzati, non si può prescindere dal c.d. soccorso istruttorio ex art. 6, l. n. 241/1990 e dall'obbligo di non far cadere a carico del concorrente eventuali disfunzioni del sistema informatico*". Cons. Stato, sez. VII, 2.5.2022, n. 3418: "*il principio di leale collaborazione tra l'amministrazione e il privato, ora codificato nell'art. 1, comma 2-bis, l. 241/1990 e s.m.i., induce a ritenere applicabile l'istituto del soccorso istruttorio laddove, nello svolgimento delle operazioni di presentazione per via telematica della domanda di partecipazione, il candidato incontri ostacoli oggettivi, non imputabili in via esclusiva al privato (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 30 giugno 2021 n. 4917)*".

[6] Cons. Stato, sez. V, 2.8.2022, n. 6786: "*Il soccorso istruttorio è un potere di carattere generale e persegue la finalità di garantire la massima partecipazione alle gare di appalto; è praticabile non solo nella fase iniziale di partecipazione alla gara, per quanto attiene ai requisiti di partecipazione, ma concerne anche la fase successiva della valutazione delle offerte, in caso di irregolarità, mancanza di dichiarazioni ed elementi dell'offerta con il solo limite che le omissioni e carenze non assumano i caratteri della 'irregolarità essenziale', configurando cioè la carenza di un elemento essenziale dell'offerta e violando, pertanto, la regola della immodificabilità della stessa (Consiglio di Stato sez. V, 07/08/2017, n. 3913 e 21/04/2016, n. 1597)" (Cons. Stato, III, 11 agosto 2021, n. 5850; cfr. anche, inter multis, Id., III, 21 marzo 2022, n. 2003; V, 26 marzo 2020, n. 2130; 4 aprile 2019, n. 2219*)".

[7] T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I. 8.2.2022, n. 289; T.a.r. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 10.11.2020, n. 709; T.a.r. Toscan. Firenze, sez. 10.3.2015, n. 375; Cons. Stato, Ad. plen., 25.2.2014, n. 9; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 14.7.2016, n. 1423; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 3.3.2014, n. 2454; Cons. Stato, sez. V, 18.2.2013, n. 974; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. II, 13.5.2013, n. 788; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. IV, 11.4.2013, n. 916; Cons. Stato, sez. V, 5.12.2012, n. 6248; Cons. Stato, sez. V, 3.6.2010, n. 3486; Cons. Stato, sez. V, 25.6.2007, n. 3645; Cons. Stato, sez. VI, 23.3.2007, n. 1423; Cons. Stato, sez. V, 20.5.2002, n. 2717. Di recente, T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 8.2.2022, n. 289: "*Per giurisprudenza pacifica, il soccorso istruttorio è espressione del principio di buon andamento e del dovere di collaborazione esigibile nel procedimento amministrativo, non costituendo pertanto una facoltà, bensì un doveroso modus procedendi, volto a superare inutili formalismi, in nome del principio del favor partecipationis e della semplificazione, rappresentando quindi un'applicazione legale del principio del giusto procedimento sancito dall'art. 3 della L. 7 agosto 1990, n. 241, che impone all'Amministrazione di accertare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara (T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 10.11.2020, n. 709). Malgrado l'operatività del soccorso istruttorio possa essere limitata ex ante nel bando di gara, essendo inoperante a fronte di omissioni di documenti o inadempimenti procedimentali richiesti a pena di esclusione (T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. I, 13.5.2021, n. 1521), o di una carenza radicale di un elemento essenziale dell'offerta (C.S., Sez. V, 7.8.2017, n. 3913), ciò non ha tuttavia avuto luogo nel caso di specie in cui, come detto, la legge di*

zione legale del principio del giusto procedimento [8], ed è disciplinato dall'art. 83, nono comma del d.lgs. n. 50/2016, secondo il quale possono essere sanate le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda di partecipazione. In particolare, detto soccorso istruttorio può essere attivato in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'art. 85, con esclusione delle irregolarità afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, precisando che le irregolarità essenziali non sanabili sono le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Tale istituto risponde all'esigenza di assicurare la più ampia partecipazione alle gare, evitando che il numero dei concorrenti ammessi venga ridotto, con correlata contrazione della concorrenza, per carenze meramente formali della documentazione presentata, ovviamente nel rispetto del principio di parità di trattamento.

Il soccorso istruttorio, che nel Codice dei contratti pubblici viene definito "soccorso istruttorio integrativo" tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente formali possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse delle stazioni appaltanti, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedimentali facilmente emendabili [9]. In particolare, il legislatore impone all'Amministrazione di accertare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara e ricomprende la possibilità di chiedere chiarimenti, purché il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati e occorra soltanto una delucidazione ovvero un aggiornamento [10]. In particolare, il responsabile del procedimento può ricorrere al suo esercizio ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedimentali non richiesti a pena di esclusione dalla *lex specialis* [11].

La rettifica di eventuali irregolarità da parte del responsabile del procedimento

---

gara lo ha espressamente previsto, né del resto ha qualificato il termine asseritamente violato come perentorio". Sul soccorso istruttorio negli appalti, si invita alla lettura di F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il "correttivo"*, in *Dir. amm.*, 1, 2019, 3.

[8] V. CRISAFULLI*, Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost*., 1962, 130; G. ROEHRSSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 47; G. SALA, *Regole costituzionali dell'azione amministrativa e principio del giusto procedimento nella giurisprudenza dei T.a.r.*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 637; G. SALA, *Il principio del giusto procedimento regionale*, Milano, 1985; G. SCIULLO, *Il principio del "giusto procedimento" fra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in *Jus*, 1986, 291.

[9] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 2.3.2017, n. 975.

[10] T.a.r. Lazio, Roma, sez. IV-*bis*, 4.8.2022, n. 11025; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 29.4.2014, n. 1116.

[11] Cons. Stato, Ad. plen., 25.2.2014, n. 9.

è applicabile con una certa frequenza anche nel settore delle selezioni pubbliche diverse da quelle disciplinate dal Codice dei contratti pubblici.

In tale ambito, presupposto per l'esercizio del potere di soccorso è l'esistenza di una dichiarazione incompleta, mentre alcuna richiesta può essere avanzata dall'amministrazione nel caso di totale omissione dichiarativa [12]. In particolare, la giurisprudenza sostiene che condizione necessaria e sufficiente per l'operatività dell'istituto in esame è che non vengano in rilievo omissioni documentali o inadempimenti processuali richiesti a pena di esclusione dal bando [13].

L'applicazione del potere di soccorso istruttorio ai procedimenti concorsuali, soddisfa la comune esigenza di consentire la massima partecipazione alla gara, e di attuare il principio della leale collaborazione tra i partecipanti.

Tuttavia, il ricorso al soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui confligge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione [14]. L'esegesi rigorosa delle disposizioni riguardanti il c.d. potere di soccorso da parte della giurisprudenza, avuto riguardo ai valori in gioco, nasce dalla fondata preoccupazione che l'allargamento del suo ambito applicativo alteri la *par condicio*, violi il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, incida sul divieto di disapplicazione della *lex specialis* contenuta nel bando, eluda la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura [15].

Proprio sul delicato tema del bilanciamento dei principi della *par condicio* e del *favor partecipationis* [16], entrambi di derivazione comunitaria, si sono formati due distinti orientamenti giurisprudenziali. Il primo [17], sposando un approccio sostanziale, attraverso una lettura teleologica delle disposizioni normative, amplia le ipotesi in cui sarebbe consentito ricorrere all'istituto in questione. Il secondo

---

[12] Cons. Stato, sez. IV, 12.1.2017, n. 50.

[13] T.a.r. Puglia, Lecce, sez. II, 3.1.2017, n. 1; Cons. Stato, sez. III, 24.11.2016, n. 4930; Cons. Stato, sez. III, 4.10.2016, n. 4081; Cons. Stato, sez. III, 26.2.2016, n. 796; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 3.2.2014, n. 1294; T.a.r. Puglia, Bari, sez. I, 6.6.2007, n. 1464.

[14] T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 4.5.2022, n. 5554; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. II, 3.1.2017, n. 1; Cons. Stato, sez. III, 4.10.2016, n. 4081; Cons. Stato, Ad. plen., 23.3.2011, n. 3; Con. Stato, sez. V, 21.6.2013, n. 3408; Cons. Stato, sez. V, 15.11.2012, n. 5772; Cons. Stato, sez. IV, 27.11.2010, n. 8291; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. II, 3.1.2017, n. 1; Cons. Stato, sez. III, 24.11.2016, n. 4930; Cons. Stato, sez. III, 26.2.2016, n. 796; T.a.r. Lazio, Roma, Lazio, sez. III, 3.2.2014, n. 1294; Cons. Stato, sez. IV, 26.11.2009, n. 7443.

[15] T.a.r. Lazio, Roma, n. 5554/2022 cit.; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. II, 3.1.2017, n. 1; Cons. Stato, sez. III, 4.10.2016, n. 4081 Cons. Stato, Ad. plen., 23.3.2011, n. 3; Con. Stato, sez. V, 21.6.2013, n. 3408; Cons. Stato, sez. V, 15.11.2012, n. 5772; Cons. Stato, sez. IV, 27.11.2010, n. 8291.

[16] Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 27.12.06, n. 802.

[17] Cons. Stato, sez. IV, 12.1.2017, n. 50; Cons. Stato, sez. III, 15.1.2014, n. 123; T.a.r. Molise, Campobasso, sez. I, 7.7.2014, n. 433; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, n. 4688/2014.

orientamento [18], in un'ottica meramente formale, invece, valorizza, l'osservanza degli obblighi informativi e la completezza delle dichiarazioni ritenute fondamentali per garantire il rispetto dei principi di matrice comunitaria di trasparenza, *par condicio* dei partecipanti e proporzionalità. Secondo il primo orientamento giurisprudenziale, l'esercizio del potere di soccorso rende, prevalente sulla *par condicio*, il principio del *favor partecipationis* [19].

In buona sostanza, il detto istituto va applicato dall'Amministrazione quando gli atti tempestivamente prodotti contribuiscano a fornire ragionevoli indizi circa il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura, nonché quando sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità del bando e dal modello di domanda; in effetti in tale ipotesi l'esercizio del potere di soccorso rende prevalente sulla *par condicio*, il principio del *favor partecipationis* [20].

In particolare la giurisprudenza afferma che "*il potere di soccorso istruttorio ex art. 6 comma 1 lett. b), l. n. 241/1990, che riconosce al responsabile del procedimento amministrativo il diritto di chiedere la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e ordinare esibizioni documentali, costituisce un istituto generale e, nel particolare settore delle selezioni diverse dall'evidenza pubblica, soddisfa la comune esigenza di consentire la massima partecipazione ed orienta l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti posseduti e della capacità tecnica ed economica, attenuando la rigidità delle forme*" [21].

Se da un lato il suo esercizio ha evidenti ripercussioni positive in punto di soddisfacimento del principio della massima partecipazione possibile in ossequio al *favor partecipationis*, dall'altro lato, però, equiparando il soggetto diligente a quello manchevole, vi è il serio pericolo di ledere la libera concorrenza e la stessa *par condicio* dei concorrenti [22].

Si pensi all'esempio classico in cui il candidato si dimentichi di allegare un titolo richiesto dal bando a pena di esclusione, di indicare o di barrare la casella del modulo di domanda predisposto dall'amministrazione concernente il possesso di uno dei titoli e/o requisiti necessari per poter partecipare al pubblico concorso. La

---

[18] T.a.r. Puglia, Lecce, sez. II, 3.1.2017, n. 1; Cons. Stato, sez. III, 24.11.2016, n. 4930; Cons. Stato, sez. III, 4.10.2016, n. 4081; Cons. Stato, sez. III, 26.2.2016, n. 796; T.a.r. Lazio, Roma, Lazio, sez. III, 3.2.2014, n. 1294.

[19] Cons. Stato, sez. IV, 12.1.2017, n. 50; Cons. Stato, sez. III, 15.1.2014, n. 123; T.a.r. Molise, Campobasso, sez. I, 7.7.2014, n. 433; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, n. 4688/2014.

[20] Cons. Stato, sez. III, 15.1.2014, n. 123; T.a.r. Molise, Campobasso, sez. I, 7.7.2014, n. 433.

[21] Cons. Stato, sez. I, 22.7.2021, n. 1318; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 30.9.2019, n. 11416; T.a.r. Sardegna, sez. II, n. 265/2016; Cons. Stato, sez. III, 4.10.2016, n. 4081; Cons. Stato, Ad. plen., 25.2.2014, n. 9; Cons. Stato, sez. III, 26.2.2016, n. 796; Cons. Stato, sez. V, 27.11.2015, n. 5381; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, n. 4688/2014.

[22] E. RICCIARDELLI, *Il soccorso istruttorio in una recente sentenza del Consiglio di Stato*, in M. SANTISE (a cura di), pubblicato nella *Riv. giur. Iurisprudentia.it*, 2016.

giurisprudenza è costante nell'ammettere che la mancata indicazione da parte del concorrente dei titoli di servizio relativi agli incarichi, richiesta a pena di esclusione dal bando di concorso, comporta come diretta conseguenza delle previsioni del bando e senza alcuna considerazione di merito in ordine ai titoli, l'esclusione legittima della valutazione da parte della Commissione. Gli oneri motivazionali trovano esaustiva specificazione nelle chiare ed univoche disposizioni della *lex specialis*.

Nelle predette ipotesi è palese la disattenzione o a dir si voglia la negligenza del concorrente che se avesse prestato la dovuta accortezza non sarebbe di certo incorso in un errore di tal fatta. Proprio su questo aspetto ha preso piede il secondo orientamento giurisprudenziale che discostandosi dall'approccio sostanzialistico individuato dalla sentenza della Adunanza plenaria n. 9/2014, afferma che "*nel procedimento amministrativo il principio del soccorso istruttorio,* (…)*, non può essere invocato utilmente dal candidato incorso in una sia pure incolpevole mancata indicazione di un titolo, già per un elementare e certo non sproporzionato principio di autoresponsabilità in materia, prima ancora che per il rispetto della par condicio tra i candidati e dei principi di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa*" [23].

Quest'ultimo orientamento della giurisprudenza discostandosi da quello che è il principio ispiratore del potere di soccorso istruttorio – che trova il suo fondamento costituzionale nel principio di buon andamento [24] della P.A. (l'art. 97 Cost.), ma soprattutto in quello della leale cooperazione tra i privati e la pubblica amministrazione – sembra rimeditare l'orientamento tradizionale della giurisprudenza in tema di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa, fino a farne discendere la prevalenza del principio della *par condicio* su quello del *favor partecipationis*. In altri termini, questo orientamento valorizza l'osservanza degli obblighi informativi e la completezza delle dichiarazioni ritenute fondamentali per garantire il rispetto dei principi di matrice comunitaria di trasparenza, *par condicio* dei partecipanti e proporzionalità. La presenza di un numero ragguardevole di partecipanti configura [25], in capo al singolo partecipante, obblighi di correttezza

---

[23] T.a.r. Puglia, Lecce, sez. II, 3.1.2017, n. 1; T.a.r. Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 27.2.2017, n. 68; Cons. Stato, sez. III, 24.11.2016, n. 4930; Cons. Stato, sez. III, 4.10.2016, n. 4081; Cons. Stato, sez. III, 26.2.2016, n. 796; T.a.r. Lazio, Roma, Lazio, sez. III, 3.2.2014, n. 1294.

[24] T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 5.9.2003, n. 7446.

[25] T.a.r. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 5.4.2022, n. 322: "*Con riferimento alle procedure comparative e di massa, caratterizzate dalla presenza di un numero ragguardevole di partecipanti, il soccorso istruttorio non può essere invocato, quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa, tutte le volte in cui si configurino in capo al singolo partecipante, come nel caso di specie, obblighi di correttezza – specificati attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'autoresponsabilità – rivenienti il fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 Cost., che impongono che quest'ultimo sia chiamato ad assolvere oneri minimi di cooperazione,*

attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'auto responsabilità, principi tutti rivenienti il loro fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 Cost., che fanno si che egli sia chiamato ad assolvere oneri minimi di cooperazione: si pensi al dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti [26], ecc. In tale caso, le clausole della legge di gara che prevedono l'osservanza di adempimenti formali non sono *ex se* illegittime [27].

L'esercizio del potere di soccorso, secondo la tesi formalistica, è ammissibile a condizione che non sia violata la "*par condicio*" dei concorrenti e che non sia possibile modificare il contenuto della documentazione originariamente depositata per la partecipazione alla gara.

Ciò nonostante, questa visione formalistica dell'esercizio del potere istruttorio dovrebbe essere sottoposta a dei limiti, come nel caso in cui la pubblica amministrazione preveda l'esclusione dalla procedura concorsuale del concorrente che non abbia indicato nella domanda il Codice fiscale, o che non abbia apposto la sua firma su ogni pagina del *curriculum vitae*, ovvero in tutte quelle ipotesi in cui richieda informazioni che nulla hanno a che vedere con i requisiti di partecipazione al concorso, che devono essere posseduti dal candidato al momento della scadenza della domanda [28].

---

quali il dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti; – il ricorso al soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui confligge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione".

[26] Cons. Stato, Ad. plen., 23.3.2011, n. 3; Cons. Stato, sez. V, 21.6.2013, n. 3408; Cons. Stato, sez. V, 15.11.2012, n. 5772; Cons. Stato, sez. IV, 27.11.2010, n. 8291.

[27] Cons. Stato, Ad. plen., 25.2.2014, n. 9.

[28] Cfr. T.a.r. Lazio, Roma, sez. IV, 25.3.2022, n. 3422: "*Va, al riguardo, richiamato l'orientamento della giurisprudenza, in base al quale: 'nell'ambito dei concorsi pubblici, l'attivazione del c.d. soccorso istruttorio è tanto più necessaria per le finalità proprie di detta procedura che, in quanto diretta alla selezione dei migliori candidati a posti pubblici, non può essere alterata nei suoi esiti da meri errori formali, come accadrebbe se un candidato meritevole non risultasse vincitore per una mancanza facilmente emendabile con la collaborazione dell'amministrazione. Il danno, prima ancora che all'interesse privato, sarebbe all'interesse pubblico, considerata la rilevanza esiziale della corretta selezione dei dipendenti pubblici per il buon andamento dell'attività della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.). In quest'ottica, il limite all'attivazione del soccorso istruttorio coincide con la mancata allegazione di un requisito di partecipazione ovvero di un titolo valutabile in sede concorsuale, poiché, effettivamente, consentire ad un candidato di dichiarare, a termine di presentazione delle domande già spirato, un requisito o un titolo non indicato, significherebbe riconoscergli un vantaggio rispetto agli altri candidati in palese violazione della par condicio. In ogni altro caso, invece, ove il candidato abbia allegato i titoli da valutare con la diligenza a lui richiesta – specificata dall'Adunanza plenaria nella sentenza 15 febbraio 2014, n. 9 nel fornire informazioni non reticenti e complete, compilare moduli, presentare documenti ed altro – il soccorso istruttorio va attivato, qualora dalla documentazione presentata dal candidato residuino margini di incertezza facilmente superabili rispondendo tale scelta amministrativa ad un principio di esercizio dell'azione amministrativa ispirata a buona fede e correttezza (Cons. Stato, sez. V, 17-1-2018, n.*

L'inosservanza di tali adempimenti formali non è tale da potere pregiudicare la sua partecipazione al concorso. In questa ipotesi, è evidente che una eventuale esclusione del candidato, senza il previo esercizio del potere istruttorio, per il semplice fatto che non ha adempiuto a un requisito formale, sarebbe del tutto sproporzionata e irragionevole. Di conseguenza, laddove nel bando di concorso vi siano clausole di tale specie, queste saranno illegittime e, se ritualmente e tempestivamente impugnate, dovranno essere annullate [29]. Inoltre, il divieto del formalismo, incontra il limite derivante dalla particolare importanza che assume l'esigenza di speditezza dell'azione amministrativa e, dunque, di efficienza, di efficacia e di economicità.

In questi casi, l'imposizione di oneri formali a carico dei partecipanti alla procedura può essere funzionalmente correlata alla necessità di garantire il rispetto dei tempi del procedimento a salvaguardia dell'interesse pubblico primario affidato dall'ordinamento alla cura dell'amministrazione procedente, nonché degli interessi secondari coinvolti (pubblici o privati che siano) [30]. Nelle dette ipotesi l'eccessivo formalismo nell'espletamento di una procedura concorsuale, invocato dall'amministrazione al fine di garantire una procedura celere e trasparente, dovrebbe soggiacere al principio del *favor partecipationis*, perché contrario al principio di collaborazione fra amministrazione ed amministrati, riconducibile al più generale principio di buona amministrazione [31].

2. Il soccorso istruttorio nei contratti pubblici

Un'altra ipotesi che vede contrapposta la giurisprudenza favorevole alla prevalenza dell'approccio sostanziale rispetto a quella schierata in favore di quello formale, durante l'espletamento della fase istruttoria di un procedimento di pub-

---

257; idem, sez. V, 8-8-2016 n. 3540; idem, II, 28-1-2016 n. 838; idem, sez. IV, 7-9-2004 n. 5759)' (Cons. di Stato, sez. V, n. 7975/2019)". Cfr. anche T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 14.3.2022, n. 1717: "*la produzione postuma di un documento richiesto in una determinata forma, non può avere l'effetto di sanare retroattivamente il mancato impedimento della decadenza, essendo l'imposizione di oneri formali a carico dei partecipanti ad una procedura funzionalmente collegata alla necessità di garantire il rispetto dei tempi del procedimento, a salvaguardia dell'interesse pubblico primario affidato alla cura dell'amministrazione procedente, specie in materia di assegnazione di risorse finanziarie pubbliche (di per sé limitate), nonché degli interessi secondari coinvolti (cfr. sentenza della Sezione n. 3644 del 2 luglio 2019; in termini anche TAR Sicilia Palermo, Sez. I, sentenza n. 2036 del 9 ottobre 2020)*".

[29] T.ar. Lazio, Roma, sez. II-*quater*, n. 2054/2013; Cons. Stato, sez. VI, 18.9.2013, n. 4663, T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 4.12.2015, n. 2546.

[30] Cons. Stato, Ad. plen., 25.2.2014, n. 9.

[31] T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 26.1.2004, n. 711.

blico concorso, riguarda la questione, ancora irrisolta, se, ai fini dell'attribuzione del punteggio ai canditati per la formazione della graduatoria, rilevino o meno anche i titoli di preferenza (ad es. la maggiore età, i figli a carico, lo svolgimento di lodevole servizio presso la pubblica amministrazione) richiesti dal bando, posseduti dai canditati, non indicati nella domanda di partecipazione (sebbene fossero stati in suo possesso prima della scadenza del termine di partecipazione) utili ai fini del punteggio a parità di valutazione dei candidati.

La soluzione di tale questione è importante anche dal punto di vista processuale perché spesso capita che le graduatorie finali vengano impugnate proprio a causa della mancata valutazione dei titoli preferenziali non indicati nella domanda e presentati successivamente, dando adito a numerosi ricorsi giurisdizionali in cui i canditati interessati lamentano l'illegittimità per eccesso di potere per difetto di istruttoria.

In merito, si sono formati due distinti orientamenti giurisprudenziali.

Secondo la tesi sostanzialistica, le clausole del bando e l'art. 16 del d.p.r. n. 487/1994 [32], rubricato "*Presentazione dei titoli preferenziali e di riserva nella nomina*", non dovrebbero essere interpretati in modo eccessivamente formale, nel senso della non valutabilità dei titoli posseduti e non prodotti nei termini, perché non indicati nella domanda di partecipazione, soprattutto quando si tratti di un concorso interno. Invero, nel suindicato caso si tratterebbe di una dichiarazione ultronea, in quanto l'amministrazione, datrice di lavoro, ben conosce le condizioni di famiglia e di carriera di un proprio dipendente.

In altri termini, l'omessa indicazione di un titolo preferenziale, valutabile ai fini del punteggio in caso di parità tra i concorrenti, non dovrebbe impedire all'amministrazione di prenderlo in considerazione in sede di redazione della graduatoria, a differenza dei titoli di merito, che formano oggetto di valutazione da parte della commissione nella procedura selettiva.

Naturalmente detto titolo, non essendo stato indicato espressamente nella domanda di partecipazione al concorso [33], dovrà essere prodotto nei termini prescritti dal bando, vale a dire nel termine perentorio di quindici giorni decorrenti dal giorno successivo a quello in cui è stato sostenuto il colloquio art. 16, d.p.r. n. 487/1994.

Secondo questa tesi [34], la valutazione del titolo in sede di redazione della graduatoria, benché non sia stato indicato nella domanda, non comporterebbe alcuna violazione della *par condicio* tra i concorrenti, atteso che detti titoli sono valutati

---

[32] Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi.

[33] T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. II, 3.5.2010, n. 596.

[34] *Ivi.*

per tutti i concorrenti nello stesso momento, vale a dire dopo il completamento delle prove di esame e nella sola ipotesi che più candidati abbiano conseguito il medesimo punteggio.

Infine, in base al principio di collaborazione esistente tra amministrazione e cittadino, l'amministrazione ben potrebbe attivare il suo potere di soccorso istruttorio e invitare, di conseguenza, il candidato ad integrare la domanda.

A tal proposito, la giurisprudenza ha chiarito che a nulla rileva l'omissione formale della mancata indicazione del titolo di preferenza in domanda, dovendo l'Amministrazione tener conto dei titoli effettivamente posseduti dal candidato, purché ciò non pregiudichi il celere espletamento della procedura [35].

La succitata tesi si scontra con quella che si attesta su una interpretazione "troppo formalistica" del bando stesso, secondo la quale anche i titoli preferenziali posseduti, se non indicati nella domanda di partecipazione, non dovrebbero essere valutati, perché diversamente risulterebbero violati il principio della *par condicio* dei concorrenti e il bando di gara. Ne deriva, secondo detta tesi formalistica, l'impossibilità dell'esercizio del potere istruttorio, perché si tratterebbe di un titolo richiesto a pena di esclusione dal bando di gara e, quindi, condizionante la partecipazione del candidato [36].

Per quanto concerne la possibilità per il privato di invocare l'istituto del soccorso istruttorio relativamente all'indicazione dei titoli utili ai fini del punteggio, nelle procedure concorsuali, la giurisprudenza amministrativa, al fine di delimitare il campo di applicazione dell'esercizio del potere di soccorso istruttorio, distingue tra "integrazione" (non ammessa) e "regolarizzazione" (ammessa) [37].

---

[35] T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. II, 3.5.2010, n. 596.

T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 16.6.2022, n. 7699 specifica, sull'omessa dichiarazione dei titoli di riserva che "*il titolo di riserva per il personale dipendente dell'amministrazione banditrice del concorso previsto per i concorsi pubblici all'art. 24 del d.lgs. n. 150/2009 e richiamato all'art. 1 del bando debba ritenersi valutabile sebbene non dichiarato in sede di domanda di partecipazione, se fin da allora posseduto nonché esibito, all'esito del superamento della relativa prova selettiva e prima della pubblicazione della graduatoria, nei termini a tal fine indicati dall'amministrazione. I titoli di riserva al pari di quelli di preferenza non sono, infatti, resi oggetto di esame da parte della Commissione giudicatrice bensì vengono in considerazione solo successivamente allo svolgimento delle prove selettive, al momento della redazione della graduatoria di merito – come confermato dal prevedere l'art. 16 del d.P.R. n. 487/1994 che la relativa documentazione venga inviata successivamente allo svolgimento delle prove – non potendo, perciò, essere assimilati ai titoli di merito, che ai sensi del precedente art. 8 dello stesso d.P.R. n. 487/1994 sono, invece, valutati 'dopo le prove scritte e prima che si proceda alla correzione dei relativi elaborati', con conseguente necessità che solo quest'ultimi vengano indicati già in sede di domanda (in tal senso, da ultimo, T.A.R. Campania, Napoli, Sezione IV, n.3467/2020 nonché T.A.R. Sicilia, Palermo, Sezione II, n. 1985/2007)*".

[36] Cons. Stato, sez. V, 3.6.2010, n. 3486.

[37] La distinzione tra "integrazione e "regolarizzazione" ai fini dell'attivazione del soccorso istruttorio permane in materia di concorsi mentre è venuta meno in materia di contratti pubblici ad opera della l. n. 114/2014. Cfr. T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 4.5.2022, n. 5554: "*il soccorso istruttorio è finalizzato esclusivamente a rettificare o completare dichiarazioni incomplete o errate ma non*

Al riguardo, ci si è chiesti se tale indicazione rappresenti una mera regolarizzazione o una integrazione della domanda di partecipazione, non consentita dalla perentorietà dei termini e dal rispetto della *par condicio* dei partecipanti al concorso [38].

In merito al quesito proposto, il Consiglio di Stato [39] ha affermato che la regolarizzazione non può tradursi in una vera e propria correzione postuma per ovviare alle irregolarità non sanabili.

A tal proposito è necessario, dunque, distinguere tra regolarizzazione documentale ed integrazione documentale: la prima ammessa, la seconda no.

Il bilanciamento tra il dovere della p.a. di provvedere alla regolarizzazione della documentazione presentata dai candidati ed il principio della *par condicio* tra i partecipanti va ricercato nella distinzione del concetto di regolarizzazione da quello di integrazione documentale.

Quest'ultima non è mai consentita, risolvendosi essa in un effettivo *vulnus* del principio di pari trattamento tra i concorrenti, mentre alla regolarizzazione documentale la pubblica amministrazione è sempre tenuta in forza del principio generale ricavabile dall'art. 6, primo comma, lett. b), l. 7.8.1990, n. 241 [40].

Secondo la giurisprudenza, la linea di demarcazione tra i concetti di "regolarizzazione documentale" ed "integrazione documentale" discende dalle qualifica-

---

certo a sanare violazioni previste dalla lex specialis quali motivi di esclusione, ciò che violerebbe altresì la par condicio con altri candidati. Ad avviso della condivisibile recente giurisprudenza, infatti, 'L'esegesi rigorosa delle disposizioni riguardanti il c.d. potere di soccorso, avuto riguardo ai valori in gioco, nasce dalla fondata preoccupazione che l'allargamento del suo ambito applicativo alteri la par condicio, violi il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, incida sul divieto di disapplicazione della lex specialis contenuta nel bando, eluda la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura. In altri termini, il ricorso al soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui confligge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione. La linea di demarcazione tra i concetti di regolarizzazione documentale ed integrazione documentale deve desumersi dalle qualificazioni stabilite ex ante nel bando, nel senso che il principio del soccorso istruttorio è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedimentali richiesti a pena di esclusione dalla lex specialis *(specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte e, conseguentemente, l'integrazione si risolverebbe in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento' (*ex multis*, T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 18 novembre 2019, n. 1506)" (T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 30 settembre 2021, n. 1668)*".

[38] Cons. Stato, sez. V, 3.6.2010, n. 3486.

[39] Cons. Stato, sez. V, 5.12.2012 n. 6248; Cons. Stato, sez. V, 3.6.2010, n. 3486; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. II, 13.5.2013, n. 788; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. IV, 11.4.2013, n. 916; T.a.r. Campania, sez. IV, 3.12.2015, n. 5579; Cons. Stato, sez. V, 3.6.2010, n. 3486.

[40] T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 3.3.2014, n. 2454; Cons. Stato, sez. V, 5.12.2012, n. 6248; Cons. Stato, sez. V, 3.6.2010, n. 3486; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. II, 13.5.2013, n. 788; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. IV, 11.4.2013, n. 916; T.a.r. Campania, sez. IV, 3.12.2015, n. 5579; Cons. Stato, sez. V, 3.6.2010, n. 3486.

zioni stabilite *ex ante* nel bando, nel senso che il principio del "soccorso istruttorio" è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedimentali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del "potere di soccorso". Conseguentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo *vulnus* del principio di parità di trattamento. Invece, è consentita la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi [41].

In realtà, più che soffermarsi sulla distinzione tra regolarizzazione e integrazione documentale, per giustificare l'applicazione del soccorso istruttorio nelle procedure concorsuali, nell'ottica della cooperazione tra privati e pubblica amministrazione, sarebbe opportuno distinguere tra requisiti e titoli a seconda che condizionino o meno la partecipazione al pubblico concorso. Se si tratta di titoli utili e necessari per poter partecipare alla procedura selettiva prescritti dal bando a pena di nullità, il responsabile del procedimento non può consentire né la regolarizzazione, né l'integrazione della domanda di concorso, perché verrebbe prima di tutto leso il principio della *par condicio* e della tutela della concorrenza e poi esautorata la natura precettiva del bando, quale *lex specialis* dei procedimenti concorsuali.

Diversamente, ritornando al caso in questione, qualora il candidato abbia omesso di indicare un titolo preferenziale, non condizionante la partecipazione al concorso, vale a dire un titolo che incida solo ai fini della valutazione dei candidati nei casi di parità di punteggi nella formazione della graduatoria finale, l'amministrazione dovrebbe consentire al privato di integrare o regolarizzare la domanda.

Tuttavia, questa soluzione concernente la distinzione tra titoli di merito e titoli di preferenza, sul piano pratico non è senza conseguenze. Invero, a parte tutte le considerazioni teoriche, l'esercizio del potere istruttorio, se non correttamente esercitato, nonostante sia sorretto da uno dei fondamentali principi informatori del procedimento amministrativo, vale a dire quello della collaborazione leale tra privati e pubblica amministrazione, può, nei casi concreti, sacrificare e ledere la sfera soggettiva di uno dei concorrenti, in particolare di quello che ha prestato maggiore diligenza e attenzione nella compilazione della domanda di concorso.

---

[41] T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 30.9.2021, n. 1668; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 3.3.2014, n. 2454; Cons. Stato, sez. V, 5.12.2012, n. 6248; Cons. Stato, sez. V, 3.6.2010, n. 3486; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. II, 13.5.2013, n. 788; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. IV, 11.4.2013, n. 916; T.a.r. Campania, sez. IV, 3.12.2015, n. 5579; Cons. Stato sez. V, 3.6.2010, n. 3486.

Nel caso dei titoli preferenziali, il legislatore ha previsto un elenco ordinato degli stessi. Pertanto, se un candidato omette di indicare il possesso di un titolo preferenziale nella domanda di partecipazione, nonostante il bando l'abbia espressamente previsto consentendogli di integrare o regolare successivamente la sua domanda, verrebbe ingiustamente penalizzato il concorrente diligente e magari vincitore del concorso perché il candidato che ha totalizzato lo stesso punteggio e che ha dimenticato di farne menzione ai fini della valutazione potrebbe avere un titolo preferenziale che nell'elenco predisposto dal legislatore precede quello di cui risulta in possesso il candidato "diligente". Ad esempio, un candidato indica nella domanda di partecipazione di avere prestato lodevole servizio presso una pubblica amministrazione, un altro candidato invece, omette di indicare nella sua domanda di essere coniugato e di avere due figli a carico. Entrambi, a seguito della valutazione per titoli e per esami, risultano idonei e conseguono lo stesso punteggio. Orbene se si consentisse al secondo candidato, attraverso la procedura del soccorso istruttorio, di integrare la sua domanda successivamente, ovvero di dimostrare che è anch'egli è in possesso di un titolo preferenziale, questi potrebbe essere preferito rispetto al candidato diligente perché, ai sensi dell'art. 5 del d.p.r. n. 487/1994, a parità di merito e di titoli "la preferenza" è determinata: a) dal numero dei figli a carico, indipendentemente dal fatto che il candidato sia coniugato o meno; b) dall'aver prestato lodevole servizio nelle amministrazioni pubbliche; c) dalla minore età.

Nell'interesse di coloro che partecipano ad una procedura concorsuale, la pubblica amministrazione deve avere contezza di tutti i titoli dei candidati compresi quelli preferenziali prima dell'espletamento del concorso, al fine di garantire la trasparenza e la garanzia di parità di trattamento, ciò costituisce una conseguenza dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità, che devono sempre informare l'esercizio dell'attività amministrativa. Il potere istruttorio integrativo, di cui dispone il responsabile del procedimento, non costituisce un dovere assoluto per l'amministrazione, ma è espressione del potere discrezionale della stessa di chiedere chiarimenti o integrazioni, ove ritenuti necessari ai fini di un adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria.

È opportuno, dunque, che l'esercizio del potere istruttorio nelle procedure concorsuali vada coordinato con il principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

3. Il soccorso istruttorio nello "*Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante 'Delega al Governo in materia di contratti pubblici'*"

Il potere di soccorso istruttorio nel settore dei contratti pubblici è stato oggetto

di attenzione da parte del legislatore che ha conferito delega al Governo al fine di rivedere l'attuale disciplina dei contratti pubblici [42].

Con la riforma, a differenza della attuale e ancora vigente normativa [43], il legislatore ha disciplinato l'istituto dedicandogli un intero articolo rubricato soccorso istruttorio. (art. 101).

Oltre ad essere confermato il termine finale di 10 giorni, viene introdotto un termine iniziale non inferiore a 5 giorni per integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante e per sanare eventuali irregolarità della domanda di partecipazione.

Viene precisato che la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte. In questi casi, il legislatore prevede una ipotesi certa di sanabilità per l'operatore economico che sia in possesso dei documenti richiesti purché lo dimostri con documenti aventi data anteriore rispetto al termine di presentazione della domanda.

Quindi le irregolarità concernenti le carenze della documentazione allegata alla domanda di partecipazione non sono più considerate essenziali. Restano tali e quindi non sanabili quelle che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente e quelle che riguardano il contenuto dell'offerta economica e tecnica.

Anche nella emananda disciplina viene prevista la sanzione dell'esclusione dalla gara se l'operatore economico non adempie alle richieste di chiarimenti della stazione appaltante nel termine di dieci giorni.

Secondo il dettato del nuovo articolo, inoltre, l'errore materiale dell'offerta può essere rettificato non più solo d'ufficio dall'Amministrazione qualora riconoscibile, ma anche dall'operatore economico, che fino al giorno fissato per la loro

---

[42] Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante Delega al Governo in materia di contratti pubblici" del 7 dicembre 2022.

Il testo normativo di adozione del Codice, composto da 229 articoli raggruppati in cinque libri, entrerà in vigore il **1° aprile 2023**, mentre le disposizioni dello stesso, con i relativi allegati, acquisteranno efficacia dal 1° luglio 2023.

Si ritiene opportuno evidenziare che con la legge delega 21.6.2022, n. 78, art. 1, il Parlamento ha delegato il Governo "*ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai princìpi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate*".

[43] L'art. 83 del d.lgs. n. 56/2016, rubricato "*Criteri di selezione e soccorso istruttorio*", dedica il nono comma all'istituto del soccorso istruttorio.

apertura, può richiedere la rettifica di un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione ed a condizione che la rettifica non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale.

Capitolo Quarto

Contributo sul tema della legittimazione a intervenire nel procedimento amministrativo ai sensi dell'art. 9 della legge n. 241/1990

ENZA ROMANO

SOMMARIO: 1. Profili ricostruttivi dell'intervento nel procedimento amministrativo. – 2. Le funzioni dell'intervento nel procedimento. – 3. L'esegesi dell'art. 9 della l. n. 241/1990. Presupposti e ambito di applicazione. – 4. I soggetti portatori di interessi diffusi, costituiti in associazioni e comitati, e il riconoscimento della tutela giurisdizionale "tipica" degli interessi legittimi (a margine dell'Adunanza plenaria del Cons. Stato n. 6/2020).

1. Profili ricostruttivi dell'intervento nel procedimento amministrativo

Con l'emanazione della legge generale sul procedimento amministrativo n. 241/1990 è stata generalizzata la partecipazione del privato [1] alla elaborazione della decisione amministrativa fino a ricomprendere anche soggetti diversi dai destinatari degli effetti diretti del provvedimento [2].

[1] La letteratura sul tema della partecipazione al procedimento amministrativo è vastissima e, nel presente lavoro, ci si limiterà ad alcune citazioni essenziali.

[2] Nel presente scritto il "tema" della partecipazione viene indagato esclusivamente con riferimento alla partecipazione al procedimento amministrativo, e non con riferimento alla partecipazione in generale all'attività amministrativa, intesa anche come autogoverno locale o democrazia diretta. Su questi temi, invece, si rinvia a E. CASETTA, *La partecipazione democratica nell'ordinamento regionale*, in *Foro amm*., 1972, 875 ss.; M.P. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977; F. LEVI, *Partecipazione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1977, 1625 ss.

Qui si è accolta una accezione ristretta del significato della partecipazione, come "manifestazione di interesse" del privato nel procedimento. Cfr. F. FRACCHIA, *Manifestazione di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm*., 1996, 11 ss.; M. D'ALBERTI, *La "visione" e la*

L'art. 9 della l. n. 241/1900 attribuisce a qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché ai portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, la possibilità di intervenire nel corso procedimento prima che l'amministrazione addivenga alla regolamentazione degli interessi ed emani il provvedimento.

La partecipazione svolge un ruolo decisivo per la tutela degli interessi privati: questi ultimi possono essere "*rappresentati, documentati e difesi nella fase in cui l'amministrazione si appresta a decidere (e provvedere) d'ufficio o su istanza di parte; nella fase, cioè, in cui viene determinato il nuovo assetto di interessi, nel quale gli interessi privati coinvolti potranno risultare soddisfatti o rimanere insoddisfatti*" [3].

Il procedimento si apre alla partecipazione e, in una qualche misura, tende a "*processualizzarsi*", quanto meno per le suggestioni che evoca l'intervento del privato rispetto alla decisione unilaterale assunta dall'amministrazione [4]. Ancora oggi, una delle priorità della disciplina del procedimento va ricercata nella necessità di predisporre le modalità di partecipazione dei privati alla decisione amministrativa [5] e gli strumenti di tutela a favore del cittadino [6]. Così la tutela fisiologica dell'interesse dei privati deve avere luogo nel procedimento [7].

La partecipazione è strettamente collegata al procedimento dal punto di vista strutturale e funzionale: "*il procedimento assolve alla funzione di valutare consistenza e peso degli interessi coinvolti e alla funzione di composizione degli interessi. Invero, la struttura e la complessità del procedimento sono condizionati dalla natura, dal numero degli interessi e dal grado di discrezionalità, conferita dalla legge alla pubblica amministrazione* [8]".

"voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I, 2000, 1 ss.

[3] F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e Teoria*, Torino, 2017, 231.

[4] Il Prof. Mario Nigro vedeva il procedimento come metodo di realizzazione di una legalità-giustizia, possibile solo attraverso la partecipazione e il contributo che il privato avrebbe potuto fornire al nuovo assetto di interessi. Si vedano M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc*., 1980, 262 ss. nonché, dello stesso Autore, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Atti del Convegno (Messina-Taormina 25-26 febbraio 1988)* Milano, 1990, 11 ss.

Sul tema si rinvia alla ricostruzione di F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 229 ss.

[5] Cfr. S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 184.

[6] La progressiva ritualizzazione del procedere dell'azione amministrativa, infatti, con "*l'indicare sequenze di atti di autorità amministrative tra loro collegati tendenti ad un unico scopo assunse, già all'inizio del Novecento, la funzione positiva di disciplinare gli interessi dei singoli*", in tal senso R. CARANTA, *Procedimento amministrativo in diritto comparato*, in *Dig. disc. pubbl*., XI, Torino, 1996, 605.

[7] F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 233.

[8] S. PERONGINI, *op. ult. cit.*, 183.

Il procedimento è il "luogo", la dimensione spazio-temporale-funzionale in cui tutti gli interessi "coinvolti" nell'agire amministrativo vengono considerati prima dell'adozione del provvedimento finale.

È stato osservato che "*quando l'amministrazione, nell'esercizio delle sue funzioni, al fine di determinare l'interesse pubblico da soddisfare, acclara i vari interessi presenti nella vicenda, individua gli interessi giuridicamente rilevanti implicati nella vicenda. Detti interessi sono sempre riconducibili a soggetti giuridici, i quali acquisiscono la legittimazione a partecipare al procedimento amministrativo*" [9].

Nel procedimento vengono acquisiti e presi in considerazione dall'amministrazione non solo gli interessi di cui sono titolari i destinatari del provvedimento, ma anche gli interessi di cui sono titolari i soggetti intervenienti ai sensi dell'art. 9 della l. n. 241/1990.

La partecipazione del privato nel procedimento ha registrato una parabola evolutiva [10].

Gli studi prima dell'emanazione della l. n. 241/1990 si concentravano sulla affermazione della possibilità che il privato potesse partecipare all'esercizio della funzione amministrativa [11]; in altri termini, "teorizzavano" l'intervento nel procedimento in assenza di una norma specifica e miravano a dimostrare che il privato dovesse conoscere l'attività amministrativa in corso d'opera e, quindi, potesse intervenire nello svolgimento del procedimento.

Tenuto conto del contesto ordinamentale in cui sono state elaborate, le riflessioni sulla partecipazione del privato al procedimento amministrativo hanno rappresentato effettivamente un argomento importante nella evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione in chiave democratica.

La valorizzazione del principio democratico è stata utilizzata per giustificare l'apertura della pubblica amministrazione ai privati [12], non solo ai diretti destinatari dell'azione amministrativa.

---

[9] S. PERONGINI, *L'interesse legittimo: attualità e prospettive nel pensiero di F.G. Scoca*, in S. PERONGINI, S. LICCIARDELLO (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, Torino, 2019, 106.

[10] F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 229 ss., 234 ss.

[11] Si rinvia a F. BENVENUTI, *Contraddittorio – diritto amministrativo*, in *Enc. dir*., Milano, 1961; G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969; S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Riv. it. sc. giur*., 1971; G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971; G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975; G. BERTI, *Procedimento*, 1975, 800 ss.; M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc. amm*., LVII, 1980, 252 ss.; M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. dir. proc. civ*., XXXIV, 1980, 225 ss.

[12] Si pensi alla monografia di G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969.

Si deve al Capo III della l. n. 241/1990, rubricato "*Partecipazione al procedimento amministrativo*", l'affermazione generalizzata della possibilità di prendere parte al procedimento in corso, sia in favore dei soggetti diretti destinatari del provvedimento sia in favore di soggetti diversi, comunque coinvolti nell'azione amministrativa.

Prima della l. n. 241/1990 vi erano norme che contemplavano la partecipazione dei privati all'azione amministrativa, ma con riguardo a specifici procedimenti, in base a diversi presupposti e secondo differenti modalità [13].

La l. n. 241/1990 ha consacrato e generalizzato la partecipazione dei privati, non senza sollevare criticità [14].

---

[13] Si faccia riferimento, ad esempio, alle norme sulla partecipazione al procedimento espropriativo.

[14] A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; F. FRACCHIA, *Manifestazione di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm*., 1996, 15-16; G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998; S. COGNETTI, *"Quantità" e "qualità" della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000, 2 ss., 66 ss., 122; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio, nel procedimento*, in *Dir. amm*., 2004; A. CROSETTI, F. FRACCHIA, *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, 2002; F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm*., 2010; R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm*., 1992; G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998; E. DALFINO, L. PACIONE, *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Foro it*., 1992; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione nel procedimento*, in *Dir. amm*., 1993; G. PALEOLOGO, *La legge del 1990 n. 241: procedimenti amministrativi e accesso ai documenti dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm*., 1991; M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. amm*., 3, 2005; A. ZITO, *Le pretese partecipative del provato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; R. CARANTA, L. FERRARIS, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2000; E. CASTORINA, *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm*., 1994; S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione*, Milano, 2000; E. DALFINO, L. PACIONE, *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Fori it*., 1992; P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996; F. GIGLIONI, S. LARICCIA, *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Enc. dir*., IV, Milano, 2000, 957; F. TRIMARCHI, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm*., 2000, 627 ss.; M. D'ALBERTI, *La visione e la voce: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2000; E. FREDIANI, *La produzione normativa nella sovranità orizzontale*, Pisa, 2010; B. CAVALLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2000; E.M. MARENGHI, *Procedimenti e processualprocedimento*, Padova, 2009; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 187, 193; S. PERONGINI, *La tutela giurisdizionale avverso l'inerzia della pubblica amministrazione e l'interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. amm*., 2010, 440 ss.; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 443 ss., 454 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento*, Torino, 2016, 166 ss.; M. RAMAJOLI, *L'intervento nel procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 603 ss.; C.E. GALLO, *La partecipazione al procedimento*, in AA.VV., *Lezioni sul procedimento*, 2009, 89; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e Teoria*, Torino, 2017, 229 ss., 234 ss.; S. PERONGINI, *L'interesse legittimo: attualità e prospettive nel pensiero di F. G.*

Negli anni successivi alla emanazione della l. n. 241/1990, la dottrina si è interrogata soprattutto sui profili "quantitativi" della partecipazione al procedimento, verificando una estensione – quanto più ampia possibile – dei soggetti legittimati a partecipare al procedimento, ma trascurandone i profili "qualitativi" [15].

Diversi recenti studi (anche monografici) hanno ricostruito l'istituto della partecipazione al procedimento soprattutto in termini di contraddittorio procedimentale, con riferimento ai soggetti diretti destinatari dell'azione amministrativa e ai controinteressati di cui all'art. 7 della l. n. 241/1990 [16].

I riflettori sul tema si sono riaccesi a seguito della recente modifica dell'art. 10 bis della l. n. 241/1990 e dei meccanismi preclusivi che pretende di imporre alla partecipazione dei privati nei procedimenti ad istanza di parte [17].

La dottrina ripropone spesso la distinzione tra partecipazione delle parti "necessarie" nel procedimento e quella delle parti "eventuali"; tuttavia, l'art. 10 della l. n. 241/1990 attribuisce le medesime facoltà procedimentali sia ai soggetti di cui all'art. 7 sia a quelli di cui all'art. 9, sollevando il dubbio se non sia uno sforzo inutile distinguere in qualche modo i due tipi di partecipazione, se poi sul piano operativo finiscono con il refluire nell'art. 10 della l. n. 241/1990.

Per quanto riguarda i diritti dei partecipanti, accanto alle raffinate ricostruzioni sulla natura giuridica delle pretese partecipative [18], l'attenzione della dottrina è stata catturata soprattutto dalla disciplina dell'accesso, che tuttavia ha assunto una dimensione notevolmente più estesa di quella endoprocedimentale [19].

Gli approfondimenti della dottrina sull'intervento di cui all'art. 9 della l. n. 241/1990, invece, si sono concentrati sui rapporti tra procedimento e processo, in termini di possibile o plausibile simmetria, troppo spesso negata, con riferimento alla legittimazione dell'interveniente procedimentale nel processo o, più semplicemente, alla relazione tra legittimazione procedimentale e legittimazione processuale [20].

Scoca, in S. PERONGINI, S. LICCIARDELLO (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, Torino, 2019, 98 ss.

[15] S. COGNETTI, *"Quantità" e "qualità" della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, cit.

[16] A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, Torino, 2016; T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, Padova, 2022.

[17] A. ZITO, *Discrezionalità amministrativa e consumazione del potere*, 21.10.2022, pubblicato sul *forum AIPDA Discrezionalità e amministrazione*.

[18] *Ex multis* A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm*., 2012, 850-875.

[19] Sull'accesso quale presupposto all'esercizio del diritto di partecipazione al procedimento, si veda F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1997, 83 ss.

[20] M.C. ROMANO, *Interessi diffusi e intervento nel procedimento amministrativo*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 1691 ss.; P. LOMBARDI, *Le parti del procedimento amministrativo. Tra procedimento e processo*, Torino, 2018.

2. Le funzioni dell'intervento nel procedimento

La funzione svolta dall'intervento dei privati [21] nel procedimento amministrativo è stata diversamente ricostruita.

La varietà delle ricostruzioni è influenzata da molti fattori, come la funzione attribuita al procedimento amministrativo in generale, il rapporto autorità/libertà o le situazioni legittimanti.

Le opinioni sul tema sono diverse e numerose, sebbene possano essere riassunte in tre ipotesi ricostruttive fondamentali [22], relativamente alle quali le altre costituiscono sfumature o sviluppi. La prima posizione attribuisce alla partecipazione del privato nel procedimento un ruolo difensivo, di tutela anticipata degli interessi in gioco. La seconda riconosce nella partecipazione un istituto di collaborazione del privato all'azione dell'amministrazione [23]. La terza – quella più radicale – sostiene che la partecipazione al procedimento rappresenta una forma di esercizio in contitolarità di funzioni tra soggetto pubblico e privato, che poi costituisce un approdo a cui giungono le estremizzazioni delle due tesi precedenti, sebbene per vie differenti.

Altra dottrina ha evidenziato che il valore duale della partecipazione al procedimento amministrativo (da una parte di tipo oppositivo, dall'altra di tipo collaborativo, anche nell'interesse oggettivo delle amministrazioni) [24] costituisce una vera e propria contraddizione di ordine sistemico, di cui non può non tenersi conto [25].

Le due funzioni della partecipazione, ossia quella di garanzia e quella di "collaborazione", sono state spesso considerate in modo separato, in termini di prevalenza o, addirittura, di reciproca incompatibilità ed esclusione.

Ma nel tempo parte della dottrina e della giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V,

---

[21] Si rammenta che il tema del lavoro è circoscritto alla partecipazione al procedimento amministrativo in senso stretto, senza considerare aspetti più generali della partecipazione, quali gli istituti di democrazia diretta o quelli di partecipazione nelle autonomie locali.

[22] Si riporta la ricostruzione di F. FRACCHIA, *Manifestazione di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm*., 1996, 15-16.

[23] La partecipazione può essere intesa come manifestazione del principio di leale collaborazione tra le parti. Per una disamina sulla partecipazione come espressione della collaborazione si rinvia a R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm*, 1992, 1, 172; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm*, 1993.

[24] R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, 2017, *Dir. amm*., 209 ss.; E. FREDIANI, *Partecipazione e procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al "preavviso di rigetto*", in *Dir. amm*., 2005, 1003 ss.; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59 ss.

[25] In questi termini, cfr. R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, 2017, in *Dir. amm*., 209 ss.

13.11.95, n. 1562) è giunta ad affermare la duplice valenza dell'istituto, destinato ad assicurare contestualmente sia la tutela del soggetto amministrato che la completezza dell'istruttoria.

L'interveniente, quindi, prospetta un punto di vista "interessato" che, tuttavia, rileva per colmare o limitare il fisiologico *deficit* di informazioni della pubblica amministrazione.

La manifestazione degli interessi privati riduce il rischio di un'istruttoria procedimentale non adeguata e di una decisione finale intrinsecamente debole, carente sotto il profilo della razionalità.

Dal punto di vista del privato, poi, quanto più il suo apporto sia stato utile a determinare le premesse fattuali all'esercizio del potere, tanto più la tutela risulterà effettiva in sede procedimentale.

E ciò perché, nel peculiare contesto istruttorio, gli interessi rappresentati potranno imporsi per il loro peso e la loro rilevanza.

Se l'interesse pubblico non è più un dato positivo predeterminato, bensì il risultato di un'attività di comparazione ponderata degli interessi coinvolti, è gioco forza che l'apporto dei privati assurge a elemento sostanziale e imprescindibile, dal momento che mette la pubblica amministrazione nella condizione di esercitare il suo potere. In questo senso, l'istituto della partecipazione serve anche come ausilio rispetto al principio di legalità, il cui significato autentico si ritiene perduto proprio a causa della crisi della legge [Morbidelli].

3. L'esegesi dell'art. 9 della l. n. 241/1990. Presupposti e ambito di applicazione

Come è noto, l'art. 9 della l. n. 241/1990 asserisce che "*Qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento*".

Ne deriva che, affinché un soggetto, pubblico o privato, possa intervenire nel procedimento, è necessario che sussistano tre requisiti [26]: la titolarità di un determinato interesse, che la legge qualifica come pubblico, privato o diffuso; purché si tratti di un interesse giuridico sostanziale, connesso allo specifico procedimento instaurato; la possibilità che a questo interesse possa essere arrecato un danno dall'atto con cui si conclude il procedimento; l'esistenza di un procedimento amministrativo in essere.

---

[26] M. RAMAJOLI, *L'intervento nel procedimento*, cit., 603.

L'art. 9 non riconosce a "chiunque" la legittimazione ad intervenire nel procedimento amministrativo, ma solo ad un soggetto che sia titolare di un interesse, diversamente qualificato.

Una parte della dottrina sostiene che gli interventori ai sensi dell'art. 9 sono titolari in ogni caso di un interesse qualificato e, nello specifico, di una situazione giuridica soggettiva (interesse legittimo o diritto soggettivo)[27].

Secondo una ricostruzione, che pure condivide l'impostazione in base alla quale gli interessi contemplati dall'art. 9, aventi natura diversa rispetto agli interessi pubblici, sono interessi legittimi[28], la categoria che riserva perplessità è quella degli interessi diffusi, dal momento che si pone il problema della verifica del requisito della personalità in capo ai soggetti che se ne fanno portatori[29].

---

[27] S. COGNETTI, *"Quantità" e "qualità" della partecipazione*, cit., 53 ss., sostiene che "*la giuridicità di un interesse – intesa come riconoscimento del suo rilievo giuridico – si determina quando l'ordinamento prende questo in considerazione in un determinato contesto giuridico* (…)*. Sicché l'interesse 'legittimo' tende a rilevare giuridicamente non più, solo e strumentalmente, come presupposto di verifica giurisdizionale (legittimazione), ma anche come oggetto di quella medesima verifica (limitatamente al vizio di eccesso di potere) ove il giudice amministrativo, nell'estendere il proprio controllo alla consistenza e alla fondatezza delle premesse di fatto all'esercizio del potere, accerti la mancata – o insufficiente – presa in considerazione dell'interesse stesso da parte dell'autorità amministrativa decidente*".

Invero, l'Autore in esame sostiene la necessità di una ricostruzione unitaria dell'interesse giuridicamente rilevante, in un'ottica di integrazione tra procedimento e processo dal momento che "*è lo stesso concetto di giuridicità ad assumere portata universale, in positivo, come in negativo: ciò che rileva nel procedimento, deve poter rilevare anche nel processo (e viceversa)*".

Si veda, inoltre, G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 2005, 653 secondo il quale "*il pregiudizio è comunque sintomatico di una posizione differenziata, sicché l'interveniente agisce non come membro di una collettività più o meno ampia, ma come individuo leso o che può essere leso dal provvedimento in itinere. Ciò, del resto, si raccorda con la nota teoria in tema di interesse legittimo (e che esce rafforzata dalla l. n. 241/1990): interesse che non è mero riflesso dell'interesse pubblico o occasionalmente protetto o, addirittura meramente processuale, bensì è potere del cittadino di influenzare in maniera determinante le attività dell'amministrazione. L'interesse legittimo è inteso cioè come posizione soggettiva idonea a influenzare l'amministrazione in maniera tale da far corrispondere il provvedimento all'interesse pubblico concreto*". La nota teoria è quella di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, 112-113.

[28] Con riferimento agli interessi contemplati dall'art. 9, aventi natura diversa rispetto a quelli pubblici, P. LOMBARDI, *Le parti del procedimento amministrativo. Tra procedimento e processo*, Torino, 2018, 78 afferma che "*non sembra si possa mettere in dubbio che si tratti di interessi legittimi, anche in considerazione del fatto che – ai sensi del successivo art. 11 – è dall'esercizio delle pretese partecipative che può scaturire un accordo idoneo a concludere in via non autoritativa il procedimento amministrativo*". Sul punto viene richiamato A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, cit., 148.

[29] Secondo P. LOMBARDI, *op. ult. cit.*, 79, "*il discorso sulla natura degli interessi diventa in realtà più complesso se si guarda ai portatori di interessi diffusi, a partire dalla affermazione – pressoché pacifica in dottrina – secondo la quale gli interessi diffusi fatti valere da associazioni o comitati sono in realtà interessi collettivi*"; occorre "*comprendere come si riesca a dare giuridica rilevanza, durante e dopo il procedimento, ad interessi per i quali è problematico il requisito della personalità*".

Un altro orientamento ammette la partecipazione al procedimento anche di un soggetto "*in assenza del coinvolgimento dell'interesse materiale*" [30], sebbene non si possa negare qualsiasi profilo soggettivo (differenziato) alle pretese partecipative dei privati. In base alla ricostruzione dottrinale in parola, l'interveniente ai sensi dell'art. 9 della l. n. 241/1990, è titolare di un interesse legittimo o di un diritto soggettivo (come i soggetti di cui all'art. 7) oppure è titolare di un interesse meramente differenziato, che assurge al rango giuridicamente rilevante di interesse procedimentale [31].

Si esclude che nel procedimento possa intervenire "chiunque", dal momento che non può non considerarsi l'elemento del pregiudizio di cui all'art. 9 della l. n. 241/1990 [32].

Secondo la tesi in parola costituisce presupposto per l'intervento nel procedimento "*la titolarità di interessi che, senza essere semplici o di mero fatto, non siano neppure necessariamente riconducibili a posizioni di interesse legittimo/interesse collettivo (che pure possono sussistere: si è detto dei destinatari dell'atto e dei controinteressati sostanziali pretermessi, nonché degli enti esponenziali quando fanno valere interessi di categoria)*" [33].

Così gli intervenienti sono titolari di situazioni giuridiche soggettive differenti e non sono tutti titolari di interessi legittimi. Se fosse diversamente, secondo la tesi in esame, si verificherebbe un vero e proprio svuotamento della valenza euristica di tale concetto e un eccessivo potenziale accesso alla tutela giurisdizionale [34].

---

[30] M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 385.

[31] M. OCCHIENA, *op. ult. cit*., 380.

[32] M. OCCHIENA, *op. ult. cit*., 407. Invero, "*muovendo da questi presupposti, la legittimazione alla partecipazione volontaria non sembra potersi riconoscere ai titolari di interessi diffusi, intesi in senso proprio (ossia come interessi adespoti). La facoltà di partecipare al procedimento pare spettare, invece, a soggetti che, nello specifico episodio di esercizio del potere, sono titolari di una posizione giuridica carente di qualificazione normativa, seppure differenziata. Si tratta di soggetti nei cui confronti il potere non produce vicende giuridiche, ma che potrebbero essere in qualche modo interessati dalle vicende create dal provvedimento in capo ai destinatari dell'atto o in capo ai controinteressati sostanziali. Ciò per ragioni quali la prossimità territoriale, l'appartenenza ad un gruppo sociale (…). In altre parole, in quanto coniugata con la locuzione 'qualunque oggetto portatore di interessi … privati', l'espressione 'pregiudizio' designerebbe il requisito della mera differenziazione di quegli interessi, che consente di distinguere l'interventore volontario dal qui que ce soit*" (409).

[33] M. OCCHIENA, *op. loc. ult. cit*.

[34] *Contra* S. COGNETTI, *"Quantità" e "qualità" della partecipazione*, cit., 51, secondo il quale "*in realtà, è l'immagine stessa creata teoricamente dalla dottrina – quella cioè di un interesse idoneo a conferire al suo titolare la legittimazione a partecipare nel procedimento amministrativo, senza tuttavia riuscire a conferirla nel processo giurisdizionale amministrativo (se non con riferimento al mero assolvimento formale del comportamento partecipativo) – a risultare fuorviante e*

Così, con riferimento alla categoria dei soggetti intervenienti che suscita maggiori questioni interpretative, vale a dire quella degli enti esponenziali, la ricostruzione in esame distingue a seconda dei casi in cui l'ente partecipi in quanto portatore dell'interesse collettivo, a tutela degli interessi di tutti gli appartenenti alla categoria, ovvero quando partecipi come titolare di un interesse meramente differenziato che, "*pur consentendogli la partecipazione, gli riconoscerebbe nella procedura esclusivamente posizioni di mero interesse procedimentale*" [35].

Sempre valorizzando l'elemento del pregiudizio alla stregua della "differenziazione", l'orientamento in esame evidenzia che se possono partecipare i soggetti titolari di meri interessi differenziati (e non solo i soggetti titolari di interessi legittimi o comunque interessi giuridicamente rilevanti), ne deriva che possono intervenire anche coloro che potrebbero trarre beneficio dal provvedimento, dal momento che "*risulta assente l'attinenza tra l'episodio di esercizio del potere e la protezione giuridica del bene implicato*" [36].

In definitiva, secondo la ricostruzione in esame, focalizzando l'attenzione sulle pretese partecipative, in dette ipotesi, l'interventore sarebbe titolare di un interesse meramente differenziato, che è tale solo nei confronti dell'amministrazione rispetto allo specifico esercizio del potere, e, quindi, è titolare di un interesse procedimentale [37]: "*di per sé, il soggetto che ne è portatore ben può essere, in realtà, titolare sul piano dell'ordinamento generale di una situazione giuridica riconosciuta e protetta che, tuttavia, non è toccata dal potere se non in modo mediato:*

---

inammissibile come ipotesi stessa di riflessione e di ricerca. Il paradosso sta proprio in cui: nella configurazione di una nuova – strana quanto ambigua – situazione soggettiva da considerare 'giuridica' solamente a metà: inidonea, cioè, a legittimare il suo portatore a ricorrere contro il provvedimento finale eventualmente lesivo di uno stesso interesse sostanziale che, invece, era stato ritenuto giuridicamente rilevante nel procedimento, poiché aveva legittimato l'intervento partecipativo del suo portatore".

[35] M. OCCHIENA, *op. ult. cit*., 414.

[36] M. OCCHIENA, *op. loc. ult. cit*.

[37] In particolare, M. OCCHIENA, *op. ult. cit*., 412, chiarisce che "*l'interesse meramente differenziato, in realtà, finisce con il coincidere con l'interesse procedimentale. È quest'ultimo, infatti, ad essere giuridicamente rilevante, in quanto riconosciuto dalle norme di azione che regolano l'intervento nel procedimento, mentre l'interesse meramente differenziato, a meno che non trovi una collocazione procedurale, si configura di per sé privo di rilevanza giuridica o, al più, come situazione legittimante*".

Ne discende anche una diversa configurazione dei rimedi a disposizione dell'interventore a seconda della titolarità di un interesse legittimo, piuttosto che di un interesse procedimentale. Nell'ipotesi, ad esempio, di violazione di un interesse procedimentale il provvedimento sarebbe affetto da irregolarità. Sul tema si veda M. OCCHIENA, *op. ult. cit*., 415 ss.

Anche per questa ragione, "*non è parso possibile affermare che tutti i partecipanti siano titolari di interessi legittimi; ciò significherebbe consentire a tutti i potenzialmente innumerevoli intervenienti nella procedura di adire il giudice amministrativo e di chiedere l'annullamento del provvedimento finale anche qualora quest'ultimo non abbia inciso sulla loro sfera giuridica (si pensi ai portatori di interessi meramente differenziati*" (416).

ciò perché il bene che essa protegge non è connesso alla vicenda di realizzazione del pubblico interesse. Una posizione, quindi, non riconducibile alla massa dei cittadini. Essa appartiene a chi si trovi in una concreta situazione fisico-spaziale, derivante dalla sussistenza di una sottostante posizione giuridico-soggettiva, da cui consegue la possibilità di individuare in capo al privato un interesse differenziato e personale – e dunque non effimero – rispetto all'oggetto del procedimento, che potenzialmente lo espone a patire la carica lesiva del potere amministrativo" [38].

Secondo la tesi in esame, il quadro delle situazioni soggettive che fondano la partecipazione procedimentale è comprensivo tanto di situazioni giuridiche soggettive (diritto soggettivo e interesse legittimo), quanto di interessi meramente differenziati.

Dunque, se ben si è inteso, secondo l'orientamento in esame per quanto riguarda la giuridicità dell'interesse – che legittima l'intervento nel procedimento- deve ritenersi che: o preesiste al procedimento, nel senso che l'interesse è un interesse legittimo o un diritto soggettivo (naturalmente lo sarà anche fuori dal procedimento), oppure la giuridicità viene conferita a quell'interesse dalle norme sulla partecipazione al procedimento (art. 9 e 10 l. n. 241/1990) [39], facendolo assurgere a interesse procedimentale.

In ogni caso, anche secondo la ricostruzione in esame, l'interesse come fattore legittimante l'intervento è un interesse giuridicamente rilevante.

Una tesi diversa [40] sostiene invece che potrebbero intervenire anche i titolari di

---

[38] M. OCCHIENA, *op. ult. cit*., 409-410. La conferma del legame tra partecipazione e differenziazione (intesa come titolarità di interessi meramente differenziati) viene individuata dalla dottrina in esame nell'art. 8, secondo comma del T.U. n. 267/2000. Inoltre, secondo l'Autore, l'ipotesi ricostruttiva in esame non è smentita – anzi risulta convalidata – dall'ampia partecipazione procedimentale che, come visto, caratterizza il settore del diritto dell'ambiente: "*qualora si segua la recente teoria del dovere di solidarietà ambientale*", emerge con chiarezza come rispetto all'ambiente non possano non individuarsi interessi differenziati: ciò per la semplice ragione che l'interesse alla protezione ambientale è un valore universale che è condiviso da tutta la collettività" (411).

[39] L'interesse procedimentale è distinto dall'interesse legittimo: "*l'interesse procedimentale non costituisce una situazione giuridica strumentale rispetto all'interesse legittimo*" (412).

[40] La tesi, seppure minoritaria, viene sostenuta da diversi autori. Ad esempio, nell'ambito di una ricerca più ampia riguardante il ruolo dei terzi nel diritto amministrativo da G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, 2016.

In particolare, con l'obiettivo di recuperare la valenza individuale delle situazioni garantite, l'Autrice, all'interno della tradizionale categoria dei terzi, distingue tra le "terze parti" di un rapporto multipolare e i "chiunque": gli uni, meritevoli di tutela piena, in quanto titolari di interessi qualificati e differenziati; gli altri, portatori, al pari di ogni consociato, di un interesse semplice alla cura corretta dell'interesse pubblico, in quanto tale non azionabile nel processo. Tuttavia, secondo l'opinione della dottrina in esame, "*i tanti chiunque, d'altro canto, potrebbero comunque entrare nel procedimento, aperto, a differenza del processo, anche a interessi individuali non qualificati e non differenziati. Nondimeno, costoro non potrebbero considerarsi destinatari della comunicazione di avvio. La loro posizione giuridica può, ma non deve, rilevare ai fini della ponderazione, anche se*

un interesse di mero fatto, non qualificati e non differenziati, nei confronti dei quali il provvedimento può provocare un pregiudizio anche di mero fatto; mentre, destinatari della comunicazione di avvio del procedimento sarebbero i soggetti titolari di "*una posizione qualificata e differenziata, che può essere incisa dal provvedimento finale*".

L'art. 9 costituisce una "norma di chiusura" in tema di partecipazione al procedimento, perché consente ai soggetti, comunque pregiudicati, che non hanno ricevuto la comunicazione di avvio del procedimento, di poter intervenire nel procedimento in corso [41].

L'art. 13 della l. n. 241/1990 definisce l'ambito applicativo delle norme sulla partecipazione procedimentale. In modo coerente con la vocazione generale dell'istituto, la disposizione ne determina i confini, indicando le fattispecie escluse dalla sua applicazione.

Il primo comma stabilisce che le disposizioni contenute nel capo III della l. n. 241/1990 non si applicano all'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di: atti normativi; atti amministrativi generali; atti di pianificazione; atti di programmazione.

L'art. 13, secondo comma, esclude dall'ambito applicativo del capo III: i procedimenti tributari; i procedimenti previsti dal d.l. 15.1.1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla l. 15.3.1991, n. 82, e successive modificazioni, recante norme in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione dei testimoni di giustizia, nonché per la protezione e il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia; i procedimenti previsti dal d.lgs. 29.3.93, n. 119, recante la disciplina del cambiamento delle generalità per la protezione di coloro che collaborano con la giustizia.

Per effetto dell'art. 13, dunque, le fattispecie ivi indicate sono escluse dall'applicazione degli artt. 7 e ss. della l. n. 241/1990, ma ciò non solleva in modo assoluto l'amministrazione dall'obbligo di instaurare un confronto con i soggetti coinvolti nella propria attività decisionale. Vi sono modelli specifici per ciascun procedimento, ad esempio per il procedimento tributario, in base alle disposizioni contenute nello Stato dei diritti del contribuente [42].

---

l'amministrazione è tenuta a motivare le ragioni per le quali non intende accogliere le osservazioni presentate" (360).

Anche G.D. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 87, sostiene che la legge fa riferimento al "pregiudizio", senza "*pretendere la lesione di una particolare situazione giuridica soggettiva come il diritto soggettivo o l'interesse legittimo*". Si rinvia a P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, cit.

[41] Cfr. Cons. Stato, 6.6.2012, n. 3343; Cons. Stato, sez. IV, 26.2.2013, n. 1187; T.a.r. Piemonte, Torino, sez. II, 27.2.2014, n. 344.

[42] Cfr. G.M. ESPOSITO, *Sistema amministrativo tributario italiano*, Milano, 2021, 198 ss.

4. I soggetti portatori di interessi diffusi, costituiti in associazioni e comitati, e il riconoscimento della tutela giurisdizionale "tipica" degli interessi legittimi (a margine dell'Adunanza plenaria del Cons. Stato n. 6/2020)

Un'ipotesi di intervento, in cui si è tradizionalmente esclusa la sussistenza di una situazione giuridica soggettiva che abbia la qualificazione di "interesse legittimo", è quella contemplata dall'art. 9 della l. n. 241/1990, che subordina l'intervento nel procedimento dei soggetti portatori di "interessi diffusi" alla loro costituzione in associazioni e comitati.

Si tratta di interessi riferibili in astratto ad una formazione sociale più o meno ampia, espressione di bisogni sociali indifferenziati, collegati ad un bene comune.

Gli interessi diffusi nascono dall'insieme di interessi comuni ad una molteplicità di soggetti, talora riferibili anche a valori costituzionalmente protetti; tuttavia, sussiste nel fatto associativo la condizione necessaria per la loro giuridica rilevanza, sia ai fini della legittimazione procedimentale, che dell'eventuale e successiva legittimazione processuale.

Secondo la dottrina, una differenza rispetto agli interessi collettivi sarebbe da individuarsi nel fatto che, nonostante gli interessi diffusi accedano al procedimento solo per mezzo di una associazione o di un comitato, ciò non serve ad "individualizzarli", facendo venire meno la riferibilità ad una generalità di consociati.

In altri termini, per quanto riguarda gli interessi diffusi, si pone un problema di differenziazione rispetto alla generalità dei consociati, mentre per gli interessi collettivi non si pone, o comunque viene risolto.

Si conviene sul fatto che gli interessi diffusi – ai quali fa riferimento l'art. 9 della l. n. 241/1990 – siano sempre riferibili ad una generalità di consociati, ponendosi, dunque, questioni circa la loro differenziazione e qualificazione con riferimento sia all'intervento nel procedimento, sia alla relativa tutela giurisdizionale [43].

Il problema della legittimazione procedimentale e processuale dei soggetti portatori di interessi diffusi si traduce, innanzitutto, nella necessità di individuare un riferimento soggettivo, per far valere un interesse "proprio" e, inoltre, la questione diventa ancor più complicata a causa della difficoltà che si ha nel qualificare l'interesse diffuso in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo, che sono situazioni giuridiche soggettive alle quali deve essere garantita tutela giurisdizio-

[43] In particolare, l'interesse diffuso è un interesse comune ad una pluralità di soggetti, senza la sussistenza precostituita di un gruppo organizzato che rappresenti gli interessi individuali. Sul punto si rinvia a S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni di consumatori tra "generalità" e "specialità"*, in *Giorn. dir. amm*., 4, 2020, 520.

nale ai sensi dell'art. 24 Cost. Problemi che si intrecciano anche con quello – per certi versi ancora più complesso – delle condizioni dell'azione [44].

Invero, nel procedimento, vi è l'art. 9 della l. n. 241/1990, che ha generalizzato l'ingresso nel procedimento dei soggetti portatori di interessi diffusi "*se costituiti in associazioni o comitati*".

Vi sono, tuttavia, importanti resistenze; *in primis* che l'art. 9 sia una norma di carattere "troppo" generale.

Nel processo, invece, non vi è una norma che deponga in tal senso, anzi, l'art. 81 c.p.c. stabilisce espressamente che non è possibile agire in giudizio a tutela di un interesse altrui, salvo che la legge preveda diversamente.

Intorno a questa impostazione si sono generati una serie di problemi, "*tutti volti a definire questo spazio concettuale intermedio tra l'interesse collettivo (che non è di alcuno degli appartenenti alla collettività ma dell'organizzazione della stessa – sicché, per esempio, non spetta agli associati ma direttamente all'associazione o sindacato) e l'interesse legittimo individuale*".

Invero, quello "spazio concettuale" non è stato ancora compiutamente definito in termini di situazione giuridica soggettiva sostanziale, optando spesso per ricostruzioni che privilegiano l'osservatorio processuale e, quindi, le problematiche collegate alla legittimazione ad agire – confusa con l'interesse a ricorrere – piuttosto che a quello del "procedimento".

La giurisprudenza iniziò a condizionare la tutela giurisdizionale dell'interesse in esame all'esistenza di un'entità che lo facesse emergere dall'indistinto giuridico, proponendolo come proprio.

La protezione degli interessi "diffusi", per definizione "adespoti", è stata assicurata sin dagli anni '70 attraverso il riconoscimento di un "interesse legittimo di natura collettivo" in capo all'ente esponenziale.

La giurisprudenza ha elaborato il criterio del c.d. "doppio binario" che distingue tra la legittimazione *ex lege* delle associazioni di protezione ambientale di livello nazionale riconosciute e la legittimazione delle altre associazioni, la quale deve essere accertata, nelle fattispecie concrete, facendo riferimento alla sussistenza di tre presupposti.

In particolare, gli organismi devono perseguire statutariamente in modo non occasionale obiettivi di tutela ambientale, devono possedere un adeguato grado di rappresentatività e stabilità e devono avere un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume leso (Cons. Stato, sez. IV, 16.2.2010, n. 885).

I medesimi requisiti sono abitualmente utilizzati anche fuori dalla materia am-

---

[44] Per un approfondimento si veda G. MANNUCCI, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni: fuga in avanti o ritorno al passato*?, in *Giorn. dir. amm*., 4, 2020, 520.

bientale per ammettere al giudizio soggetti collettivi portatori di interessi diffusi (cfr. Cons. Stato, sez. III, 26.10.2009, n. 2549; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 30.3.2010, n. 5169).

Di recente la questione della qualificazione degli interessi superindividuali, in relazione alla legittimazione a ricorrere dei relativi enti esponenziali, è stata affrontata dalla pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 6/2020, che ha confermato il criterio del c.d. doppio binario e, allo stesso tempo, ha ben evidenziato alcuni aspetti del "contatto procedimentale" tra l'amministrazione procedente e le associazioni rappresentative di interessi diffusi, utili ai fini della nostra indagine.

La pronuncia dell'Adunanza plenaria si sofferma soprattutto sulla questione del requisito della personalità dell'interesse azionato in giudizio, richiesto *ex* art. 81 c.p.c.

In buona sostanza, secondo il principio di diritto affermato dalla sentenza in esame, gli enti associativi esponenziali, iscritti nello speciale elenco delle associazioni rappresentative di utenti o consumatori oppure in possesso dei requisiti individuati dalla giurisprudenza, sono legittimati ad esperire azioni a tutela degli interessi legittimi collettivi di determinate comunità o categorie, e in particolare l'azione generale di annullamento in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, indipendentemente da un'espressa previsione normativa in tal senso [45].

Se ne traggono, tuttavia, indicazioni più ampie.

In particolare, "*la circostanza che la cura dell'interesse pubblico generale (ad es. all'ambiente) sia rimessa all'amministrazione non toglie, tuttavia, che essa sia soggettivamente riferibile, sia pur indistintamente, a formazioni sociali, e che queste ultime, nella loro dimensione associata, rappresentino gli effettivi e finali fruitori del bene comune della cui cura trattasi. Le situazioni sono infatti diverse ed eterogenee: l'amministrazione ha il dovere di curare l'interesse pubblico e dunque gode di una situazione giuridica capace di incidere sulle collettività e sulle categorie (potestà); le associazioni rappresentative delle collettività o delle categorie invece incarnano l'interesse sostanziale, ne sono fruitrici, e dunque la situazione giuridica della quale sono titolari è quella propria dell'interesse legittimo, id est, quella pertinente alla sfera soggettiva dell'associazione, correlata a un potere pubblico, che, sul versante processuale, si pone in senso strumentale ad ottenere tutela in ordine a beni della vita, toccati dal potere riconosciuto all'amministrazione*".

Se ben si è inteso, la necessità di riconoscere la legittimazione a ricorrere in capo a queste associazioni (nel caso di specie si trattava del CODACONS) sta nell'esigenza di evitare che interessi "diffusi", ma comunque interessi presunti-

---

[45] I. PAGNI, *La class action riformata. L'azione inibitoria collettiva*, in *Giur. it*., 10, 2019, 2297.

vamente lesi dall'attività amministrativa (i.e. dall'esercizio del potere amministrativo), restino sforniti di adeguata tutela giurisdizionale.

Così i centri esponenziali degli interessi diffusi, purché "affidabili" in base ai criteri rappresentati, sono soggetti che possono agire a tutela degli interessi in questione, che diventano così interessi propri (d'altronde, sostanzialmente lo sono).

In tal senso vanno interpretate le norme che attribuiscono espressamente la legittimazione a ricorrere a talune associazioni, come ad esempio quelle in materia ambientale; si assiste alla "*emersione positiva dell'esigenza di protezione giuridica di interessi diffusi, secondo lo schema già delineato in via generale dalla giurisprudenza, e in linea con il ruolo che l'art. 2 Cost. assegna alle formazioni sociali, oltre che con la più attenta ed evoluta impostazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost.*

In sede processuale, invero, l'ostacolo più difficile da superare, per il riconoscimento della legittimazione ad agire, consiste proprio nella "personalità" dell'interesse azionato, che difetterebbe in capo all'associazione, "*posto che l'ordinamento non può offrire protezione giuridica ad un interesse sostanziale individuale che non è in tutto o in parte esclusivo o suscettibile di appropriazione individuale*".

Così, "*è solo proiettato nella dimensione collettiva che l'interesse diviene suscettibile di tutela, quale sintesi e non sommatoria dell'interesse di tutti gli appartenenti alla collettività o alla categoria, e che dunque si dota della protezione propria dell'interesse legittimo, sicché seppur è lecito opinare circa l'esistenza o meno, allo stato dell'attuale evoluzione sociale e ordinamentale, di un interesse legittimo collettivo, deve invece recisamente escludersi che le associazioni, nel richiedere in nome proprio la tutela giurisdizionale, azionino un "diritto" di altri. La situazione giuridica azionata è la propria. Essa è relativa ad interessi diffusi nella comunità o nella categoria, i quali vivono sprovvisti di protezione sino a quando un soggetto collettivo, strutturato e rappresentativo, non li incarni. Non in forza di una* fictio *ma di un giudizio di individuazione e selezione degli interessi da proteggere, nonché della rigorosa verifica della rappresentatività del soggetto collettivo che ne promuove la tutela*".

Ad avviso della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, dunque, l'associazione, che si fa portatrice di interessi diffusi, agisce in nome proprio, con gli strumenti di tutela riconosciuti all'interesse legittimo.

Viene soddisfatta così la regola dell'art. 81 c.p.c.

In altri termini, il giudice amministrativo ha confermato che, non solo nel procedimento, ai sensi dell'art. 9 della l. n. 241/1990, ma anche nel processo, le associazioni rappresentative di interessi diffusi sono legittimate ad agire in giudizio a tutela dei predetti interessi, anche in assenza di una espressa previsione di legge, purché soddisfino i requisiti di rappresentatività individuati dalla giurisprudenza.

L'operazione di "individualizzazione" dell'interesse trova il suo compimento

nel momento in cui l'associazione "rappresenta" l'interesse diffuso e se ne fa portavoce nel processo.

Resta il problema della qualificazione della situazione giuridica soggettiva di cui è titolare l'associazione in questione, considerato che anche l'Adunanza plenaria solleva dubbi sulla eventuale ricostruzione di un "*interesse legittimo collettivo*".

Le argomentazioni della pronuncia in esame si soffermano prioritariamente sulla giustificazione della legittimazione ad agire in giudizio degli enti esponenziali degli interessi diffusi, per cui non dedicano troppa attenzione alla dimensione del rapporto procedimentale in cui viene ad evidenza l'interesse diffuso.

La legittimazione a ricorrere viene acclarata indipendentemente dal comportamento procedimentale dell'associazione, indipendentemente dal fatto se l'ente in questione sia intervenuto o meno nel procedimento, a conferma della tradizionale autonomia tra le valutazioni effettuate dalla pubblica amministrazione e quelle effettuate dal giudice.

Nel caso di specie, pur dubitando dell'esistenza dell'interesse legittimo "collettivo", si conferma la legittimazione ad agire dell'associazione perché "*la cura dell'interesse pubblico, cui l'attribuzione del potere è strumentale, non solo caratterizza, qualifica e giustifica, nel diritto amministrativo, la dimensione unilaterale e autoritativa del potere rispetto agli atti e ai comportamenti dell'imprenditore o del professionista – nel diritto civile invece subordinati al principio consensualistico – ma vale anche a dare rilievo, a prescindere da espliciti riconoscimenti normativi, a posizioni giuridiche che eccedono la sfera del singolo e attengono invece a beni della vita a fruizione collettiva della cui tutela un'associazione si faccia promotrice sulla base dei criteri giurisprudenziali della rappresentatività, del collegamento territoriale e della non occasionalità*".

In altri termini, si riconosce agli interessi diffusi rappresentati da un'associazione la tutela giurisdizionale tipica dell'interesse legittimo, focalizzando l'attenzione sul collegamento dell'interesse in questione con il bene della vita a fruizione collettiva.

Ad avviso dei giudici amministrativi si tratta di una situazione che, "*sul versante processuale, si pone in senso strumentale ad ottenere tutela in ordine a beni della vita toccati dal potere riconosciuto all'amministrazione*".

A riprova di ciò, viene affermato che l'interesse diffuso, nel momento in cui se ne fa portatrice l'associazione, si presenta come un interesse proprio, di natura collettiva che può ben coesistere con diverse situazioni individuali.

L'interesse diffuso, dal canto suo, è espressione di valori tutelati nell'ordinamento.

In definitiva, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato si esprime evidenziando il rapporto giuridico tra l'amministrazione e i soggetti portatori di interessi diffusi.

Sennonché, l'attenzione è spostata sul versante processuale e la pronuncia ruota intorno alla necessità di giustificare la legittimazione a ricorrere dell'associazione.

Orbene, alla luce di tutto ciò, anche il versante procedimentale può essere analizzato, per cogliere altre vicende dell'interesse di cui si fa portatore l'ente associativo.

Se l'associazione, portatrice di interessi diffusi, interviene nel procedimento, il ragionamento può recuperare una ulteriore "prova", nel senso della connotazione della situazione giuridica soggettiva in capo all'associazione.

Sarebbe incoerente ammettere la titolarità di una situazione giuridica soggettiva in virtù della quale l'associazione è legittimata ad agire in giudizio ed escluderne la sua rilevanza nel procedimento.

L'Adunanza plenaria ha argomentato nel dettaglio il meccanismo di differenziazione dell'interesse diffuso in capo all'associazione, mentre ha soltanto accennato alla questione della qualificazione dell'interesse.

La tesi di chi scrive è che l'esercizio del potere amministrativo procedimentalizzato può contribuire a caratterizzare dal punto di vista sostanziale l'interesse diffuso (nel momento in cui viene) rappresentato dall'associazione e può contribuire alla sua differenziazione, con conseguenze anche rispetto all'eventuale tutela giurisdizionale.

Anche nel procedimento si attua la differenziazione dell'interesse, perché interviene l'ente rappresentativo dell'interesse stesso e dialoga con l'amministrazione, con minori difficoltà rispetto al processo, considerato che c'è una norma che lo prevede espressamente (art. 9 l. n. 241/1990); il procedimento è il luogo dove l'esercizio del potere amministrativo è in grado di "*dare rilievo a posizioni giuridiche che eccedono la sfera del singolo*", "*a prescindere da espliciti riconoscimenti normativi*" (in tal senso l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in esame).

La vicenda procedimentale non resta indifferente rispetto agli interessi che vengono rappresentati nel "farsi" dell'azione amministrativa.

Capitolo Quinto

La conferenza di servizi

CARMENCITA GUACCI

SOMMARIO: 1. La conferenza di servizi e la semplificazione. – 2. La natura giuridica della conferenza di servizi. – 3. La conferenza istruttoria (art. 14, primo comma). – 4. La conferenza decisoria (art. 14, secondo comma). – 5. La conferenza preliminare (art. 14, terzo comma). – 6. La conferenza di servizi relativa a progetti sottoposti a valutazione di impatto ambientale (V.I.A.). – 7. Le modalità procedimentali di svolgimento della conferenza di servizi. – 7.1. La conferenza semplificata (art. 14-*bis*). – 7.1.1. La comunicazione di avvio della conferenza. – 7.1.2. Le determinazioni delle amministrazioni che partecipano (art. 14-*bis*, terzo comma). – 7.1.3. Il silenzio in sede di conferenza e raccordo con l'art. 17-*bis*. – 7.2. La conferenza simultanea (art. 14-*ter*). – 7.2.1. La rappresentanza delle amministrazioni. – 7.2.2. La conclusione della conferenza di servizi. – 8. La decisione della conferenza di servizi. – 8.1. La legittimazione ad agire in autotutela. – 8.2. Efficacia della decisione della conferenza di servizi. – 9. I rimedi per le amministrazioni dissenzienti.

1. La conferenza di servizi e la semplificazione

La conferenza di servizi, disciplinata dagli artt. 14 ss. l. n. 241/1990, rappresenta uno tra i più importanti istituti di semplificazione dell'azione amministrativa.

La "semplificazione", nel voler rendere più chiaro e snello il funzionamento dell'amministrazione, agevolando così un migliore esercizio del potere pubblico, ha rappresentato costantemente, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, un obiettivo qualificante del programma complessivo di riforma della pubblica amministrazione [1].

[1] Sulla semplificazione procedimentale la bibliografia è ampia, in tale sede si rimanda per eventuali approfondimenti a F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 65; E. CASETTA, *La difficoltà di "semplificare"*, in *Dir. amm.*, 1998, 335; S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 699; V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*,

Nelle intenzioni del legislatore del 1990, la conferenza di servizi fu in effetti immaginata come strumento di raccordo facoltativo di cui le amministrazioni si sarebbero potute servire per attuare una collaborazione volontaria, laddove una decisione di una di esse fosse dipesa dall'intervento di un'altra, garantendo una contestuale valutazione degli interessi coinvolti [2].

La legge sul procedimento amministrativo prevedeva una disciplina con un impianto diverso da quello attuale: l'art. 14 disciplinava la conferenza, l'art. 14-*bis* la conferenza preliminare, l'art. 14-*ter* i lavori della conferenza, l'art. 14-*quater* gli effetti del dissenso manifestati da una amministrazione ed infine, l'art. 14-*quinquies* disciplinava un istituto particolare che era la conferenza in caso di finanza di progetto.

L'impianto originario, tuttavia, non diede gli esiti di snellimento auspicati e l'istituto della conferenza di servizi ha poi subìto continue e innumerevoli modifiche legislative soprattutto negli ultimi anni (nel 1997, nel 2000, nel 2005, nel 2009, nel 2010, nel 2011, nel 2012, nel 2014 e, infine, come se non bastasse, nel 2016) [3].

Si tratta di modifiche di non poco conto che hanno alterato l'impianto complessivo dell'istituto.

In attuazione della legge delega operata con la "legge Madia", il d.lgs. n. 127/2016 ha riscritto la disciplina della conferenza di servizi riformulando integralmente gli artt. dal 14 al 14-*quinquies* della legge sul procedimento amministrativo e prevedendo una diversa articolazione dell'impianto legislativo.

3-4, 2000, 617; M.P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in *Foro amm. CDS*, 3, 2006, 1057; A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm*., 4, 2017, 699; M. OCCHIENA, *L'incidenza della semplificazione sul potere e sul procedimento amministrativi: riflessioni anche alla luce della nuova disciplina del commercio*, in *Dir. e soc.*, 1998, 475; M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm. TAR*, 9, 2010, 3041; G. SCIULLO, *La semplificazione dell'organizzazione*, in *Dir. amm*., 2, 2009, 413; N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La Pubblica Amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 147; AA.VV., *Semplificazione dell'azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della legge 15 maggio 1997, n. 127*, a cura di V. PARISIO, Milano, 1998; G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 654.

[2] Sulla conferenza di servizi, in particolare come disciplinata nel precedente impianto normativo, v. G. CONTI, *La conferenza di servizi dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 127 del 15 maggio 1997*, in *Dir. econ.*, 1997, 559; D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione di complessità*, Torino, 2002 89; G. COMPORTI, *Conferenze di servizi e ordinamento delle autonomie*, in *Dir. amm*., 1998, 203; M. SANTINI, *La conferenza di servizi*, Roma, 2008, 78.

[3] I principali interventi di modifica sono stati i seguenti: l. 15.5.1997, n. 127; l. 11.2.2005, n. 15; l. 18.6.2009, n. 69; d.l. 31.5.2010, n. 78, convertito con modificazioni, dalla l. 30.7.2010, n. 122; d.l. 13.5.2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla l. 12.7.2011, n. 106; d.l. 22.6.2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 7.8.2012, n. 134; d.l. 18.10.2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17.12.2012, n. 221; d.l. 12.9.2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla l. 11.11.2014, n. 164 e da ultimo l. 7.8.2015, n. 124; d.lgs. 30.6.2016, n. 127.

In particolare, all'interno della categoria funzionalmente unitaria, l'art. 14 della legge distingue diverse specie di conferenze di servizi; il legislatore ha poi previsto due modalità di svolgimento della conferenza di servizi, disciplinando il primo tipo, vale a dire la conferenza semplificata, all'art. 14-*bis* e il secondo tipo, la conferenza simultanea, all'art. 14-*ter*. La disciplina si completa con l'art. 14-*quater* che è dedicato alla fase della decisione della conferenza di servizi, mentre l'art. 14-*quinquies* contempla i rimedi previsti per le amministrazioni dissenzienti.

L'obiettivo perseguito dal legislatore con questa tecnica legislativa è stato, quindi, quello di razionalizzare il sistema delle conferenze di servizi.

2. La natura giuridica della conferenza di servizi

La natura giuridica della conferenza di servizi non è pacifica, ma è stata oggetto di complessi e anche contrastanti dibattiti. Più specificamente si è discusso di se si tratti di un vero e proprio organo collegiale [4], autonomo centro di imputazione di carattere straordinario, ovvero di un semplice modulo organizzativo-procedimentale, privo di una propria personalità giuridica [5].

È chiaro che l'accoglimento dell'una o dell'altra tesi interpretativa comporta rilevanti ricadute in merito non solo alla natura giuridica della sua determinazione finale ma anche, sul versante pratico-processualistico, in relazione alla impugnabilità degli atti emanati dalle amministrazioni in sede di conferenza, alla correlata legittimazione processuale attiva e passiva nonché alla notificazione del ricorso introduttivo al giudizio.

Secondo l'orientamento allo stato prevalente della giurisprudenza amministrativa, supportato anche da alcune pronunce della Corte costituzionale [6] la conferenza di servizi costituisce un modulo procedimentale-organizzativo suscettibile di produrre una accelerazione dei tempi procedurali e, allo stesso tempo, un esame

---

[4] Vedasi. T.a.r. Liguria, Genova, sez. I, 28.9.2002, n. 984.

[5] Tra le più rilevanti: Corte Cost., sent. 16.2.1993, n. 62; Corte Cost., 19.3.1996, n. 79; Cons. Stato, sez. V, 29.1.2002, n. 491; Cons. Stato, sez. IV, 8.7.1999, n. 1193. cfr. altresì Cons. Stato, 8.5.2007, n. 2107 che, nel ricostruire il filone giurisprudenziale ricorda che i supremi collegi "*hanno ritenuto che la conferenza di servizi (istruttoria e decisoria) non costituisca un organo collegiale ma solo un modulo procedimentale (organizzativo) suscettibile di produrre un'accelerazione dei tempi procedurali e, nel contempo, un esame congiunto degli interessi pubblici coinvolti. L'istituto di carattere generale, disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, è precipuamente finalizzato all'assunzione concordata di determinazioni sostitutive, a tutti gli effetti, di concerti, intese, assensi, pareri, nulla osta, richiesti dal procedimento pluristrutturale specificatamente conformato dalla legge* (*Cfr. Cons. St., sez. IV, 7 luglio 2000 n. 3830)*".

[6] Corte. Cost. n. 179/2012 e n. 9/2019.

congiunto degli interessi coinvolti, in vista dell'obiettivo della accelerazione e semplificazione dell'azione amministrativa.

3. La conferenza istruttoria (art. 14, primo comma)

Il primo comma dell'art. 14 disciplina la conferenza "istruttoria", cioè quella finalizzata ad acquisire nel procedimento la conoscenza di determinati fatti e ad acquisire interessi giuridicamente rilevanti.

La norma così prevede: "*La conferenza di servizi istruttoria può essere indetta dall'amministrazione procedente, anche su richiesta di altra amministrazione coinvolta nel procedimento o del privato interessato, quando lo ritenga opportuno per effettuare un esame contestuale degli interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo, ovvero in più procedimenti amministrativi connessi, riguardanti medesime attività o risultati.* […]".

L'istruttoria che caratterizza tale tipologia di conferenza ha connotazioni particolari, perché tale conferenza viene indetta quando l'amministrazione procedente ritiene opportuno procedere a un esame contestuale dei vari interessi pubblici e privati coinvolti in una vicenda.

L'esame contestuale dei diversi interessi coinvolti potrà articolarsi in un unico procedimento amministrativo (c.d. conferenza "monoprocedimentale") oppure in più procedimenti tra loro connessi o collegati dagli stessi obiettivi o attività (c.d. conferenza "pluriprocedimentale").

La conferenza di servizi istruttoria può essere indetta d'ufficio, può essere sollecitata da altre amministrazioni o può essere richiesta dal privato interessato all'accoglimento di una sua istanza.

In presenza di tali richieste, l'amministrazione procedente non è vincolata ad indire la conferenza di servizi, ma è titolare di un potere discrezionale che le consente di optare per la strada della conferenza di servizi o per la tipologia ordinaria di svolgimento del procedimento amministrativo (come nella previgente disciplina, la conferenza istruttoria è facoltativa, "può essere indetta").

Il primo comma dell'art. 14 prevede altresì che la conferenza istruttoria si svolga con le modalità previste dall'art. 14-*bis*, vale a dire con le modalità previste per la conferenza semplificata, ovvero con modalità diverse definite dall'amministrazione procedente; in sede di conferenza di servizi, quindi, l'amministrazione è titolare di un potere discrezionale ampio perché può decidere se indire la conferenza istruttoria oppure seguire la via normale, ma può anche optare per una modalità di svolgimento della conferenza di servizi diversa da quella stabilita dal legislatore.

4. La conferenza decisoria (art. 14, secondo comma)

L'art. 14, secondo comma, disciplina la conferenza decisoria, cioè quella in cui avviene la comparazione tra i vari interessi presenti in una vicenda e si adotta, all'esito di una valutazione contestuale di questi, la decisione: "*La conferenza di servizi decisoria è sempre indetta dall'amministrazione procedente quando la conclusione positiva del procedimento è subordinata all'acquisizione di più pareri, intese, concerti, nulla osta o altri atti di assenso, comunque denominati, resi da diverse amministrazioni, inclusi i gestori di beni o servizi pubblici.*

Quando l'attività del privato sia subordinata a più atti di assenso, comunque denominati, da adottare a conclusione di distinti procedimenti, di competenza di diverse amministrazioni pubbliche, la conferenza di servizi è convocata, anche su richiesta dell'interessato, da una delle amministrazioni procedenti".

Dal tenore della norma si comprende che l'amministrazione è vincolata a convocare la conferenza decisoria, non ha un potere discrezionale di procedere con la stessa o di seguire la strada ordinaria. Il legislatore sul punto è chiarissimo. La conferenza decisoria "è sempre indetta" dall'amministrazione procedente. L'amministrazione ha il dovere di indire la conferenza decisoria quando la definizione, la conclusione positiva, del procedimento è subordinata all'acquisizione di una pluralità di atti, di più pareri, di più intese, di più concerti o nulla osta o altri atti di assenso, comunque denominati, di competenza di amministrazioni diverse.

In definitiva, la conferenza decisoria ricorre in presenza di due presupposti: a) il primo presupposto è dato dalla necessità di acquisire una pluralità di atti; b) il secondo presupposto è dato dalla necessità che detti atti siano di competenza di altre amministrazioni.

5. La conferenza preliminare (art. 14, terzo comma)

La terza tipologia di conferenza di servizi è quella "preliminare", disciplinata dall'art. 14, terzo comma, secondo cui, quando si tratti di provvedere su progetti di particolare complessità e di insediamenti produttivi di beni e servizi o su progetti relativi alle procedure di realizzazione di opere pubbliche o di opere di interesse pubblico, può essere indetta una conferenza preliminare [7].

[7] Art. 14, terzo comma: "*Per progetti di particolare complessità e di insediamenti produttivi di beni e servizi l'amministrazione procedente, su motivata richiesta dell'interessato, corredata da uno studio di fattibilità, può indire una conferenza preliminare finalizzata a indicare al richiedente, prima della presentazione di una istanza o di un progetto definitivo, le condizioni per ottenere, alla loro presentazione, i necessari pareri, intese, concerti, nulla osta, autorizzazioni, concessioni o altri*

La conferenza preliminare non ha qui natura vincolata, cioè non è una conferenza che l'amministrazione è tenuta ad indire, infatti, la sua natura discrezionale la si desume dal fatto che il legislatore utilizza la locuzione "*l'amministrazione procedente* può *indire*". Si interpreta il verbo "potere" come conferimento all'amministrazione di un potere discrezionale [8].

Il soggetto che indice la conferenza di servizi è sempre l'amministrazione procedente. Tuttavia, è necessario che vi sia una esplicita richiesta del soggetto istante.

La richiesta deve essere corredata da uno studio di fattibilità, quando si tratta di un progetto di particolare complessità o di un progetto che riguarda insediamenti produttivi di beni e di servizi; invece, la richiesta deve essere corredata da un progetto di fattibilità tecnica ed economica, quando si tratta di procedure di realizzazione di opere pubbliche o di opere di interesse pubblico.

La finalità della conferenza preliminare consiste, quindi, nel verificare le condizioni per ottenere i necessari atti di assenso, che sono pareri, intese, concerti, nulla osta, autorizzazioni e concessioni o altri atti di assenso, comunque denominati. Dalla formula della legge si ricava che si tratta, in generale, di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del destinatario.

La richiesta di conferenza preliminare deve essere motivata. Se l'amministrazione ritiene di accoglierla la indice poi entro cinque giorni.

La conferenza preliminare si svolge secondo le procedure previste dall'art. 14-

---

atti di assenso, comunque denominati. L'amministrazione procedente, se ritiene di accogliere la richiesta motivata di indizione della conferenza, la indice entro cinque giorni lavorativi dalla ricezione della richiesta stessa. La conferenza preliminare si svolge secondo le disposizioni dell'articolo 14-bis, con abbreviazione dei termini fino alla metà. Le amministrazioni coinvolte esprimono le proprie determinazioni sulla base della documentazione prodotta dall'interessato. Scaduto il termine entro il quale le amministrazioni devono rendere le proprie determinazioni, l'amministrazione procedente le trasmette, entro cinque giorni, al richiedente. Ove si sia svolta la conferenza preliminare, l'amministrazione procedente, ricevuta l'istanza o il progetto definitivo, indice la conferenza simultanea nei termini e con le modalità di cui agli articoli 14-bis, comma 7, e 14-ter e, in sede di conferenza simultanea, le determinazioni espresse in sede di conferenza preliminare possono essere motivatamente modificate o integrate solo in presenza di significativi elementi emersi nel successivo procedimento anche a seguito delle osservazioni degli interessati sul progetto definitivo. Nelle procedure di realizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico, la conferenza di servizi si esprime sul progetto di fattibilità tecnica ed economica, al fine di indicare le condizioni per ottenere, sul progetto definitivo, le intese, i pareri, le concessioni, le autorizzazioni, le licenze, i nullaosta e gli assensi, comunque denominati, richiesti dalla normativa vigente".

[8] T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 5.10.2011, n. 2372: "*La funzione della conferenza di servizi preliminare è dunque quella di soddisfare un interesse esclusivo dell'amministrazione procedente (quello di assicurarsi l'approvazione del progetto definitivo); mentre l'interesse delle altre amministrazioni è comunque salvaguardato dalla possibilità loro riservata di esprimersi sul progetto definivo in sede di conferenza di servizi decisoria o, in mancanza, a seguito di separata richiesta di assenso. Per questa ragione, come osservato in dottrina, la convocazione della conferenza di servizi preliminare costituisce per l'amministrazione procedente un onere e non già un obbligo; e la decisione di non darvi corso per procedere direttamente alla convocazione della conferenza di servizi decisoria non può costituire di per sé causa di illegittimità del provvedimento finale adottato*".

bis, vale a dire secondo la disciplina della conferenza semplificata. Nel caso di conferenza preliminare, il legislatore prevede però una riduzione dei termini di svolgimento della conferenza sino alla metà.

Le amministrazioni coinvolte devono rendere le loro determinazioni nei termini stabiliti dalla legge; l'amministrazione procedente trasmette poi le determinazioni delle altre amministrazioni, entro cinque giorni, a quella richiedente. Una volta conclusa la conferenza preliminare, l'interessato ha la possibilità di presentare all'amministrazione procedente l'istanza corredata dal progetto definitivo, che potrà recare anche delle modifiche rispetto al progetto preliminare qualora ciò consegua alla necessità di adeguare l'intervento alle indicazioni fornite dalle diverse amministrazioni in sede di conferenza preliminare.

Ove si sia svolta la conferenza preliminare, l'amministrazione procedente, ricevuta l'istanza o il progetto definitivo, indice una conferenza simultanea ai sensi dell'art. 14-*ter*, in base al combinato disposto degli artt. 14-*bis*, settimo comma, e 14-*ter*.

In sede di conferenza simultanea l'amministrazione procedente può modificare e integrare le determinazioni prese in sede di conferenza di servizi preliminare.

Tuttavia, il potere di apportare modifiche non è illimitato, ma può essere esercitato solo in presenza di determinate condizioni.

Le condizioni sono due: la prima è rappresentata dal fatto che devono essere intervenuti significativi elementi, emersi nel corso del successivo procedimento, anche a seguito delle osservazioni formulate sul progetto definitivo; la seconda condizione è data dal fatto che l'amministrazione deve articolare una adeguata motivazione per giustificare le modifiche che intende apportare.

6. La conferenza di servizi relativa a progetti sottoposti a valutazione di impatto ambientale (V.I.A.)

Il quarto tipo di conferenza di servizi riguarda i progetti sottoposti a Valutazione di Impatto Ambientale (V.I.A.), ed è disciplinata dall'art. 14, quarto comma, così come riformulato a opera del d.lgs. n. 104/2017[9], decreto che ha inciso proprio in materia di V.I.A. con una serie di rilevanti modifiche al Testo Unico dell'Ambiente.

Il quarto comma dell'art. 14 così attualmente sancisce: "*Qualora un progetto*

[9] D.lgs. 16.6.2017, n. 104, ("*Attuazione della direttiva 2014/52/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che modifica la direttiva 2011/92/UE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, ai sensi degli articoli 1 e 14 della legge 9 luglio 2015, n. 114*"), *G.U.*, Serie gen., n. 156 del 6.7.2017.

sia sottoposto a valutazione di impatto ambientale di competenza regionale, tutte le autorizzazioni, intese, concessioni, licenze, pareri, concerti, nulla osta e assensi comunque denominati, necessari alla realizzazione del medesimo progetto, vengono acquisiti nell'ambito della conferenza di servizi, convocata in modalità sincrona ai sensi dell'articolo 14-ter, secondo quanto previsto dall'articolo 27-bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152".

Naturalmente, un progetto deve essere sottoposto a V.I.A. quando si è in presenza di un'opera che incide in maniera rilevante sul territorio e sull'ambiente nel suo complesso. Il legislatore oggi ha previsto la possibilità di conseguire la valutazione di impatto ambientale in sede di conferenza di servizi.

Trattasi di una peculiare conferenza decisoria, atteso che la determinazione finale sostituisce tutti gli atti di assenso necessari per la realizzazione dell'opera, e non solo quelli relativi al giudizio di compatibilità ambientale.

7. Le modalità procedimentali di svolgimento della conferenza di servizi

Una volta terminata l'analisi delle tipologie c.d. sostanziali di conferenza di servizi, l'indagine deve continuare esaminando le modalità procedimentali.

Le modalità procedimentali di svolgimento della conferenza di servizi sono due.

7.1. La conferenza semplificata (art. 14-*bis*)

La prima modalità è data dalla conferenza semplificata, la cui disciplina è contenuta tutta nell'art. 14-*bis*.

La conferenza semplificata si svolge in modalità "asincrona" (salvo le eccezioni di cui al sesto e settimo comma) ed è indetta dall'amministrazione procedente, cioè quella che ha la titolarità dell'interesse prevalente nella vicenda o, comunque, quella che ha preso l'iniziativa, nell'ipotesi in cui gli interessi prevalenti siano una pluralità.

La conferenza semplificata o asincrona è la procedura ordinaria allorquando sia possibile assumere decisioni tra differenti amministrazioni attraverso lo scambio di informazioni e documenti in via telematica tra i rappresentanti delle amministrazioni interessate.

La conferenza è indetta entro cinque giorni lavorativi dall'avvio del procedimento d'ufficio oppure, se si tratta di un procedimento a iniziativa di parte, dal ricevimento della domanda. Il procedimento di svolgimento è quindi di iniziativa d'ufficio o su istanza di parte.

La conferenza semplificata è la modalità tipica di svolgimento della conferenza decisoria, in altri termini la conferenza decisoria si svolge in forma semplificata e con modalità asincrona [10].

7.1.1. *La comunicazione di avvio della conferenza*

L'amministrazione procedente avvia la conferenza inviando una comunicazione alle altre amministrazioni interessate.

La comunicazione deve contenere:

a) l'oggetto della determinazione da assumere; alla comunicazione è infatti allegata l'istanza e sono allegati anche i documenti che la supportano. Inoltre, la comunicazione indica altresì le credenziali per l'accesso telematico alle informazioni e ai documenti utili ai fini dello svolgimento dell'istruttoria;

b) il termine perentorio non superiore a 15 giorni entro il quale le amministrazioni coinvolte possono formulare richiesta di ulteriori integrazioni. Le integrazioni possono essere documentali o esplicative. Le richieste documentali devono essere formulate in ossequio all'art. 2, settimo comma, della l. n. 241/1990, vale a dire non deve trattarsi di documenti già in possesso dell'amministrazione richiedente o che possano essere acquisiti direttamente presso altre pubbliche amministrazioni. Le integrazioni esplicative consistono in chiarimenti relativi a fatti, stati o qualità la cui conoscenza sia essenziale ai fini del decidere. Anche tali chiarimenti non devono risultare già attestati in documenti, che siano già in possesso dell'amministrazione richiedente o che possano essere acquisiti direttamente presso altre pubbliche amministrazioni;

c) il termine perentorio entro il quale ogni amministrazione invitata deve rendere le sue determinazioni; tale termine non può essere superiore a 45 giorni. Infine, nella comunicazione può essere indicata anche la data di una eventuale riunione della conferenza di servizi in modalità sincrona, vale a dire la data di una conferenza da svolgersi con la presenza di tutti i partecipanti, in un determinato giorno, a una determinata ora.

Il predetto termine diventa di novanta giorni quando alla conferenza di servizi partecipino amministrazioni titolari di interessi sensibili, vale a dire le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, alla tutela del paesaggio, alla tutela del territorio, alla tutela dei beni culturali, alla tutela della salute. Il termine di novanta giorni non può essere superato anche se disposizioni specifiche prevedano un termine diverso.

---

[10] Art. 14-*bis*, primo comma: "*La conferenza decisoria di cui all'articolo 14, comma 2, si svolge in forma semplificata e in modalità asincrona, salvo i casi di cui ai commi 6 e 7.* […]".

7.1.2. *Le determinazioni delle amministrazioni che partecipano (art. 14-*bis*, terzo comma)*

L'art. 14-*bis*, al terzo comma, prevede che "*Entro il termine di cui al comma 2, lettera c), le amministrazioni coinvolte rendono le proprie determinazioni, relative alla decisione oggetto della conferenza. Tali determinazioni, congruamente motivate, sono formulate in termini di assenso o dissenso e indicano, ove possibile, le modifiche eventualmente necessarie ai fini dell'assenso. Le prescrizioni o condizioni eventualmente indicate ai fini dell'assenso o del superamento del dissenso sono espresse in modo chiaro e analitico e specificano se sono relative a un vincolo derivante da una disposizione normativa o da un atto amministrativo generale ovvero discrezionalmente apposte per la migliore tutela dell'interesse pubblico*".

Le amministrazioni che partecipano alla conferenza semplificata hanno, quindi, due possibilità: possono formulare il loro assenso oppure il loro dissenso.

Entrambi gli atti debbono essere congruamente motivati e la motivazione delle determinazioni delle amministrazioni partecipanti deve essere formulata in maniera chiara e analitica.

La formulazione dell'assenso non presenta particolari problemi, sennonché, per formulare il dissenso, occorre un elemento in più; cioè il dissenso deve essere motivato ma la motivazione deve presentare anche l'indicazione delle modifiche necessarie da portare al progetto per conseguire l'assenso.

La disposizione normativa esprime tutta l'idoneità della conferenza di servizi a dare una risposta tendenzialmente positiva all'istanza che è stata formulata; la *ratio* del d.lgs. n. 127/2016 risiede nell'accelerazione e nello snellimento dei procedimenti, privilegiando l'esito positivo della conferenza di servizi.

La formulazione del dissenso richiede, quindi, affinché l'atto sia completamente ammissibile, vale a dire affinché l'atto possa essere valutato nell'ambito della definizione della conferenza di servizi, che chi formula il dissenso indichi anche cosa ritiene necessario per superare il parere negativo.

Le amministrazioni si collocano in una posizione collaborativa con il privato.

Il legislatore impone alle amministrazioni di indicare la fonte che giustifica il loro diniego, cioè di specificare se le ragioni del dissenso sono riconducibili a un vincolo legislativo, a un vincolo derivante da un atto amministrativo generale oppure a un vincolo che proviene da una scelta discrezionale della stessa amministrazione.

Il silenzio delle amministrazioni o una decisione priva dei requisiti valgono come assenso incondizionato.

Scaduto il termine di 45 giorni, l'amministrazione procedente, entro 5 giorni, adotta poi la determinazione di conclusione della conferenza:

a) La determinazione sarà positiva qualora l'amministrazione abbia acquisito

esclusivamente atti di assenso non condizionato, anche implicito, ovvero qualora ritenga, sentiti i privati e le altre amministrazioni interessate, che le condizioni o prescrizioni eventualmente indicate dalle amministrazioni ai fini dell'assenso o del superamento del dissenso possano essere accolte senza necessità di apportare modifiche sostanziali alla decisione oggetto della conferenza;

b) qualora abbiano acquisito invece uno o più atti di dissenso che non ritenga superabili, l'amministrazione procedente deve adottare, entro il medesimo termine di 5 giorni, la determinazione di conclusione negativa della conferenza, che produce l'effetto del rigetto della domanda.

Tuttavia, il legislatore ha introdotto una disciplina che spinge comunque l'azione amministrativa verso una soluzione positiva prevedendo che la determinazione negativa della conferenza semplificata produca gli effetti dell'art. 10-*bis* [11] della l. n. 241/1990.

Pertanto, è possibile che l'interessato formuli delle osservazioni nei confronti della determinazione negativa di chiusura della conferenza, che debbono essere decise con una ulteriore determinazione di conclusione della conferenza di servizi. In questo caso, il legislatore ha previsto che si svolga una conferenza sincrona, ai sensi del 14-*ter,* finalizzata a un esame contestuale dei vari interessi coinvolti [12].

Con l. n. 120/2020 [13] è stato introdotto il comma ottavo *bis* all'interno della disciplina sulla conclusione del procedimento (art. 2), il quale sancisce l'"*inefficacia*" di una serie di provvedimenti tardivi, adottati dopo la scadenza dei termini di legge, tra cui rientra anche la determinazione adottata dopo la scadenza dei termini di cui all'art. 14-*bis*, secondo comma, lett. c).

7.1.3. *Il silenzio in sede di conferenza e raccordo con l'art. 17*-bis

Il raffronto tra l'art. 14-*bis* quarto comma e l'art. 17-*bis* della l. n. 241/1990, potrebbe risultare apparentemente una sovrapposizione tra i rispettivi ambiti ap-

---

[11] L'art. 10-*bis* disciplina la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento di una istanza.

[12] Art. 14-*bis*, quinto comma, ult. periodo: "*Qualora abbia acquisito uno o più atti di dissenso che non ritenga superabili, l'amministrazione procedente adotta, entro il medesimo termine, la determinazione di conclusione negativa della conferenza che produce l'effetto del rigetto della domanda. Nei procedimenti a istanza di parte la suddetta determinazione produce gli effetti della comunicazione di cui all'articolo 10-bis. L'amministrazione procedente trasmette alle altre amministrazioni coinvolte le eventuali osservazioni presentate nel termine di cui al suddetto articolo e procede ai sensi del comma 2. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nell'ulteriore determinazione di conclusione della conferenza*".

[13] L. 11.9.2020, n. 120 ("*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali»)*", c.d. Decreto Semplificazioni, *G.U.* n. 228 del 14.9.2020.

plicativi: l'art. 17-*bis*, infatti, introdotto nella legge procedimentale nel 2015 [14], e modificato ulteriormente nel 2020 [15], disciplina gli effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici.

Sul punto il Consiglio di Stato, con il parere n. 1640/2016 [16], nel ritenere non condivisibile la tesi della identità dei due istituti alla luce della diversità di disciplina dei meccanismi di superamento del dissenso sugli interessi sensibili, si è espresso nei seguenti termini: "*La tesi secondo cui l'art. 17-bis trova applicazione nel caso in cui l'Amministrazione procedente debba acquisire l'assenso di una sola Amministrazione, mentre nel caso di assensi da parte di più Amministrazioni opera la conferenza di servizi, rappresenta, in effetti, quella che fornisce il criterio più semplice per la risoluzione dell'apparente sovrapposizione normativa. In alternativa, per estendere l'ambito applicativo dell'art. 17-bis in modo che appaia, comunque, compatibile con il suo tenore letterale, si potrebbe sostenere che il silenzio assenso di cui all'art. 17-bis opera sempre (anche nel caso in cui siano previsti assensi di più amministrazioni) e, se si forma, previene la necessità di convocare la conferenza di servizi. Quest'ultima andrebbe convocata, quindi, nei casi in cui il silenzio assenso non si è formato a causa del dissenso espresso dalle Amministrazioni interpellate, e avrebbe lo scopo di superare quel dissenso nell'ambito della conferenza appositamente convocata*".

7.2. La conferenza simultanea (art. 14-*ter*)

La seconda modalità di svolgimento della conferenza è quella disciplinata dall'art. 14-*ter*, che prevede la conferenza simultanea in modalità sincrona.

La conferenza simultanea in modalità sincrona si svolge con le amministrazioni tutte riunite. In altri termini, vi è la partecipazione contestuale ai lavori della conferenza di servizi di tutte le amministrazioni in un giorno e in un'ora determinata.

La riunione può avvenire anche in via telematica. Le amministrazioni sono presenti con i loro rappresentanti.

Ai sensi del primo comma dell'art. 14-*ter*: "*La prima riunione della conferenza simultanea e in modalità sincrona si svolge nella data previamente comunicata alle parti, ai sensi dell'articolo 14-bis, secondo comma, lettera d), oppure nella data fissata ai sensi dell'art. 14-bis, settimo comma*".

---

[14] Articolo introdotto dall'art. 3 della l. n. 124/2015.

[15] Primo e secondo camma modificati dall'art. 12, primo comma, lett. g), l. n. 120/2020.

[16] Cons. Stato, Ad. della Commissione speciale del 23.6.2016, n. affare 01017/2016 (Oggetto: "*Quesito su alcuni problemi applicativi dell'articolo 17-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'articolo 3 della legge 7 agosto 2015, n. 124*").

Se la determinazione da assumere si riveli cioè particolarmente complessa, o lo richiedano le altre amministrazioni coinvolte o il privato interessato, l'amministrazione procedente può agire in sede di conferenza di servizi simultanea o in modalità "sincrona" [17].

Il termine per la conclusione dei lavori della conferenza di servizi deve avvenire entro 45 giorni, che decorrono dalla prima riunione, tuttavia tale termine è dilatato fino a 90 giorni qualora alla conferenza di servizi partecipino amministrazioni titolari di interessi "forti", vale a dire quelle preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini.

7.2.1. *La rappresentanza delle amministrazioni*

Quando la conferenza è simultanea, ogni amministrazione convocata alla conferenza di servizi partecipa mediante un unico rappresentante legittimato a esprimere in maniera definitiva, univoca e vincolante la posizione della P.A. su tutte le decisioni oggetto della conferenza, anche indicando le modifiche necessarie ai fini dell'assenso [18].

In altri termini, il legislatore ha conferito pieni poteri al rappresentante dell'amministrazione, imponendogli di esprimersi su tutte le decisioni di competenza della conferenza e anche di indicare le modifiche eventualmente necessarie ai fini di conseguire l'assenso.

Nell'ipotesi in cui alla conferenza di servizi partecipino altre amministrazioni non statali insieme ad amministrazioni statali, queste ultime sono rappresentate da un unico soggetto, deputato a rappresentare la volontà di tutte le amministrazioni statali. Il rappresentante unico delle amministrazioni statali è nominato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, qualora si tratti di amministrazioni centrali, o dal Prefetto, qualora si tratti di amministrazioni statali periferiche, vale a dire dislocate sul territorio. Anche qui il rappresentante unico è abilitato ad esprimere in maniera univoca e vincolante la posizione di tutte le amministrazioni statali coinvolte [19].

---

[17] Sesto e settimo comma dell'art. 14-*bis*: "6. *Fuori dei casi di cui al comma 5, l'amministrazione procedente, ai fini dell'esame contestuale degli interessi coinvolti, svolge, nella data fissata ai sensi del comma 2, lettera d), la riunione della conferenza in modalità sincrona, ai sensi dell'articolo 14-ter. – 7. Ove necessario, in relazione alla particolare complessità della determinazione da assumere, l'amministrazione procedente può comunque procedere direttamente in forma simultanea e in modalità sincrona, ai sensi dell'articolo 14-ter.* […]".

[18] Art. 14-*ter*, terzo comma: "*Ciascun ente o amministrazione convocato alla riunione è rappresentato da un unico soggetto abilitato ad esprimere definitivamente e in modo univoco e vincolante la posizione dell'amministrazione stessa su tutte le decisioni di competenza della conferenza, anche indicando le modifiche progettuali eventualmente necessarie ai fini dell'assenso*".

[19] Sulle modalità applicative della previsione del rappresentante unico, Cons. Stato, Ad. della Commissione Speciale del 29.3.2018, parere n. 1127/2018 (Oggetto: "*Quesito sulle modalità di applicazione dell'articolo 14-ter, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, così come sostituito dal-*

Qualora su di una questione si renda necessario un apporto tecnico specialistico, il legislatore ha previsto che, fermo restando i poteri attribuiti al rappresentante unico, le amministrazioni statali possano intervenire in sede di conferenza di servizi con un proprio rappresentante, il quale ha compiti di supporto alla rappresentante unico. Il funzionario di supporto non ha il potere di incidere, limitare o precludere la decisione del rappresentante unico; in definitiva svolge un mero ruolo di consulente.

L'art. 14-*ter*, quinto comma, estende il meccanismo del rappresentante unico anche alle regioni e agli enti locali e a tutte le altre amministrazioni a queste facenti capo e a queste riconducibili.

Per rispettare l'autonomia di cui godono i predetti enti, la norma in esame devolve alle stesse regioni e agli enti locali il potere di disciplinare le modalità di designazione del rappresentante unico.

7.2.2. *La conclusione della conferenza di servizi*

L'art. 14-*ter*, ultimo comma, disciplina la conclusione della conferenza di servizi.

La norma sancisce che la conferenza di servizi termina con la determinazione motivata di conclusione della stessa e che tale ultima determinazione, che sancisce dunque la chiusura della conferenza di servizi, deve avvenire nel rispetto dei termini stabiliti nel caso specifico e, comunque, dei termini di cui all'art. 2 della l. n. 241/1990 e dei termini di cui all'art. 14-*ter*, secondo comma.

---

l'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127, in merito al rappresentante unico delle amministrazioni statali in seno alla conferenza di servizi simultanea"): "*Il 'rappresentante' unico non sarebbe tale se non dovesse in qualche modo prendere conoscenza del punto di vista delle amministrazioni che rappresenta e farsene portavoce nel corso della conferenza, pur non costituendo un mero 'nuncius' delle medesime. Ne segue che, pur nel silenzio della norma, il rappresentante stesso deve ritenersi tenuto a sentire, in sede preparatoria e non necessariamente con i crismi della formalità, le amministrazioni in questione prima che la conferenza si svolga, anche al fine di stabilirei margini operativi del suo agire, che deve essere necessariamente connotato da un minimo di flessibilità. È però del tutto possibile che nel corso della conferenza stessa altre amministrazioni presenti rendano elementi nuovi, che rendono necessaria una valutazione ulteriore. In tal caso il rappresentante dovrà, eventualmente richiedendo a tal fine un breve rinvio della discussione, comunicare quanto emerso alle amministrazioni interessate, consultandole velocemente, e tener conto dei rilievi ulteriori che esse dovessero formulare. In questo caso però non si avrebbe un 'nuovo parere' ma semplicemente una modalità ulteriore di giungere all'unico atto di assenso rilevante, ovvero quello che risulta dal verbale conclusivo della conferenza, che in ipotesi si chiuderebbe solo dopo aver dato al rappresentante unico la possibilità di consultarsi ulteriormente con le amministrazioni rappresentate. Il tutto, dunque, va valutato in concreto, caso per caso. Nel caso in cui queste modalità non fossero rispettate, ovvero nel caso in cui il rappresentante unico si esprimesse nella conferenza senza alcun previo accordo con le amministrazioni rappresentate, fatta salva la eventuale responsabilità personale, amministrativa o disciplinare, del rappresentante stesso, non si addiverrebbe per ciò solo alla invalidità della determinazione conclusiva della conferenza. Costituisce, infatti, principio generale dell'ordinamento che, in mancanza di norme specifiche, i rapporti interni tra rappresentato e rappresentante siano inopponibili a che entra in relazione giuridica con questi*".

Il comma ottavo *bis* dell'art. 2, come modificato dal decreto Semplificazioni del 2020, sancisce oggi l'*inefficacia* anche della determinazione tardiva adottata successivamente all'ultima riunione di cui all'art. 14-*ter*.

La decisione della conferenza viene assunta sulla base delle "posizioni prevalenti", espresse dalle amministrazioni partecipanti alla conferenza di servizi tramite i loro rappresentanti. La norma supera il criterio originario dell'unanimità così come supera anche il criterio delle maggioranze semplici o qualificate, pure accolto in precedenti formulazioni normative, optando decisamente per il criterio delle "posizioni prevalenti" [20].

La prevalenza di una posizione di una amministrazione si desume dal tipo di funzione amministrativa che l'amministrazione stessa è deputata a esercitare, di cui ha la titolarità. Per ancorare il concetto di prevalenza a un dato giuridico reale occorre ricondurre la titolarità dell'interesse all'amministrazione, occorre verificare se quell'interesse rientra nell'ambito delle attribuzioni e delle competenze di un'amministrazione.

Inoltre, si desume da un criterio meramente geografico nel caso faccia difetto il precedente criterio. In mancanza, ancora, si desume dalla rilevanza dell'interesse di cui l'amministrazione procedente si sia fatta portatrice.

Non si calcolano più maggioranze e minoranze. Nella conferenza di servizi, l'amministrazione procedente, sulla base delle posizioni prevalenti, anche se numericamente inferiori, decide e adotta la determinazione motivata di conclusione della conferenza di servizi.

Naturalmente, in questa fase, vengono in considerazione tutti i criteri sulla scorta dei quali si considera formulato l'assenso all'iniziativa proposta in sede di conferenza.

Pertanto, si considera acquisito l'assenso delle amministrazioni il cui rappresentante non ha partecipato alle riunioni, oppure pur partecipando non ha espresso la propria posizione, oppure ha espresso un dissenso non motivato, oppure, come

---

[20] Sul criterio delle posizioni prevalenti, T.a.r. Campania, Salerno, 23.5.2022, n. 1403: "*L'esercizio delle funzioni pubbliche è, dunque, svolto dalle competenti figure in un contesto che si conclude con l'adozione di un provvedimento avente la veste di atto adottato, in via ordinaria, da un organo dell'amministrazione procedente, tenendo conto delle posizioni prevalenti espresse in sede di conferenza di servizi: regola, quest'ultima, dal contenuto flessibile che, rispetto alla rigidità del metodo maggioritario, consente di valutare in concreto, in ragione della natura degli interessi coinvolti, l'importanza dell'apporto della singola autorità e la tipologia del loro eventuale dissenso'; la medesima pronuncia prosegue: 'ciò non significa che essa debba attuare aritmeticamente la volontà della maggioranza delle amministrazioni, quanto piuttosto che debba esercitare un potere discrezionale bilanciando le ragioni manifestate in conferenza di servizi, verificando in che termini si delinei la prevalenza del soddisfacimento degli interessi in gioco; cosicché il ruolo assunto dall'amministrazione procedente non è meramente notarile, ma di sintesi delle ragioni emerse, dovendone ponderare l'effettiva rilevanza per come sono state in concreto prospettate, al fine di esprimere un giudizio (qualitativo) di prevalenza*". Richiama Cons. Stato, sez. V, 27.8.2014, n. 4374.

spesso accade, ha espresso il proprio dissenso basandosi su questioni che non hanno nulla a che fare con la conferenza in sé, che sono profili marginali ed estranei all'oggetto della conferenza.

Si deve dare atto al legislatore, che ha riformato questo istituto, della sua capacità di conoscere innanzitutto i problemi che s'incontravano in sede di conferenza di servizi e di averli risolti con delle disposizioni che non tradiscono lo spirito della normativa. Invero, l'essenza dell'istituto va ravvisata nel fatto di aver mirato a svolgere un esame contestuale dei vari interessi implicati in una vicenda, con la finalità di trovare sempre una soluzione al problema amministrativo, posto da chi ha presentato l'istanza di convocazione della conferenza di servizi, e al relativo progetto da assentire.

8. La decisione della conferenza di servizi

L'art. 14-*quater* è rubricato "*Decisione della conferenza di servizi*".

La norma stabilisce che all'esito della conferenza di servizi l'amministrazione procedente emana una determinazione motivata di conclusione della conferenza di servizi che sostituisce a ogni effetto tutti gli atti di assenso, comunque denominati, di competenza delle amministrazioni e di competenza dei gestori di beni e servizi pubblici, coinvolti nella conferenza.

Tutti i provvedimenti, tutti gli atti di assenso espressi formulati in sede di conferenza di servizi decorrono dalla data di comunicazione della determinazione motivata della conferenza di servizi.

La determinazione è "adottata dall'amministrazione procedente": essa, pertanto, è riconducibile all'amministrazione, sia per quanto concerne la titolarità, che per quanto concerne la responsabilità.

Quanto alla natura della determinazione conclusiva, si tratta di una questione, come già sopra illustrato, inscindibilmente legata a quella della natura giuridica della conferenza di servizi stessa.

Superata la tesi per cui possa avere natura di atto collegiale o di accordo ai sensi dell'art. 15 della legge sul procedimento, oggi il novellato art. 14-*quater* ribadisce il contenuto decisorio e il valore provvedimentale della determinazione conclusiva del procedimento che, nel sostituire tutti gli atti di assenso comunque denominati, rappresenta un atto contestuale e plurimo in cui ogni manifestazione di volontà conserva la propria individualità.

8.1. La legittimazione ad agire in autotutela

È necessario stabilire quando una amministrazione dissenziente, nei confronti della decisione adottata in sede di conferenza di servizi, possa sollecitare l'amministrazione procedente a riesaminare la questione, vale a dire ad esercitare i suoi poteri di autotutela.

L'art. 14-*quater*, secondo comma, così sancisce: "*Le amministrazioni i cui atti sono sostituiti dalla determinazione motivata di conclusione della conferenza possono sollecitare con congrua motivazione l'amministrazione procedente ad assumere, previa indizione di una nuova conferenza, determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'articolo 21-nonies. Possono altresì sollecitarla, purché abbiano partecipato, anche per il tramite del rappresentante di cui ai commi 4 e 5 dell'articolo 14-ter, alla conferenza di servizi o si siano espresse nei termini, ad assumere determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'articolo 21-quinquies*".

Orbene, l'invito a riesaminare la questione non può essere formulato da amministrazioni che non abbiano partecipato alla conferenza di servizi oppure che non abbiano espresso il loro dissenso con le modalità e il contenuto stabilito dal legislatore. Il dissenso motivato deve anche indicare le condizioni che consentono di superare il dissenso: in presenza di ciò è possibile sollecitare il riesame.

Chi non ha partecipato alla conferenza non può sollecitare il riesame, perché la mancata partecipazione, o la formulazione di un dissenso illegittimo, viene ritenuto dal legislatore come un soggetto pubblico che ha formulato un assenso, è una ipotesi di assenso tacito [21].

L'esercizio dei poteri di autotutela può avvenire solo in sede di conferenza di servizi, ciò vale a dire che, qualora l'amministrazione procedente ritenga di voler esercitare il suo potere di autotutela, deve convocare una nuova conferenza di servizi [22].

Gli orientamenti giurisprudenziali prevalenti ritengono che l'esercizio del po-

---

[21] Cons. Stato, n. 4374/2014 cit.: "*le Amministrazioni che hanno adottato atti endoprocedimentali in seno alla conferenza non possono operare in autotutela per far venire meno l'assenso espresso, in quanto la conferenza di servizi rappresenta un modulo procedimentale che conduce all'adozione di un provvedimento che assorbe gli atti riconducibili alle Amministrazioni che hanno partecipato alla conferenza o che, regolarmente invitate, avrebbero dovuto prendervi parte. Diversamente, opinando del resto si porrebbe nel nulla la disciplina dettata in tema di dissenso o di mancata partecipazione all'interno della conferenza di servizi*".

[22] T.a.r. Umbria, sez. I, 16.1.2018, n. 106: "*Qualora un provvedimento sia stato emanato a seguito di conferenza di servizi, l'eventuale esercizio del potere di riesame in autotutela deve seguire il medesimo procedimento di emanazione degli atti che si intende rimuovere o modificare, dovendosi pertanto convocare nuovamente la conferenza, alla quale dovranno partecipare tutte le Amministrazioni precedentemente intervenute, in base al principio del "*contrarius actus*" (*ex multis *T.a.r. Abruzzo, L'Aquila 14 maggio 2015, n. 388; T.a.r. Campania, Napoli sez. VII, 15 maggio 2013, n. 2518)*".

tere di autotutela sia discrezionale e che quindi l'amministrazione non sia tenuta a riesaminare la questione dato che la norma in questione utilizza il termine "*può*" e "*possono*" [23].

8.2. Efficacia della decisione della conferenza di servizi

L'art. 14-*quater*, terzo comma, stabilisce che, in caso di approvazione unanime, la determinazione di conclusione è immediatamente efficace; invece, in caso di adozione della decisione sulla scorta delle posizioni prevalenti, l'efficacia è sospesa solo se il dissenso sia stato formulato da una di quelle amministrazioni portatrici di interessi qualificati ai sensi dell'art. 14-*quinquies*.

In questo caso la sospensione è disposta solo per il tempo strettamente necessario per consentire a questa amministrazione di attivare i rimedi previsti [24].

9. I rimedi per le amministrazioni dissenzienti

L'art. 14-*quinquies* disciplina i rimedi per le amministrazioni dissenzienti.

In particolare, la norma conferisce alle amministrazioni dissenzienti il potere di proporre opposizione, prevedendo che avverso la determinazione motivata di conclusione della conferenza, entro 10 giorni dalla sua comunicazione, le amministrazioni preposte alla tutela dei predetti interessi qualificati possano proporre opposizione al Presidente del Consiglio dei Ministri, a condizione che abbiano espresso in modo inequivoco il proprio motivato dissenso prima della conclusione dei lavori della conferenza. Per le amministrazioni statali l'opposizione è proposta dal Ministro competente.

Le amministrazioni titolari del potere di opposizione sono quelle preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini.

Anche le regioni e le provincie autonome di Trento e di Bolzano possono proporre opposizione.

---

[23] *Ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 3.3.2006, n. 1023: "*Se l'amministrazione procedente può prescindere dal dissenso originario di un'amministrazione che ha partecipato alla conferenza di servizi, tanto più può autonomamente valutare se ricorrano o meno i presupposti per l'apertura di un procedimento di autotutela, senza essere vincolata dalla richiesta dell'amministrazione che ha espresso il suo dissenso sopravvenuto per essersi tardivamente accorta di un presunto vizio di legittimità* […]".

[24] Per una disamina dei profili di criticità dell'istituto, M. SANTINI, *Sui meccanismi di superamento del dissenso qualificato in conferenza di servizi*, in *Urb. e app.*, 11, 2007, 1325 ss.

Si discute se l'opposizione possa essere presentata anche dai Comuni.

La questione è stata oggetto di diversi orientamenti. La Presidenza del Consiglio dei Ministri ha richiesto un parere al Consiglio di Stato sulla legittimazione di un comune dissenziente a proporre opposizione avverso la determinazione della conferenza di servizi. Il Consiglio di Stato si è espresso con il parere n. 2534/2019[25], secondo il quale i Comuni che hanno manifestato dissenso in seno alla conferenza di servizi non sono legittimati a proporre opposizione davanti al Consiglio dei ministri, perché un siffatto potere non può rinvenire uno suo adeguato fondamento nella generale competenza del Comune, quale ente esponenziale della collettività, a tutelare tutti gli interessi ad essa facenti capo. Per proporre opposizione al Consiglio dei ministri è necessario essere titolari della attribuzione specifica di competenza in tema di cura e tutela dei beni specifici indicati dal legislatore.

Sennonché, il Comune non è un ente specificamente preposto alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini. Un analitico esame delle competenze attribuite alle amministrazioni comunali esclude che siano state attribuite loro funzioni di tutela nei già menzionati settori. Pertanto, in linea di massima, i Comuni non sono legittimati a proporre l'accennata opposizione.

Tuttavia, a questa regola generale è prevista una eccezione. L'eccezione ricorre in quei casi in cui le leggi regionali abbiano attribuito specifiche competenze di tutela ai Comuni, disponendo una siffatta specifica attribuzione nelle materie di competenza legislativa regionale o, anche, in quelle riservata alla competenza statale, in caso di funzioni delegate dallo Stato alle regioni con legge statale.

Se il termine dei 10 giorni dalla determinazione conclusiva decorre senza che sia proposta una opposizione, la decisione diviene efficace, altrimenti si attiva il procedimento di opposizione che sospende l'efficacia della determinazione motivata di conclusione della conferenza[26].

La Presidenza del Consiglio dei ministri indice, per una data non posteriore al quindicesimo giorno successivo alla ricezione dell'opposizione, una riunione con la partecipazione delle amministrazioni che hanno espresso il dissenso e delle altre amministrazioni che hanno partecipato alla conferenza. In tale riunione i partecipanti formulano proposte, in attuazione del principio di leale collaborazione, per l'individuazione di una soluzione condivisa, che sostituisca la determinazione motivata di conclusione della conferenza con i medesimi effetti[27].

---

[25] Cons. Stato, sez. I, Ad. di Sezione del 25.9.2019, numero affare 01069/2019, Oggetto: Richiesta di parere sulla "*Legittimazione del comune dissenziente a proporre opposizione avverso la determinazione conclusiva della conferenza di servizi, ai sensi dell'articolo 14-quinquies, della legge 7 agosto 1990, n. 241, come introdotto dall'articolo 7 del decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127*".

[26] Art. 14-*quinquies*, terzo comma.

[27] Art. 14-*quinquies*, quarto comma.

La conferenza si concluderà:

– con la rimessione della questione al Consiglio dei ministri, se le trattative siano fallite: se il Consiglio non accoglie l'opposizione, la decisione assunta in conferenza diviene efficace;

– con una nuova determinazione motivata dell'amministrazione procedente, se all'esito delle riunioni sia raggiunta una intesa tra le amministrazioni partecipanti [28].

[28] Così il sesto comma: "*Qualora all'esito delle riunioni di cui ai commi 4 e 5 sia raggiunta un'intesa tra le amministrazioni partecipanti, l'amministrazione procedente adotta una nuova determinazione motivata di conclusione della conferenza. Qualora all'esito delle suddette riunioni, e comunque non oltre quindici giorni dallo svolgimento della riunione, l'intesa non sia raggiunta, la questione è rimessa al Consiglio dei ministri. La questione è posta, di norma, all'ordine del giorno della prima riunione del Consiglio dei ministri successiva alla scadenza del termine per raggiungere l'intesa. Alla riunione del Consiglio dei ministri possono partecipare i Presidenti delle regioni o delle province autonome interessate. Qualora il Consiglio dei ministri non accolga l'opposizione, la determinazione motivata di conclusione della conferenza acquisisce definitivamente efficacia. Il Consiglio dei ministri può accogliere parzialmente l'opposizione, modificando di conseguenza il contenuto della determinazione di conclusione della conferenza, anche in considerazione degli esiti delle riunioni di cui ai commi 4 e 5*".

Capitolo Sesto

Le determinazioni delle amministrazioni invitate alla conferenza di servizi

SILVIO MARIA PERONGINI

SOMMARIO: 1. Oggetto della ricerca. – 2. Le tipologie di conferenza di servizi. – 3. Modalità di svolgimento delle conferenze di servizi. – 4. Modalità e termini per la comunicazione della determinazione. – 5. La determinazione priva dei requisiti indicati dal legislatore. – 6. Conferenza simultanea originaria e quella derivata. – 7. Le ipotesi di qualificazione come assenso senza condizioni. – 8. L'assenso senza condizioni. – 9. Valore della determinazione tardiva. – 10. La sorte del parere tardivo reso dalla soprintendenza. – 11. L'efficacia del parere della soprintendenza reso tardivamente in violazione dei termini di cui agli artt. 146 e 167: l'assetto normativo. – 12. *Segue*: gli orientamenti giurisprudenziali sul termine dell'art. 146. – 13. *Segue*: gli orientamenti giurisprudenziali sul termine dell'art. 167. – 14. Efficacia del parere tardivo della soprintendenza reso nel corso di una conferenza di servizi. – 15. Il potere dell'amministrazione di rideterminarsi: la conferenza convocata in caso di esercizio del potere di autotutela.

1. Oggetto della ricerca

Le determinazioni delle amministrazioni, invitate a una conferenza di servizi, costituiscono l'oggetto della ricerca. Il tema implica l'esame di una serie di complessi problemi, rappresentati dalla puntualizzazione della natura del termine previsto dal legislatore per la comunicazione della determinazione; dalla individuazione delle conseguenze dell'inutile decorso del termine entro il quale le amministrazioni invitate a una conferenza di servizi devono adottare le proprie determinazioni e comunicarle; dalla qualificazione giuridica della determinazione priva dei requisiti previsti dal legislatore; dalla indicazione delle conseguenze di una determinazione priva dei predetti requisiti; dalla qualificazione giuridica dell'assenso senza condizioni; dal valore della determinazione tardiva.

Inoltre, la ricerca investe anche il potere di rideterminarsi delle amministrazioni, che abbiano partecipato a una conferenza di servizi; le modalità e le procedure

del potere di rideterminarsi; la rideterminazione mediante procedimento di annullamento in autotutela dell'assenso implicito ovvero della determinazione priva di requisiti.

Infine, sullo sfondo dell'indagine si pone il problema della precisazione delle tipologie e delle modalità di svolgimento della conferenza di servizi. Invero, è ipotizzabile che la soluzione ai diversi quesiti sopra prospettati possa dipendere dalle tipologie e dalle modalità di svolgimento della conferenza di servizi. La loro ricognizione, pertanto, diventa un passaggio obbligato.

2. Le tipologie di conferenza di servizi

Preliminare all'esame dei problemi sopra prospettati è la ricostruzione delle tipologie e delle modalità di svolgimento delle conferenze di servizi [1].

La conferenza di servizi, già presente nel nostro ordinamento per alcuni settori speciali [2], è stata disciplinata per la prima volta come istituto di carattere generale

[1] Sul tema, tra gli altri, G. CORSO-F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini, 1991, 103 ss.; G. GRECO, *Commento all'art 14*, in AA.VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Milano, 1991; F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm*., 1993, 21 ss.; G. COMPORTI, *Conferenze di servizi e ordinamento delle autonomie*, in *Dir. amm*., 1998, 203 ss.; F.G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm*., 1999, 255 ss.; P. FORTE, *La conferenza di servizi*, Padova, 2000; D. D'ORSOGNA, *Conferenze di servizi ed amministrazione della complessità*, Torino, 2002; N. BASSI, *Commento agli artt. 14* bis*,* ter*,* quater, in AA.VV., *L'azione amministrativa*, Torino, 2005, 455 ss.; D. D'ORSOGNA-F. DEGNI, *Conferenza di servizi, Commento agli artt. 14 ss.*, in N. PAOLANTONIO-A. POLICE-A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005; A. TRAVI, *La conferenza di servizi*, in P. PIRAS (a cura di), *Incontri sull'attività amministrativa*, Torino, 2006; F. BASSANINI-L. CARBONE, *La conferenza di servizi. Il modello e i principi*, in V. CERULLI IRELLI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Torino, 2006; D. D'ORSOGNA, *Semplificazione e conferenza di servizi*, in *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, in *Atti del convegno annuale 2016 dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo*, Roma, 7-8 Ottobre 2016; E. SCOTTI, *La conferenza di servizi*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016; M. SANTINI, *La nuova conferenza di servizi dopo la riforma Madia*, Roma, 2016; S. BATTINI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, Roma, 2016; D. D'ORSOGNA, *La conferenza di servizi*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017; R. MONTEFUSCO, *La conferenza di servizi*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 233 ss.; G.B. CONTE-S. DE PAOLIS, *La conferenza di servizi*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Princìpi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 381 ss.

[2] La disciplina positiva dell'istituto è frutto di una evoluzione che ha attraversato più fasi. La prima fase ha visto interventi sporadici del legislatore volti a introdurre in determinati settori forme embrionali di conferenze di servizi. Si vedano, a tal proposito, la l. n. 1822/1939, in materia di trasporti in concessione; la l. n. 1643/1962, istitutiva dell'Enel; la l. n. 441/1987, in tema di smaltimento dei rifiuti; la l. n. 205/1989, in tema di interventi nelle aree interessate dai campionati mondiali di

dalla l. n. 241/1990. Successivamente, il legislatore è ritornato più volte sulla predetta disciplina, apportandovi modifiche rilevanti. L'ultima radicale riforma risale al d.lgs. n. 127/2016[3]. Inoltre, l'art. 13 del d.l. n. 76/2020, convertito dalla l. n. 120/2020 ha accentuato la celerità di svolgimento della conferenza, con una disciplina asseritamente efficace sino al 30.06.2023.

L'istituto, finalizzato a semplificare e ad accelerare l'azione amministrativa, concorre alla ricomposizione della pluralità di competenze tra le diverse amministrazioni coinvolte in un medesimo progetto[4]. Esso costituisce espressione del principio di buona amministrazione, di cui all'art. 97 Cost. e all'art. 41 della Carta di Nizza, e dei principi di economicità e di efficacia di cui all'art. 1 della l. n. 241/1990. In tal modo, il legislatore ha dato vita a un istituto finalizzato a conseguire un esame contestuale della vicenda, sulla quale devono intervenire diverse amministrazioni; il coordinamento della loro azione; la contestualità dell'assunzione delle diverse determinazioni di competenza delle predette amministrazioni; la concentrazione della comparazione dei vari interessi implicati nella vicenda amministrativa e, infine, tempi più rapidi di conclusione del procedimento.

Con la riforma del 2016 il legislatore, modificando radicalmente la precedente disciplina, ha previsto quattro tipologie di conferenza di servizi, la cui distinzione attiene al fine cui esse tendono, oltre una quinta tipologia risultante dall'art 14-*quater*, secondo comma[5].

La prima tipologia è la "conferenza istruttoria"[6]. Essa è destinata all'istruzione

---

calcio del 1990; la l. n. 135/1990, in tema di interventi urgenti in materia di prevenzione e lotta all'AIDS. Una seconda fase, invece, ha visto la previsione generalizzata della conferenza di servizi nella l. n. 241/1990.

[3] Alla disciplina prevista nella l. n. 241/1990 hanno fatto seguito numerosi interventi del legislatore, con i quali si è intervenuto a volte mutando l'impianto complessivo delle norme. Si vedano, a tal proposito: l. n. 537/1993; l. n. 273/1995; l. n. 127/1997; l. n. 191/1998; l. n. 240/2000; l. n. 15/2005; l. n. 69/2009; l. n. 122/2010; l. n. 106/2011; l. n. 134/2012; l. n. 164/ 2014; d.lgs. n. 126/2016.

[4] Sul punto: F.G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm*., 1999, 257, 259: "*La conferenza di servizi offre una soluzione originale ai problemi del coordinamento delle azioni amministrative*" (…) "*La finalità precipua dell'istituto non è tanto la semplificazione o lo snellimento del procedimento quanto la valutazione comune e contestuale degli interessi pubblici comunque coinvolti in una determinata operazione amministrativa*".

[5] In dottrina sono diffuse diverse individuazioni e classificazioni delle tipologie di conferenze di servizi. Per esempio, G.B. CONTE-S. DE PAOLIS, *La conferenza di servizi*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Princìpi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 381 ss., distinguono tre tipologie: la conferenza istruttoria, la conferenza decisorie e la conferenza preliminare. A dette tipologie ne aggiungono una quarta, come figura autonoma, rappresentata dalla conferenza di servizi relativa a progetti da sottoporre a valutazione di impatto ambientale di competenza regionale (VIA).

[6] Risulta ancora attuale la tesi secondo la quale la conferenza istruttoria non integri una fattispecie a sé, ma appartenga a pieno titolo alla fase decisoria, in quanto finalizzata all'esame contestuale dei vari interessi coinvolti nel procedimento. Sul punto: F.G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm*., 1999, 265 ss.

del procedimento, mira a effettuare un esame contestuale degli interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo ovvero in più procedimenti amministrativi connessi [7].

La seconda tipologia è la "conferenza decisoria", il cui fine è l'emanazione di una determinazione motivata, adottata dall'amministrazione procedente, che sostituisce a ogni effetto tutti gli atti di assenso, comunque denominati, di competenza delle amministrazioni e dei gestori di beni pubblici o servizi pubblici interessati. Essa, infatti, è indetta quando la conclusione del procedimento è subordinata all'acquisizione di pareri, intese, concerti, nulla osta o altri atti di assenso, comunque denominati, resi da diverse amministrazioni.

Si distinguono due tipologie di conferenza decisoria: a) la prima è quella monoprocedimentale, relativa a un unico procedimento amministrativo, il quale però deve contemplare la necessaria partecipazione al procedimento di altre amministrazioni; b) la seconda è la conferenza decisoria pluriprocedimentale, che abbraccia una pluralità di procedimenti amministrativi fra loro connessi. In essa, l'attività del privato è subordinata a distinti provvedimenti abilitativi e non a semplici atti di assenso, prodromici all'emanazione di un provvedimento finale [8].

---

[7] Sulla nozione di procedimento amministrativo, in generale, si vedano: F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 1914; U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di O. Ranelletti*, Padova, 1931; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1950; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964; M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, *Scritti giuridici*, III, Milano, 1966; A. MELONCELLI, *L'iniziativa procedimentale*, Milano, 1976; E CARDI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur*., XXIV, 1991; G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro it*., 1993, III; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; R. VILLATA-G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl*., 1996; V. CERULLI IRELLI, *Sui principi dell'azione amministrativa e la disciplina del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005; A. SANDULLI, *Procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006; F. MERUSI, *Per il ventennale della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2010; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005; V. CERULLI IRELLI, *La disciplina generale della azione amministrativa*, Napoli, 2006; F.G. SCOCA, *Il punto sulla disciplina legislativa sul procedimento amministrativo*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007; F. LIGUORI, *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, Bologna, 2007; F. MERUSI-A. FIORITTO-G. CIAGLIA-V. GIOMI-A. BERTANI-F. FREDANI, *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Pisa, 2005 e 2009; E.M. MARENGHI, *Procedimenti e processualprocedimento*, Padova, 2009; N. PAOLANTONIO-A. POLICE-A. ZITO, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata alle leggi n. 15/2005 e 80/2005*, Torino, 2009; A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017.

[8] G.B. CONTE-S. DE PAOLIS, *La conferenza di servizi*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Princìpi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 383.

Nella prima ipotesi l'iniziativa spetta all'amministrazione procedente; nella seconda ipotesi l'iniziativa spetta non solo all'amministrazione procedente, ma anche alle altre amministrazioni competenti, quando l'amministrazione procedente rimanga inerte.

Il privato interessato può sollecitare la convocazione della conferenza. In presenza di una siffatta istanza, l'amministrazione è vincolata a convocare la conferenza di servizi.

La terza tipologia è la "conferenza preliminare". La conferenza preliminare ricorre in due casi: a) "per progetti di particolare complessità e di insediamenti produttivi di beni e servizi"; b) "nelle procedure di realizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico".

La richiesta di conferenza preliminare deve essere motivata. Essa deve essere corredata da uno studio di fattibilità, quando si tratta di un progetto di particolare complessità o di un progetto che riguarda insediamenti produttivi di beni e di servizi. Invece, la richiesta deve essere corredata da un progetto di fattibilità tecnica ed economica, quando si tratta di procedure di realizzazione di opere pubbliche o di opere di interesse pubblico.

La conferenza preliminare è prevista al fine di consentire al soggetto interessato di conseguire dall'amministrazione un esame preliminare delle attività da compiere prima della presentazione delle dovute istanze e dei progetti definitivi. Essa comporta un esame preliminare degli interessi coinvolti in un determinato progetto, al fine di rappresentare al soggetto procedente tutte le condizioni necessarie per ottenere i necessari pareri, nulla osta, autorizzazioni, atti di assenso ecc. necessari alla realizzazione del progetto.

La quarta tipologia è la "conferenza dei progetti sottoposti a valutazione di impatto ambientale". Detta conferenza ha natura decisoria e trova la propria disciplina nell'art 14, quarto comma, l. n. 241/1990. La norma prevede che "*qualora un progetto sia sottoposto a valutazione di impatto ambientale*" tutti gli atti autorizzatori e concessori "*comunque denominati necessari alla realizzazione del medesimo progetto siano acquisiti nell'ambito della conferenza di servizi di cui all'art. 25, comma 3, del decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152*" [9].

Le novità introdotte dalla riforma del 2016, che più hanno inciso sul tema in

---

[9] In termini R. MONTEFUSCO, *La conferenza di servizi*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 241; M. SANTINI, *La nuova conferenza di servizi dopo la riforma Madia*, Roma, 2016. Secondo l'orientamento in esame, nella conferenza di servizi di cui all'art. 14, quarto comma, l. n. 241/1990, art. 25, terzo comma, d.lgs. n. 152/2006 e art. 27-*bis*, d.lgs. n. 152/2006, il legislatore ha operato un collegamento tra il procedimento di V.I.A. e quello finalizzato all'acquisizione degli ulteriori atti di assenso. Si è così generato il c.d. "effetto assorbente", per cui attraverso l'indizione di un'unica conferenza si sono inglobati nel provvedimento di V.I.A. anche tutte le determinazioni relative agli altri atti di assenso necessari, nel caso concreto, alla realizzazione del progetto.

esame, sono rappresentate dal c.d. "effetto assorbente" e dalla previsione della comunicazione di indizione della conferenza. Il c.d. "effetto assorbente" consiste nel fatto che, nell'ipotesi di progetto sottoposto a valutazione di impatto ambientale di competenza regionale, tutte le determinazioni di assenso, quindi non solo quelle ambientali, vengono espresse nell'ambito di una unica conferenza decisoria. Le determinazioni ambientali, in altri termini, non vengono più rese autonomamente, bensì nell'ambito di una conferenza che conduce le amministrazioni preposte alla tutela degli interessi forti a comparare questi ultimi con gli interessi fatti valere da tutte le altre amministrazioni coinvolte. La previsione della comunicazione di indizione della conferenza realizza una più ampia ed effettiva trasparenza, ampliando la partecipazione anche ai soggetti di cui all'art. 7 della l. n. 241/1990 [10].

A queste quattro ipotesi, espressamente previste dal legislatore, si potrebbe aggiunge una quinta tipologia di conferenza di servizi, che trova il proprio fondamento nell'art 14-*quater*, secondo comma. Si tratta di quella che si potrebbe definire "conferenza in autotutela" o "conferenza di secondo grado". Come si avrà modo di vedere successivamente, la riedizione dei poteri, esercitati in sede di conferenza di servizi, da parte delle amministrazioni che vi abbiano partecipato, non può avvenire autonomamente, ma necessita della indizione di una nuova conferenza alla quale partecipino le amministrazioni che si sono determinate, per così dire, in "primo grado".

Le tipologie sopra delineate presentano particolarità che si riflettono sulle determinazioni che le amministrazioni partecipanti sono tenute ad adottare. Innanzitutto, esse incidono sul contenuto delle determinazioni e, quindi, sull'apporto contributivo che con esse ogni amministrazione è tenuta a offrire.

3. Modalità di svolgimento delle conferenze di servizi

Una delle novità introdotte dal legislatore nel 2016 concerne la previsione di due distinte modalità di svolgimento della conferenza di servizi. Agli artt. 14-*bis* e 14-*ter*, il legislatore, ha disciplinato rispettivamente la conferenza semplificata, che si svolge in modalità asincrona, e la conferenza simultanea, che si svolge in modalità sincrona.

Le due forme di conferenza di servizi presentano diverse modalità di esercizio del potere amministrativo.

Nella conferenza semplificata con modalità asincrona le determinazioni ven-

[10] G.B. CONTE-S. DE PAOLIS, *La conferenza di servizi*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Princìpi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 386.

gono comunicate esclusivamente per via telematica. Nella conferenza simultanea, invece, la determinazione finale della conferenza è assunta al termine di una o più "riunioni", avvenute con la partecipazione di tutte le amministrazioni interessate [11]. Occorre osservare che è fatta salva la possibilità di "trasformare" la conferenza semplificata in simultanea.

La valutazione contestuale degli interessi – che certamente caratterizzava l'istituto in esame nella formulazione ante riforma – oggi non sembra essere più una caratteristica essenziale e costante della nuova conferenza di servizi. Infatti, nell'attuale disciplina, la contestualità della valutazione dei diversi interessi è rinvenibile esclusivamente nella conferenza sincrona; laddove, invece, nella conferenza semplificata l'apporto di ciascuna amministrazione avviene in via telematica e senza alcuna discussione contestuale, preliminare all'emanazione della determinazione [12].

Nell'ambito della conferenza di servizi simultanea è possibile individuare un'ulteriore distinzione. Il legislatore, sebbene non abbia espressamente configurato due diverse modalità di conferenza simultanea, ha previsto che essa possa avere un'origine propria oppure possa derivare da una conferenza semplificata.

Quest'ultima ipotesi è quella contemplata dall'art. 14-*bis*, settimo comma, e dall'art 14-*bis*, secondo comma, lett. d), che prevedono la possibilità di operare una "trasformazione" della modalità della conferenza, da asincrona in una conferenza sincrona, qualora sia necessario in relazione alla particolare complessità della determinazione da assumere, ovvero qualora lo richiedano i soggetti legittimati.

Pertanto, si può distinguere tra una conferenza di servizi simultanea originaria e una conferenza di servizi simultanea derivata. Invero, nell'esaminare le modalità con cui avviene la determinazione delle singole amministrazioni partecipanti a una conferenza di servizi, occorre distinguere l'ipotesi della conferenza semplificata da quella simultanea e, nell'ambito di quest'ultima, occorre distinguere l'ipotesi della conferenza simultanea originaria da quella derivata.

L'importanza delle differenze tra le diverse modalità di svolgimento delle conferenze di servizi non è da sottovalutare. Infatti, le predette differenze incidono

---

[11] L'art. 14-*ter*, primo comma, l. n. 241/1990, prevede che le amministrazioni possano partecipare alla conferenza di servizi anche in via telematica. Si discorre di "conferenza di servizi telematica", tuttavia, non sembra necessario provvedere ad una ulteriore qualificazione in seno alla conferenza simultanea.

[12] Sul punto: D. D'ORSOGNA, *La conferenza di servizi*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 259. L'autore sostiene che la conferenza di servizi semplificata, a ben vedere, è un meccanismo procedurale che si allontana dallo schema classico della conferenza di servizi. La mancanza di riunioni contestuali induce a inquadrare detto istituto come una modalità di acquisizione degli atti di assenso. La conferenza semplificata, a dispetto del *nomen*, presenta peculiarità che la distinguono dalla conferenza di servizi per c.d. classica.

sul potere dell'amministrazione che partecipa a una conferenza di servizi, connotandolo in maniera diversa.

4. Modalità e termini per la comunicazione della determinazione

Il legislatore, con la distinzione tra conferenza semplificata, in modalità asincrona, e conferenza simultanea, ha previsto due distinte modalità di formazione della determinazione finale della conferenza di servizi.

Lo svolgimento fisiologico di una conferenza semplificata comporta, dopo il corretto adempimento delle formalità da parte dell'amministrazione procedente, che ciascuna amministrazione partecipante debba rendere la propria determinazione in un termine individuato dall'amministrazione procedente stessa e, comunque, non superiore ai limiti previsti dal legislatore. Il predetto termine, per espressa qualificazione della norma, è perentorio.

Il riferimento, che il legislatore compie alla perentorietà del termine, appare assolutamente coerente con l'intero impianto normativo. Infatti, l'analisi delle conseguenze, previste in caso di inutile decorso del termine, mette in risalto e conferma la natura perentoria del termine.

Invero, il legislatore connette, al mancato rispetto del termine e alla mancata indicazione della determinazione con tutti i requisiti previsti dalla legge, la conseguenza che tale "comportamento" dell'amministrazione vada considerato un atto di assenso pieno, senza condizione alcuna, nei confronti dell'oggetto della relativa conferenza di servizi.

La conferenza simultanea contempla la partecipazione contestuale dei rappresentanti delle amministrazioni competenti, riuniti in una medesima unità spazio temporale, al fine di provvedere all'analisi contestuale delle questioni e all'adozione di una determinazione di conclusione, basata sulle prevalenti posizioni espresse dalle singole amministrazioni in sede di conferenza. L'art. 14-*ter*, nel delineare le modalità di svolgimento della conferenza simultanea, prevede la convocazione della prima riunione della conferenza in una data previamente comunicata ai sensi dell'art. 14-*bis*, secondo comma, lett. b), oppure dell'art. 14-*bis*, settimo comma. La succitata norma non qualifica il predetto termine come perentorio, né, invero, una tale qualificazione può desumersi dal riferimento alle disposizioni dell'art. 14-*bis*.

L'art. 14-*ter*, secondo comma, fissa un termine di conclusione dei lavori della conferenza di servizi. Anche tale norma non qualifica espressamente il termine ultimo come perentorio, né una siffatta qualificazione può desumersi dai riferimenti che l'art. 14-*ter* compie all'art. 14-*bis*.

Pertanto, l'impianto normativo, riservato alla conferenza simultanea, comporta

che la determinazione di ciascuna amministrazione di per sé non sia sottoposta ad alcun termine, se non quello dell'ultima riunione.

La diversa disciplina che il legislatore riserva alla conferenza semplificata e alla conferenza simultanea impone all'interprete il compito di acclarare se la data, fissata per la celebrazione della riunione conclusiva della conferenza di servizi, integri un termine perentorio, oltre il quale le amministrazioni non possano formulare le proprie determinazioni.

Dalla lettura delle norme relative alla conferenza simultanea con modalità sincrona, la determinazione della conferenza simultanea sembra essere l'esito di un procedimento (una fattispecie a formazione progressiva), caratterizzato non da un rigido formalismo, all'interno del quale le singole amministrazioni devono provvedere ad emanare i propri atti. Si pensi al rispetto dei termini perentori e alle modalità prestabilite della conferenza semplificata con modalità asincrona. Piuttosto, la conferenza simultanea sembra essere caratterizzata da una certa elasticità che deve consentire, all'esito di un'analisi contestuale degli interessi, di giungere a una soluzione condivisa.

A tal proposito, appare opportuno ribadire che, a differenza della disciplina in tema di conferenza semplificata, l'art. 14-*ter* non prevede alcun termine entro cui l'amministrazione deve comunicare, o comunque, manifestare la propria posizione sul progetto all'esame della conferenza. La disciplina della conferenza sincrona è focalizzata sul provvedimento conclusivo e non sui singoli apporti delle amministrazioni partecipanti, i quali pur mantenendo una propria centralità nella dinamica procedimentale, vengono poi assorbiti nella determinazione conclusiva.

Invece, la disciplina prevista per la conferenza semplificata è focalizzata sulla qualificazione di perentorietà del termine entro il quale le amministrazioni devono provvedere ad adottare le proprie determinazioni.

Appare del tutto evidente che si è in presenza di tecniche normative diverse utilizzate dal legislatore al fine di conseguire obiettivi differenti.

L'ipotesi patologica, del mancato rispetto del termine per comunicare la propria determinazione, ad opera della singola amministrazione invitata a una conferenza di servizi semplificata e asincrona, non può trovare spazio nell'ipotesi di conferenza simultanea. Sul punto va ribadito che il legislatore non prevede alcun termine perentorio per la conferenza simultanea.

Questo, però, non vuol dire che non si possano verificare ipotesi patologiche nella "formazione" della determinazione finale della conferenza sincrona.

Da un attento esame dell'art 14-*ter*, settimo comma, emerge che non è certamente un caso che la prima ipotesi contemplata dalla norma non riguardi il ritardo nella comunicazione (ipotesi che, come già detto, non è assolutamente prevista in sede di conferenza simultanea), ma abbia ad oggetto "l'amministrazione assente", il cui rappresentante non abbia partecipato alle riunioni o lo abbia fatto in maniera passiva, non esprimendo la propria posizione ai sensi del terzo comma dello stesso articolo.

Le altre ipotesi patologiche, che comportano l'acquisizione dell'assenso senza condizioni, riguardano i casi di violazione dei requisiti indicati dal legislatore, specialmente in tema di motivazione del dissenso ovvero nel caso in cui tale dissenso sia riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza.

Pertanto, la distinzione tra le due forme di conferenza di servizi ha a oggetto proprio l'esercizio del potere da parte delle amministrazioni che vi partecipano. L'esercizio di detto potere sarà sottoposto a un termine perentorio nell'ipotesi di conferenza asincrona, mentre nell'ipotesi di conferenza simultanea le modalità e la natura di detta conferenza determinano che non si possa parlare di un vero e proprio termine, laddove la partecipazione dell'amministrazione alla conferenza non si concretizzi in un vero e proprio atto.

Piuttosto, si potrà rintracciare il volere di ciascuna amministrazione analizzando i verbali di ciascuna riunione e, sicuramente, esaminando la determinazione conclusiva della conferenza.

Occorre sottolineare che l'art. 14-*ter*, settimo comma, fa intendere che la determinazione della singola amministrazione potrebbe intervenire anche oltre il termine dell'ultima riunione, allorquando si prevede che "*all'esito dell'ultima riunione e comunque non oltre il termine di cui al comma 2, l'amministrazione debba provvedere*".

Orbene, da detto inciso sembrerebbe che l'amministrazione possa comunicare la propria "determinazione" anche oltre l'ultima riunione. Non sono però specificate le modalità e i termini di tale comunicazione; evidentemente una tale possibilità viene rimessa alla piena discrezionalità dell'amministrazione procedente.

5. La determinazione priva dei requisiti indicati dal legislatore

Il legislatore ha previsto una serie di requisiti necessari affinché la determinazione di ogni singola amministrazione, che partecipi alla conferenza di servizi, possa essere valida ed efficace. Di norma tali determinazioni sono formulate in termini di assenso o dissenso in relazione alla decisione oggetto della conferenza.

Innanzitutto, è previsto che dette determinazioni siano congruamente motivate. La previsione di tale obbligo potrebbe sembrare pleonastica, perché ripetitiva dell'art 3, l. n. 241/1990. Sennonché, a detta tesi non si può aderire, perché la motivazione [13] della determinazione svolge un ruolo fondamentale. Essa contribuisce a

[13] Sulla motivazione si vedano C.M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione con speciale riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933, 55 ss., 87 ss.; L. VANDELLI, *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1595 ss.; M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, 1977, 261 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motiva-*

rafforzare il convincimento che tra le due forme di conferenza di servizi sussistano differenze non di poco conto.

Nella conferenza asincrona la determinazione della singola amministrazione deve essere congruamente motivata e formulata in termini di assenso o di dissenso. Proprio nell'ipotesi di dissenso la motivazione deve assolvere allo scopo di consentire, qualora sia possibile, il superamento del dissenso stesso. In altre parole, l'amministrazione denegante deve portare a conoscenza dei soggetti interessati i motivi ostativi all'accoglimento della richiesta. L'amministrazione dovrà altresì comunicare eventuali prescrizioni o condizioni che, una volta adempiute, consentiranno il superamento del dissenso.

La motivazione ha un duplice contenuto perché essa non solo deve indicare le ragioni del dissenso, ma deve anche fornire le indicazioni per superare il dissenso o, qualora l'amministrazione non ritenga ciò possibile, deve indicare le ragioni che determinano la insuperabilità del dissenso.

Nella motivazione occorrerà dare contezza del perché si rigetta la richiesta, dovendo indicare se il vincolo ostativo all'accoglimento della richiesta sia derivante da una disposizione normativa o da un atto amministrativo generale, ovvero ancora sia conseguenza dell'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione stessa in virtù della predisposizione della migliore tutela dell'interesse pubblico. L'amministrazione, al momento denegante, dovrà mettere i soggetti interessati in condizione di adottare le opportune modifiche per giungere a un esito positivo del procedimento.

Pertanto, non può essere condivisa la tesi che vede nell'obbligo di motivazione una previsione pleonastica. La motivazione della determinazione deve avere un contenuto particolare, specialmente quando deve indicare le ragioni che possono condurre al superamento del dissenso. In definitiva, la previsione dell'obbligo di motivazione è prodromica alla configurazione del contenuto minimo ed essenziale della determinazione da rendere in sede di conferenza di servizi.

Il legislatore modella la struttura della motivazione al fine di conferire all'atto di dissenso una specifica finalità di collaborazione nei confronti del soggetto istante. In altri termini, la motivazione assolve a una funzione ulteriore rispetto a quella sua tipica.

Anche nella conferenza simultanea sembrerebbe trovare spazio l'elemento della motivazione. Infatti il legislatore, direttamente o indirettamente, si riferisce alla motivazione in due ipotesi specifiche.

---

zione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità, Milano, 1987, 17 ss., 125 ss.; V. MAZZARELLI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, 1990, 1 ss.; A. ZITO, *Integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in *Dir. proc. amm*., 1994, 577 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl*., Torino, XIII, 1997, 683 ss.; A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, 43 ss., 97 ss., 134 ss.; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 269 ss., 276 ss.

Nell'art. 14-*ter*, settimo comma, il legislatore fa riferimento alla possibilità, dell'amministrazione procedente, di disattendere l'atto di dissenso non motivato. Come si vedrà meglio in seguito, il meccanismo introdotto dal legislatore in questa ipotesi è quello di una "*fictio iuris*", laddove riconosce valore di assenso senza condizioni agli atti "viziati" delle amministrazioni partecipanti alla conferenza di servizi.

Nell'art. 14-*ter*, terzo comma, il legislatore introduce la necessità di una motivazione della "determinazione della singola amministrazione" stabilendo che in caso di dissenso occorre indicare le modifiche progettuali idonee, eventualmente, a superare detto dissenso. A ben vedere in questa ipotesi ci troviamo in una situazione non sovrapponibile a quella che si verifica con la conferenza semplificata con modalità asincrona.

Invero, nell'ipotesi di conferenza sincrona non esiste alcun riferimento normativo alla necessità che la determinazione della singola amministrazione sia motivata.

Come già precedentemente evidenziato, in questa forma di conferenza di servizi l'attività delle amministrazioni partecipanti sembra non concretizzarsi in un vero e proprio atto. Invero, la posizione dell'amministrazione viene espressa nel corso delle riunioni, concorre al convincimento comune, ma non necessariamente deve assumere una propria autonoma formulazione, avulsa dalla determinazione finale. Pertanto, nell'ipotesi di conferenza sincrona, non può parlarsi propriamente di motivazione della determinazione della singola amministrazione.

6. Conferenza simultanea originaria e quella derivata

La riforma del 2016 ha introdotto due modalità di svolgimento della conferenza di servizi. La conferenza semplificata con modalità asincrona trova applicazione nelle ipotesi di conferenza istruttoria preliminare ovvero nei casi di conferenza decisoria per questioni di minore importanza. La conferenza simultanea con modalità sincrona, invece, viene indetta direttamente nelle ipotesi di conferenza decisoria per progetti particolarmente complessi.

In realtà, il legislatore sembra aver previsto due modalità di conferenza simultanea: una originaria, che ricorre quando l'amministrazione procedente indice direttamente una conferenza con modalità sincrona, e una derivata, che invece si ha quando si opta per una trasformazione della modalità di svolgimento della conferenza. Nell'ipotesi di conferenza derivata si crea un particolare rapporto di dipendenza tra la conferenza semplificata, che ha dato origine alla vicenda procedimentale, e la conferenza simultanea che, invece, porterà a conclusione la vicenda procedimentale.

Occorre preliminarmente soffermarsi sulle due ipotesi di trasformazione della modalità della conferenza previste dal legislatore.

La prima ipotesi è prevista in tema di conferenza preliminare dall'art. 14, terzo comma. Detto articolo stabilisce che la conferenza preliminare venga svolta con la forma semplificata, potendo procedersi anche a un'abbreviazione dei termini fino alla metà. La norma precisa che ove si sia svolta la conferenza preliminare, l'amministrazione procedente, ricevuta l'istanza o il progetto definitivo, indice la conferenza simultanea nei termini e con le modalità di cui agli artt. 14-*bis*, settimo comma, e 14-*ter*. Secondo la disposizione in esame, le determinazioni espresse in sede di conferenza preliminare possono essere modificate o integrate, solo in presenza di significativi elementi emersi nel successivo procedimento [14].

A tal fine, si rende necessario, sulla scorta di una adeguata motivazione, indicare con precisione le ragioni che hanno indotto ad adottare quella determinata decisione.

La seconda ipotesi è disciplinata dall'art. 14-*bis*, settimo comma, in tema di conferenza decisoria. La norma in esame consente all'amministrazione procedente, qualora risulti necessario in relazione alla particolare complessità della determinazione da assume, di procedere alla trasformazione della conferenza da asincrona in sincrona, vale a dire di procedere in forma simultanea. Le amministrazioni partecipanti o i privati interessati, con richiesta motivata da presentarsi entro i termini perentori previsti dal legislatore, potranno sollecitare l'amministrazione procedente a provvedere alla trasformazione.

Nell'ipotesi in cui una conferenza decisoria, indetta dapprima in forma semplificata, venga trasformata in conferenza simultanea, si pongono una serie di interrogativi, che investono le modalità e i termini previsti per le determinazioni delle amministrazioni.

Il primo interrogativo riguarda innanzitutto il termine entro cui è possibile procedere alla trasformazione. Il legislatore nulla ha previsto in argomento, potendosi quindi ammettere che la trasformazione possa avvenire in qualsiasi momento nell'arco temporale entro cui la conferenza semplificata debba essere conclusa.

Altra questione investe l'efficacia delle determinazioni assunte dalle amministrazioni, che abbiano partecipato a una conferenza semplificata, prima della trasformazione delle modalità di svolgimento di quest'ultima in conferenza simultanea. Si tratta di un tema complesso, perché si articola in più profili di non poco

---

[14] Il tema della tutela dell'affidamento si intreccia con la disciplina della conferenza di servizi, ove, l'art. 14, terzo comma, l. n. 241/1990, prevede in capo alle amministrazioni l'impossibilità di modificare le proprie determinazioni assunte in una precedente conferenza preliminare in assenza di fatti sopravvenuti. In argomento, si rinvia a L. GIANI, *Funzione amministrativa e obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; F.G. SCOCA, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 462 ss.

conto per le ricadute che possiede sul prosieguo dello svolgimento della conferenza e sui suoi stessi esiti.

Il primo problema da affrontare è quello volto a stabilire se, con la determinazione precedentemente resa, l'amministrazione partecipante abbia esercitato ed esaurito il suo potere di pronunciarsi sulla questione, con la conseguenza di rimanere vincolata alla sua pregressa valutazione. Qualora l'indagine consenta di stabilire che l'amministrazione conservi inalterato il suo potere di pronunciarsi sull'oggetto della conferenza, occorrerà verificare se sia tenuta a rideterminarsi o possa, più semplicemente, decidere se esprimersi o meno. Infine, occorrerà puntualizzare il rapporto intercorrente fra la prima e la seconda determinazione.

Il primo quesito è volto a verificare se l'amministrazione partecipante, una volta pronunciatasi in sede di conferenza semplificata abbia esaurito il suo potere, rimanendo condizionata alle sue pregresse determinazioni, senza possibilità di interloquire in sede di conferenza simultanea [15]. Per rispondere a tale interrogativo, appare opportuno investigare le ragioni che inducono l'amministrazione procedente a mutare le modalità di svolgimento della conferenza, passando dalla conferenza semplificata a quella simultanea. Il legislatore, all'art. 14-*bis*, settimo comma, àncora il trasferimento alla constatazione di una particolare complessità della determinazione da assumere. In tal caso, non si è in presenza di un mutamento dell'oggetto della decisione, da assumere all'esito della conferenza di servizi, il quale rimane sempre prefigurato dagli atti introduttivi della conferenza. Tuttavia, si è in presenza di una nuova e diversa attività valutativa.

Questo pone due problemi diversi. Il primo è quello volto a stabilire se l'amministrazione, che si sia già espressa nella fase pregressa, sia tenuta a determinarsi di nuovo in sede di conferenza convertita. Il secondo, invece, è quello volto a individuare il rapporto esistente fra la eventuale pregressa determinazione e quella nuova, da rendere in sede di conferenza convertita.

Per quanto concerne il primo problema, è necessario riconoscere che ogni conferenza di servizi segue le sue regole e che nonostante il rapporto di derivazione esistente fra la prima e la seconda conferenza di servizi, in quest'ultima è necessario che ogni amministrazione invitata si determini.

Invero, le finalità che presiedono alla trasformazione della conferenza semplificata, con modalità asincrona, in conferenza simultanea, con modalità sincrona, consistono anche nel sollecitare le amministrazioni che partecipano alla conferenza a determinarsi, previo confronto con le altre amministrazioni partecipanti. La predetta finalità impone alle amministrazioni, indipendentemente dal fatto che si siano già determinante, di confrontarsi con tutte le altre posizioni, sino a rideter-

[15] Il tema dell'esaurimento del potere è stato esaminato, fra gli altri, da F. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 133 ss.

minarsi completamente, qualora questo sia ritenuto opportuno per giungere a una soluzione comune e condivisa.

Non avrebbe senso operare la trasformazione delle modalità di svolgimento della conferenza di servizi e invitare a partecipare anche l'amministrazione che si sia già espressa, se quest'ultima non possa e debba pronunciarsi di nuovo, in un rinnovato confronto con le altre amministrazioni.

L'amministrazione che ometta di rappresentare la propria posizione in sede di conferenza simultanea derivata, anche se si è già espressa precedentemente, si espone alla conseguenza della mancata determinazione, ossia al rischio che la sua inerzia venga interpretata come atto di assenso senza condizioni.

La presenza di una pregressa determinazione consentirà all'amministrazione di potersi determinare anche solo richiamando e ribadendo le pregresse determinazioni, confermate alla luce delle nuove emergenze.

In altri termini, in assenza di una esplicita disposizione legislativa, diretta a disciplinare la questione, la diversa ponderazione degli interessi e il diverso atteggiarsi del potere di determinarsi, che si hanno nelle due modalità di conferenza di servizi, imporrebbe all'amministrazione (che già si è determinata in sede di conferenza semplificata) comunque di rideterminarsi all'esito delle riunioni della conferenza simultanea, ben potendo però richiamarsi alle sue precedenti conclusioni. Tale soluzione deve essere preferita, altrimenti l'amministrazione si esporrebbe alle conseguenze della omessa determinazione.

Una volta ammessa la possibilità di determinarsi nuovamente, occorre affrontare il secondo problema, al fine di chiarire il valore del precedente, vale a dire il valore e l'efficacia della precedente determinazione assunta.

Per quanto concerne il rapporto tra determinazione precedente e successiva si potrebbe allora applicare analogicamente l'ipotesi prevista dall'art. 14, terzo comma, nel caso di passaggio dalla conferenza preliminare a quella decisoria. Pertanto, potrebbe sostenersi che esiste un vincolo, tra la determinazione precedente e quella successiva, che imporrebbe all'amministrazione di determinarsi allo stesso modo, salvo ovviamente la sopravvenienza di elementi significativi, anche di natura meramente argomentativa, che impongano una rimodulazione della propria precedente decisione. Naturalmente, tutto ciò deve confluire nell'impianto motivazionale della determinazione assunta dalla amministrazione partecipante, con conseguente obbligo di darne adeguata motivazione. Pertanto, l'eventuale pregressa determinazione, assunta da una delle amministrazioni partecipanti, delimiterà e condizionerà l'esercizio del suo potere, incidendo sulla determinazione successiva. Tuttavia, tale effetto non può tradursi in una vera e propria preclusione a interloquire successivamente.

Da un punto di vista formale, questo implica che nella nuova determinazione si dovrà dare atto di quanto deciso precedentemente, delle ragioni che inducono a rideterminarsi e di quelle che sono alla base della nuova decisione. In tal senso,

milita anche la considerazione che diversamente la pubblica amministrazione incorrerebbe in una ipotesi di eccesso di potere [16].

7. Le ipotesi di qualificazione come assenso senza condizioni

Il legislatore qualifica come assenso senza condizioni diverse ipotesi.

La legge ricollega la conseguenza dell'assenso senza condizioni a tutte quelle ipotesi in cui le amministrazioni partecipanti alla conferenza di servizi non rispettino una serie di prescrizioni previste dal legislatore.

La nuova disciplina tende a disincentivare comportamenti ostruzionistici o dilatori delle amministrazioni partecipanti. Tale finalità appare evidente nella fattispecie in cui il legislatore riconnette la conseguenza dell'assenso senza condizioni alla violazione dei termini previsti per la comunicazione della determinazione, ovvero nell'ipotesi prevista per la conferenza simultanea, nel caso in cui il rappresentante dell'amministrazione non partecipi a nessuna riunione o partecipi in maniera passiva.

Verificatesi le condizioni previste, il legislatore considera come acquisito l'assenso senza condizioni, in modo da consentire all'amministrazione procedente di poter superare agilmente un'impasse che altrimenti non avrebbe vie d'uscita.

La prima ipotesi è prevista dall'art. 14-*bis*, quarto comma, nella parte in cui fa riferimento alla "mancata comunicazione della determinazione entro il termine di cui al comma 2, lettera c)", vale a dire entro il termine perentorio, comunque non superiore a quarantacinque giorni, entro il quale le amministrazioni coinvolte devono rendere le proprie determinazioni.

Nell'ambito di questa ipotesi ricorrono tre casi: il primo è rappresentato dalla mancata partecipazione dell'amministrazione ai lavori della conferenza di servizi; il secondo è dato dal caso in cui l'amministrazione invitata partecipi, ma rimanga silente, omettendo di formulare le proprie determinazioni; il terzo è costituito dalle determinazioni tardive.

La seconda ipotesi è prevista dall'art. 14-*bis*, quarto comma, nella parte in cui fa riferimento alla "comunicazione di una determinazione priva dei requisiti previsti dal comma 3", vale a dire la comunicazione di una determinazione congruamente motivata, con l'indicazione delle condizioni eventualmente indicate ai fini dell'assenso o del superamento del dissenso, formulata in modo chiaro e analitico, con l'espressa specificazione se le predette ragioni sono relative a un vincolo derivante da una disposizione normativa o da un atto amministrativo generale ovve-

[16] In tema di eccesso di potere per contraddittorietà fra due provvedimenti, si veda: A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, 1976, 292 ss.

ro discrezionalmente apposte per la migliore tutela dell'interesse pubblico.

Nell'ambito della seconda ipotesi rientrano una pluralità di casi, che possono essere raggruppati nei seguenti tipi: a) determinazione invalida, perché priva dei requisiti motivazionali richiesti dal legislatore; b) determinazione invalida, perché priva dei requisiti motivazionali richiesti dal legislatore, e tardiva.

La terza ipotesi concerne le determinazioni della soprintendenza e, in generale, di ogni amministrazione preposta alla tutela di interessi "forti", quali l'interesse ambientale, l'interesse paesaggistico territoriale, l'interesse alla tutela dei beni culturali, l'interesse alla tutela della salute o della pubblica incolumità

Nell'ambito di tale ipotesi occorre distinguere i casi di determinazioni valide, ma tardive, da quelle invalide e tardive.

8. L'assenso senza condizioni

L'ipotesi dell'assenso senza condizione sembrerebbe essere riconducibile al silenzio assenso di cui all'art. 20, l. n. 241/1990 [17].

La disciplina del "silenzio" trae origine dalla necessità che, nei provvedimenti ad istanza di parte, l'amministrazione offra una risposta alla richiesta dell'interessato in tempi certi. È la concretizzazione dei principi di buon andamento e di celerità dell'azione amministrava. Infatti, i termini di conclusione del procedimento iniziano a decorrere dal momento della presentazione dell'istanza di parte. Se in detto termine l'amministrazione non emani alcun provvedimento, ovvero non si avvalga delle altre possibilità previste dal legislatore (indizione di una conferenza di servizi, sospensione dei termini per esigenze istruttorie, ecc.), si ritiene che tale fatto, tale comportamento dell'amministrazione denominato appunto silenzio, equivalga a un provvedimento di accoglimento dell'istanza.

Lo schema logico del silenzio, basato sulla relazione "causa ed effetto", necessita, da un lato, del mancato esercizio del potere o meglio della mancata concretizzazione in un atto di detto potere; dall'altro, della conseguenza, vale a dire dell'effetto che consiste nel considerare quel comportamento come un provvedimento favorevole.

---

[17] In tema di silenzio della pubblica amministrazione, si vedano, tra gli altri, F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; A. TRAVI, *Silenzio-Assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985; F.G. SCOCA-M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm*., 1995; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996; N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017; G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in V. CERULLI IRELLI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006.

Appare opportuno evidenziare che ci si trova in una ipotesi che travalica i confini tipici del silenzio assenso di cui all'art. 20, l. n. 241/1990.

Invero, a ben vedere, sussistono varie differenze fra: a) l'ipotesi in cui l'amministrazione, che abbia partecipato alla conferenza di servizi, non si pronunci; b) l'ipotesi in cui il rappresentante dell'amministrazione non abbia partecipato alle riunioni e, quindi, non abbia prodotto alcuna determinazione; c) l'ipotesi in cui l'amministrazione formuli la propria determinazione, ma senza rispettare i termini; d) l'ipotesi in cui la determinazione venga formulata, ma presenti i vizi tipici motivazionali, derivanti dalla violazione delle relative disposizioni di legge.

Da un punto di vista strutturale le ipotesi di cui ai punti a) e b) sono contraddistinte da una mera inerzia; invece, le ipotesi di cui ai punti c) e d) sono contraddistinte dall'esercizio del potere. Vi è una evidente differenza fra le due tipologie.

Sennonché, la disciplina della conferenza di servizi attribuisce un effetto tipico (l'assenso) non solo alle ipotesi di mera inerzia dell'amministrazione, ma anche alle ipotesi in cui l'esercizio del potere sia tardivo o il relativo atto presenti vizi motivazionali.

Gli articoli 14-*bis* e 14-*ter* prevedono, infatti, delle ipotesi in cui, nonostante vi sia l'esercizio del potere, ad opera dell'amministrazione partecipante, questo potere venga dissolto e venga considerato come non esercitato, con tutte le conseguenze del caso relative alla qualificazione della condotta come assenso senza condizioni. È evidente che ci si trova di fronte a una situazione eccentrica, laddove si riconnette un effetto previsto per il mancato esercizio del potere a situazioni in cui il potere viene esercitato, seppur in maniera viziata.

In definitiva, la qualificazione di tutte le ipotesi in esame in termini di assenso senza condizioni è la conseguenza della qualificazione giuridica di un fatto o di un atto. Essa assume un carattere *latu sensu* sanzionatorio, ed è previsto nell'interesse della celerità dell'azione amministrativa e del buon andamento. Inoltre, detta qualificazione persegue anche la funzione di sollecitare le amministrazioni ad adoperarsi per dare una soluzione (lì dove sia possibile) al problema amministrativo sottoposto al loro esame.

La predetta disciplina rafforza il ruolo conferito all'amministrazione procedente, ponendo le amministrazioni partecipanti in posizione subordinata rispetto alla procedente. Viene attribuito all'amministrazione procedente il potere di valutare unilateralmente la determinazione delle amministrazioni partecipanti, con la conseguenza che tale potere si potrebbe aprire a esercizi abusivi.

Non bisogna dimenticare che le amministrazioni partecipanti a una conferenza di servizi, sono portatrici di un interesse proprio, particolare, che potrebbe anche essere confliggente con quello delle altre amministrazioni. Si ponga il caso in cui l'amministrazione procedente voglia a tutti i costi addivenire a una determinazione favorevole, e si pensi all'ipotesi in cui la determinazione dell'amministrazione partecipante, che esprime un dissenso, sia lievemente viziata perché la relativa motivazione è ca-

rente, perché magari non adeguatamente argomentata. In una siffatta ipotesi si consentirebbe all'amministrazione procedente di bypassare una determinazione sfavorevole, considerandola come viziata per poter acquisire l'assenso senza condizioni.

Ferma restando la previsione della tutela innanzi al giudice amministrativo in siffatte ipotesi, il legislatore ha omesso di specificare meglio i requisiti delle determinazioni delle amministrazioni partecipanti, così da comportare una maggiore definizione dei confini entro cui l'amministrazione procedente ha il potere di valutare autonomamente gli apporti delle altre amministrazioni partecipanti. L'attuale impianto normativo sembra essere indice del valore prevalente conferito dal legislatore all'interesse dell'amministrazione proponente.

9. Valore della determinazione tardiva

La determinazione è tardiva quanto perviene agli atti della conferenza successivamente allo scadere del termine stabilito. In particolare, la determinazione tardiva può sopravvenire nel lasso di tempo intercorrente fra la scadenza del termine per formularla e la chiusura dei lavori della conferenza oppure può essere successiva a quest'ultima.

Nella prima ipotesi si può parlare di determinazione tardiva infraprocedimentale; invece, nella seconda ipotesi di determinazione tardiva etero-procedimentale. La differenza risiede nel fatto che la determinazione tardiva infraprocedimentale sopravviene dopo il decorso del termine stabilito per i lavori della conferenza, ma prima della sua conclusione e, quindi, della adozione della decisione finale.

Invece, la determinazione tardiva etero-procedimentale interviene a conferenza conclusa, vale a dire dopo l'adozione della decisione finale.

Il legislatore detta la stessa disciplina per le due ipotesi. Invero, entrambe violano un termine perentorio.

In generale, la violazione di un termine perentorio rende l'atto amministrativo illegittimo, ma efficace.

Se il legislatore si fosse limitato a prevedere la perentorietà del termine di formulazione della determinazione, la conseguenza di una determinazione tardiva infraprocedimentale sarebbe stata solo la sua qualificazione in termini di illegittimità, ma detta qualificazione non avrebbe in alcun modo inciso sulla sua efficacia. La conseguenza sarebbe stata quella di imporre all'amministrazione procedente di prendere in considerazione la determinazione tardiva e di valutarla ai fini della adozione della decisione conclusiva della conferenza di servizi.

Sennonché, il legislatore non si è limitato a conferire al termine natura perentoria, ma ha stabilito che la determinazione tardiva equivale ad assenso senza condizioni.

L'art. 14-*bis*, quarto comma, qualifica la determinazione tardiva non in termini di illegittimità, bensì quale atto di assenso senza condizioni. Detta norma qualifica la determinazione tardiva in maniera diversa dalle determinazioni tempestive, conferendogli un regime giuridico del tutto differente.

La determinazione tardiva non può produrre gli effetti tipici dell'atto illegittimo, ma costituisce un atto di assenso senza condizioni.

Queste conclusioni valgono, a maggior ragione, per la determinazione tardiva etero-procedimentale. La differenza risiede nel fatto che in quest'ultima ipotesi deve del tutto escludersi la valenza della determinazione sugli esiti della conferenza. Essa non può essere tenuta in alcun conto, perché la decisione, anche se adottata senza di essa, è stata già presa.

Un orientamento giurisprudenziale sostiene che l'amministrazione potrebbe comunque prendere in considerazione la determinazione tardiva, senza sentirsi vincolata ad essa, al solo fine di considerare le argomentazioni in essa formulate per elaborare una decisione più equilibrata.

La tesi non può essere accolta perché essa trascura di considerare quello che il legislatore ha deciso. Prendere in considerazione, anche se ai limitati fini sopra precisati, significa conferire alla determinazione tardiva una efficacia che, invece, il legislatore le ha negato, e attribuirle un valore giuridico che il legislatore non le ha riconosciuto.

In definitiva, le determinazioni tardive infra-procedimentali esplicano efficacia solo nell'ambito del procedimento nel quale vengono adottate, ma posseggono un contenuto precettivo diverso da quello che le avrebbe voluto conferire l'amministrazione che le ha adottate in conseguenza della qualificazione normativa come atto di assenso.

Invece, le determinazioni tardive etero-procedimentali non esplicano alcuna efficacia, perché intervengono a conferenza di servizi ormai definitivamente chiusa.

Queste conclusioni rinvengono una conferma nella recente modifica apportata dal legislatore con l'introduzione, nell'art. 2, l. n. 241/1990, del comma 8-*bis* [18]. Secondo la succitata disposizione "*Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14 bis, comma 2, lettera c), 17 bis, commi 1 e 3, 20 comma 1, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'articolo 14 ter, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, comma 3 e 6 bis, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21 nonies, ove ne ricorrano i presupposti delle condizioni*".

[18] Il comma 8-*bis* è stato introdotto dall'art. 12, primo comma, lett. a), del d.lgs. n. 76/2020, convertito con la l. n. 120/2020.

Il recente intervento normativo del legislatore conferma la tesi secondo la quale la determinazione tardiva è inefficace.

L'estraneità della determinazione tardiva al procedimento, svoltosi in sede di conferenza di servizi, non consente neppure di qualificarle come un caso di riesercizio del potere e di riesame in autotutela.

Invero, il riesercizio del potere presuppone formalità e contenuti che non si rinvengono nella vicenda in esame. Sul piano formale, va evidenziato che il riesercizio del potere presuppone l'avvio di un procedimento, che persegua la specifica decisione di riesaminare la pregressa determinazione, con tutte le formalità e le garanzie difensive previste dalla legge. In assenza di ciò non può parlarsi di riesercizio del potere. Non si può parlare di riesercizio esplicito, né di riesercizio implicito. Diversamente, si giungerebbe a configurare un procedimento di secondo grado implicito, che in realtà non si è mai svolto.

Peraltro, una amministrazione che sia rimasta estranea ai lavori della conferenza di servizi, benché invitata, qualora non condivida la decisione adottata in sede di conferenza può solo proporre ricorso al giudice amministrativo oppure ricorso straordinario al Capo dello Stato. Non le è riconosciuta alcuna altra possibilità.

Infatti, anche le amministrazioni preposte alla tutela degli interessi "forti" o "tiranni", vale a dire le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute o della pubblica incolumità dei cittadini possono contestare le determinazioni ultime della conferenza di servizi solo "*a condizione che abbiano espresso in modo inequivoco il proprio motivato dissenso prima della conclusione dei lavori della conferenza*", proponendo opposizione al Presidente del Consiglio dei Ministri [19].

In conclusione, le determinazioni tardive non possono essere prese in considerazione perché il legislatore conferisce loro il contenuto di "assenso". Inoltre, le determinazioni tardive etero-procedimentali non possono essere prese in considerazione anche perché prive di efficacia, vale a dire inidonee a produrre efficacia giuridica. In altri termini, esse intervengono a procedimento chiuso.

10. La sorte del parere tardivo reso dalla soprintendenza

In passato, però, è accaduto che la giurisprudenza attribuisse un rilievo, seppur particolare, ai pareri tardivi resi dalla soprintendenza in tema di autorizzazione paesaggistica [20].

---

[19] Art. 14-*quinquies*, primo comma, l. n. 241/1990 e smi.

[20] Cfr. artt. 146, quinto comma, e 167, quinto comma, d.lgs. n. 42/2004, "Codice dei beni culturali e del paesaggio".

Pertanto, si pone l'interrogativo relativo a quale possa essere la sorte di un parere di compatibilità paesaggistica tardivamente reso dalla soprintendenza, nel corso di una conferenza di servizi. La questione che si pone, quindi, è relativa all'applicazione e alla portata dell'istituto dell'assenso senza condizioni previsto dalla disciplina della conferenza di servizi. L'interrogativo non è di scarso rilievo. Esso nasce dalla mancanza di un adeguato coordinamento fra le norme del codice dei beni culturali, e le norme dettata in tema di conferenza di servizi, in particolare fra il d.lgs. n. 42/2004 e gli artt. 14 ss.

Preliminarmente, nell'ottica di definire l'obiettivo e i limiti dell'indagine, bisogna considerare operante l'istituto dell'assenso senza condizioni in tutte le ipotesi ulteriori rispetto al mero ritardo previste dal legislatore. Ragion per cui, il cuore della questione è rappresentato dai pareri tardivi emessi dalla soprintendenza. In particolare la *querelle* riguarda, da un lato, l'applicazione della normativa sull'assenso, la quale avrebbe come ulteriore conseguenza la impossibilità per la soprintendenza di pronunciarsi tardivamente, avendo il decorso del termine esaurito il potere dell'amministrazione; dall'altro, l'applicazione di una prassi giudiziaria che consentirebbe al parere tardivamente reso dalla soprintendenza di esplicare una efficacia vincolante ovvero una efficacia che imponga all'amministrazione procedente di esaminare il parere tardivo, ma di apprezzarlo liberamente, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali.

Per poter affrontare la problematica bisogna porre in via preliminare alcune questioni fondamentali. Un primo nodo da sciogliere attiene al valore del parere della soprintendenza reso in violazione dei termini previsti dal d.lgs. n. 42/2004. Altro interrogativo, invece, riguarda il valore della determinazione resa dalla soprintendenza in violazione dei termini previsti dalla disciplina della conferenza di servizi.

11. L'efficacia del parere della soprintendenza reso tardivamente in violazione dei termini di cui agli artt. 146 e 167: l'assetto normativo

Il primo problema da affrontare consiste nello stabilire il valore e l'efficacia del parere della soprintendenza reso in violazione dei termini previsti dagli artt. 146 e 167 del d.lgs. n. 42/2004.

La normativa in esame disciplina due ipotesi di autorizzazione paesaggistica, rispettivamente negli artt. 146 e 167, d.lgs. n. 42/2004 [21].

[21] Il Codice dei beni culturali e paesaggistici è stato più volte oggetto di modifiche e integrazioni, nel 2006, 2008, 2011, 2013, 2014 ecc.

L'art. 146, rubricato: "autorizzazione" disciplina l'autorizzazione paesaggistica. La disposizione, dopo aver imposto a tutti i soggetti proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili ed aree di interesse paesaggistico, di non distruggerli, né di apportare modifiche che pregiudichino i valori paesaggistici, disciplina il procedimento amministrativo necessario per conseguire l'autorizzazione paesaggistica. La norma, nel disciplinare il predetto procedimento, fissa vari termini, fra i quali vi sono quelli che concernono i termini entro i quali la soprintendenza deve esercitare il suo potere e che, ai fini del presente lavoro, sono gli unici che interessano in questa sede.

Il primo termine, fissato alla soprintendenza, è previsto dall'art. 146, quinto comma. Detta disposizione stabilisce che la regione si pronuncia sull'istanza di autorizzazione paesaggistica dopo aver acquisito il parere vincolante del soprintendente "*in relazione agli interventi da eseguirsi su immobili ed aree sottoposti a tutela dalla legge o in base alla legge, ai sensi del comma 1*". Appare opportuno evidenziare che non ha natura vincolante, ma "*natura obbligatoria non vincolante*" il parere che il soprintendente deve rendere "*all'esito dell'approvazione delle prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici tutelati, predisposte ai sensi degli articoli 140, comma 2, 141, comma 1, 141 bis e 143, comma 1, lettere b), c) e d), nonché della positiva verifica da parte del Ministero, su richiesta della regione interessata, dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici*" (art. 146, quinto comma).

Il parere sulla richiesta di autorizzazione deve essere reso, nel rispetto delle previsioni e delle prescrizioni del piano paesaggistico, "*entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti, decorsi i quali l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione*" [22].

L'art. 146, ottavo comma, stabilisce che "*il soprintendente rende il parere di cui al comma 5 (...) entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti*". Inoltre, l'art. 146, nono comma, precisa che "*decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione*" [23].

La questione verte sulla natura del termine di quarantacinque giorni entro il quale la soprintendenza deve rendere il suo parere.

---

[22] La disposizione in parola prevedeva originariamente che "*e, ove non sia reso entro il termine di novanta giorni dalla ricezione degli atti, si considera favorevole*". La norma è stata modificata nel senso del testo dall'art. 39, primo comma, lett. b), l. n. 98/2013.

[23] Il testo originario della norma (… quale …) era il seguente: "*in ogni caso, decorsi sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente, l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione*". Detta formulazione è stata modificata dall'art. 25, terzo comma, l. n. 164/2014.

L'art. 167, invece, è rubricato "*ordine di rimessione in pristino o di versamento di indennità pecuniaria*" e ha a oggetto una particolare ipotesi di autorizzazione in sanatoria, ammissibile in casi tassativamente stabiliti dal legislatore [24]. Anche in questa ipotesi, l'amministrazione competente si pronuncia, previa acquisizione del parere della soprintendenza.

Il parere della soprintendenza è vincolante e deve essere reso nel termine perentorio di novanta giorni (art. 167, quinto comma). L'art. 167, a differenza dell'art. 146, qualifica espressamente il termine in esame come perentorio. Questa particolarità connota diversamente l'esercizio tardivo del potere di pronunciarsi su di una istanza di autorizzazione paesaggistica.

12. *Segue*: gli orientamenti giurisprudenziali sul termine dell'art. 146

La violazione del termine, entro il quale rendere il parere paesaggistico, è stata oggetto di varie censure innanzi al giudice amministrativo, con le quali si è sostenuto che dall'inutile decorso di un termine certo dovrebbe scaturire che l'amministrazione perda il potere di determinarsi sulla questione, essendo intervenuta una ipotesi di decadenza dal potere. La questione si è presentata di particolare complessità non solo per la rilevanza degli interessi coinvolti, ma anche perché nel volgere di pochi anni le norme di riferimento sono mutate.

Invero, in presenza dell'apposizione di un termine all'esercizio del potere della Soprintendenza di esprimere un parere sull'istanza di autorizzazione paesaggistica, il problema della determinazione delle conseguenze, derivanti dalla sua violazione, vale a dire dall'emanazione di un parere tardivo, può essere risolto in astratto ipotizzando tre soluzioni.

La prima soluzione è quella che conferisce natura perentoria al termine, con conseguenti effetti decadenziali in caso di sua violazione. Tale soluzione implica che l'inutile decorso del termine provoca la consumazione o esaurimento del potere della soprintendenza e causa l'illegittimità per violazione di legge del parere tardivamente reso. Pertanto, la soprintendenza non potrebbe rendere alcun parere, vincolante o meno che sia, e il parere tardivamente reso sarebbe di conseguenza illegittimo.

La seconda soluzione è quella che conferisce al termine una funzione meramente ordinatoria e lo considera apposto solo al fine di stigmatizzare la necessità di concludere il procedimento nel predetto termine. Pertanto, il carattere meramente ordinatorio del termine non incide sulla sussistenza del potere della Soprin-

[24] Art. 167, quarto comma, d.lgs.

tendenza di emanare il parere paesaggistico, che una volta emesso conserva il suo carattere vincolante [25].

La terza soluzione è quella che privilegia posizioni intermedia, prevedendo che il decorso del termine non escluda la possibilità che l'organo statale renda comunque il parere in ordine alla compatibilità paesaggistica, ma privando il parere in parola del suo carattere di vincolatività e consentendo all'amministrazione, cui spetta l'adozione dell'atto finale, di valutarlo autonomamente e di determinarsi, anche prescindendo da esso, ma sulla scorta di adeguata motivazione [26].

La giurisprudenza ha affrontato il problema prospettando, nel corso del tempo, soluzioni diverse anche a causa del mutare della disciplina legislativa.

In diverse pronunce si attribuisce natura decadenziale al termine di cui all'art. 146 d.lgs. n. 42/2004. La predetta qualificazione giuridica si rinviene nella parte motiva delle sentenze, spesso senza trarre da essa tutte le dovute implicazioni [27].

Fra le prime prese di posizioni sul tema, va richiamato quell'orientamento giurisprudenziale [28], secondo il quale la violazione del termine, previsto dall'art. 146, determina che il parere reso tardivamente è privo dell'efficacia attribuitagli dalla legge e cioè privo di valenza obbligatoria e vincolante [29]. Secondo la giurisprudenza, il parere degrada a parere non vincolante e l'amministrazione procedente deve valutarlo e decidere, anche discostandosene, previa idonea motivazione [30].

Secondo la predetta giurisprudenza [31], il parere della soprintendenza reso in violazione dei termini previsti dagli artt. 146, quinto e ottavo comma, d.lgs. n. 42/2004, è valido ed efficace. Detta giurisprudenza sostiene che, "*nonostante il decorso del termine, il potere della soprintendenza continua a sussistere, ma l'interessato può proporre ricorso al giudice ammnistrativo, per contestare l'illegittimo silenzio inadempimento: la perentorietà del termine riguarda non la sussistenza del potere o la legittimità del parere, ma l'obbligo di concludere la fase del procedimento*".

I giudici di Palazzo Spada hanno motivato ulteriormente la tesi, affermando che in realtà le norme in esame, contenute nel codice dei beni culturali e del pae-

---

[25] Si vedano T.a.r. Campania, sez. VI, 26.4.2022, n. 2826; T.a.r. Campania, Salerno, sez. III, 3.6.2022, n. 1535.

[26] Si vedano T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 25.3.2021, n. 759; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 4.1.2023, n. 12; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 11.1.2023, n. 48; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 11.1.2023, n. 49.

[27] T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 5.7.2017, n. 360.

[28] Cons. Stato, sez. VI, n. 1561/2013.

[29] Cons. Stato, sez. VI, n. 1561/2013.

[30] T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 18.12.2014, n. 474; T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 29.6.2015, n. 501; Cons. Stato, sez. VI, 27.4.2015, n. 2136; T.a.r. Sardegna, sez. II, 20.1.2016, n. 41; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 9.11.2017 n. 1594.

[31] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18.2.2013, n. 4656; Cons. Stato, sez. VI, n. 4914/2013.

saggio, siano norme "*minus quam perfectae*", non avendo il codice "*determinato né la perdita del relativo potere, né alcuna ipotesi di silenzio qualificato o significativo*" nel caso di superamento dei termini in questione.

La giurisprudenza successiva [32], nel solco tracciato dalla sent. n. 1561/2013, ha elaborato ulteriormente la tesi secondo la quale al parere tardivo della soprintendenza non può negarsi una efficacia, seppur particolare.

Si sostiene, inoltre, che il legislatore ha inteso individuare un punto di equilibro tra due distinte esigenze: da un lato, la necessità di assicurare una tutela piena a un interesse di rilievo costituzionale quale appunto la tutela del paesaggio, attribuendo particolari poteri a determinati organi statali; dall'altro, l'esigenza, anch'essa di rilievo costituzionale, di garantire e tutelare la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici, consentendo un libero e pieno esercizio dei poteri entro un termine congruo, ma comunque non superabile [33].

Un orientamento giurisprudenziale, così, giunge ad asserire la necessità che il potere della Soprintendenza debba esaurirsi entro il termine previsto dal legislatore, pertanto un eventuale parere tardivo resta privo dell'effetto vincolante. La giurisprudenza, tuttavia, consente la possibilità che la soprintendenza possa rendere tardivamente il parere in favore dell'amministrazione procedente, la quale potrebbe valutarlo in modo adeguato.

Nel condividere la terza soluzione, i giudici di palazzo spada motivano detto orientamento ricorrendo proprio al dettato dell'art. 146, nono comma, primo periodo, (oggi modificato) secondo cui "*decorso inutilmente il termine di cui al primo periodo del comma 8 senza che il soprintendente abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente può indire una conferenza di servizi, alla quale il soprintendente partecipa o fa pervenire parere scritto*".

Dalla possibilità di indizione di una "speciale" conferenza di servizi per superare l'*empasse* del mancato parere di compatibilità paesaggistica, i giudici ritennero che l'organo statale non potesse considerarsi privato della possibilità di rendere un parere (laddove era previsto proprio dalla norma nell'ambito della successiva conferenza di servizi), tuttavia il parere in tal modo espresso perdeva il proprio valore vincolante, consentendo all'amministrazione preposta al rilascio del titolo di valutarlo autonomamente. Infatti, continuano i giudici, "*nel corso di una prima fase, per così dire fisiologica, l'organo statale può nella pienezza dei suoi poteri … emanare un parere vincolante dal quale l'amministrazione deputata all'adozione dell'autorizzazione non potrà discostarsi. Una volta decorso inutilmente il*

[32] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 2136/2015; Cons. Stato, sez. VI, n. 4927/2015; Cons. Stato, sez. VI, n. 3179/2016. Dette sentenze sono richiamate in numerose pronunce successive del Consiglio di Stato in argomento. Vedi, una per tutte, Cons. Stato, sez. VI, n. 2934/2018.

[33] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 2136/2015; Cons. Stato, sez. VI, n. 4927/2015; Cons. Stato, sez. VI, n. 3179/2016.

richiamato termine senza che la Soprintendenza abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione procedente può indire una conferenza di servizi nel cui ambito l'organo statale, pur se non privato in assoluto del potere di esprimersi, potrà soltanto emanare un parere che l'amministrazione procedente avrà l'onere di valutare in modo autonomo. Laddove poi l'inerzia della soprintendenza si protragga ulteriormente oltre il termine di sessanta giorni da quello della ricezione della documentazione completa, 'l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione'".

Così facendo il legislatore rende chiaro che l'ulteriore, ingiustificabile decorso del tempo legittima l'amministrazione competente all'adozione dell'autorizzazione prescindendo in radice dal parere della soprintendenza (il quale, evidentemente, viene a perdere il proprio carattere di obbligatorietà e vincolatività) [34].

L'orientamento in esame è frutto della elaborazione del giudice amministrativo, il quale giustificava la possibilità per la Soprintendenza di emanare un parere tardivo, seppur non vincolante, richiamando la possibilità, prevista allora dal legislatore [35], che la soprintendenza esprima detto parere nel corso della conferenza di

---

[34] Queste motivazioni sono state ripetute in maniera pressoché identica nelle citate sentenze del Consiglio di Stato; Cfr. sul punto Cons. Stato, sez. VI, n. 2136/2015; Cons. Stato, sez. VI, n. 4927/2015; Cons. Stato, sez. VI, n. 3179/2016. La giurisprudenza, nella richiamata sent. n. 3179/2016, ha specificato che l'orientamento in esame è analogicamente valevole anche per la fattispecie del parere della soprintendenza reso in materia di accertamento postumo della compatibilità paesaggistica di cui all'art. 167, d.lgs. n. 42/2004.

[35] La formulazione originaria dell'art. 146, nono comma, d.lgs. n. 42/2004, prevedeva: "*Decorso inutilmente il termine indicato al comma 8, è data facoltà agli interessati di richiedere l'autorizzazione alla regione, che provvede anche mediante un commissario ad acta entro il termine di sessanta giorni dalla data di ricevimento della richiesta. Qualora venga ritenuto necessario acquisire documentazione ulteriore o effettuare accertamenti, il termine è sospeso per una sola volta fino alla data di ricezione della documentazione richiesta ovvero fino alla data di effettuazione degli accertamenti laddove la regione non abbia affidato agli enti locali la competenza al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, la richiesta di rilascio in via sostitutiva è presentata alla competente soprintendenza*".

Con il d.lgs. n. 63/2008 viene ulteriormente modificato l'art. 146, al nono comma viene introdotta la possibilità di indizione di una conferenza di servizi per ovviare al "silenzio" della soprintendenza. L'art. 2 del predetto d.lgs. sostituisce il precedente art. 146, nono comma, d.lgs. n. 42/2004, con il seguente: "*Decorso inutilmente il termine di cui al primo periodo del comma 8 senza che il soprintendente abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente può indire una conferenza di servizi, alla quale il soprintendente partecipa o fa pervenire il parere scritto. La conferenza si pronuncia entro il termine perentorio di quindici giorni. In ogni caso, decorsi sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente, l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione. Con regolamento da emanarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro il 31 dicembre 2008, su proposta del Ministro d'intesa con la Conferenza unificata, salvo quanto previsto dall'articolo 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono stabilite procedure semplificate per il rilascio dell'autorizzazione in relazione ad interventi di lieve entità in base a criteri di snellimento e concentrazione dei procedimenti, ferme, comunque, le esclusioni di cui agli articoli 19, comma 1 e 20, comma 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni*".

servizi (costituita proprio per giungere all'autorizzazione paesaggistica). Si ammetteva, quindi, che il parere tardivo della Soprintendenza potesse avere un'efficacia, seppur non vincolante, proprio perché la legge prevedeva la possibilità che la soprintendenza ne emanasse uno ulteriore nel corso dello svolgimento della conferenza di servizi ad hoc convocata. Salvo poi ritenere totalmente decaduta dal potere la Soprintendenza nel momento in cui non si emanava alcun parere decorsi sessanta dalla ricezione degli atti ad opera della soprintendenza. In questo caso l'amministrazione competente poteva provvedere direttamente sulla domanda di autorizzazione.

Orbene, in questo quadro, la legge consentiva alla soprintendenza di emanare un provvedimento tardivo, seppur nell'ambito della conferenza di servizi.

Con l'art. 25, terzo comma, l. n. 164/2014, il legislatore ha soppresso i primi due periodi dell'art. 146, nono comma, d.lgs. n. 42/2004, sostituendoli con l'inciso: "*Decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione*".

Il legislatore rimeditando la disciplina in esame nell'ottica di una maggiore rapidità ed effettività della stessa, ha eliminato la fase intermedia, che consentiva l'indizione di una conferenza di servizi, attribuendo direttamente all'amministrazione competente la possibilità di emanare l'autorizzazione paesaggistica.

La nuova disciplina, risultante dalla lettura complessiva dell'art. 146, e in particolare dal quinto, ottavo e nono comma, individua due termini distinti. Un primo termine, previsto dall'ottavo comma, con valenza meramente ordinatoria, impone alla soprintendenza di pronunciarsi nel termine di quarantacinque giorni. Decorso questo termine il parere della soprintendenza può essere emanato, ma non possiede efficacia vincolante.

Il nono comma, poi, prevede che decorsi ulteriori quindici giorni [36], l'amministrazione competente possa comunque provvedere sulla domanda di autorizzazione.

In tal modo, quest'ulteriore termine ha una valenza perentoria nei confronti della soprintendenza, determinando la decadenza dal potere di esprimersi in sede di valutazione di compatibilità ambientale.

13. *Segue*: gli orientamenti giurisprudenziali sul termine dell'art. 167

Secondo un primo orientamento del giudice amministrativo, il parere reso tardivamente dalla sovraintendenza, nell'ambito del procedimento volto a conseguì-

[36] La norma prevede sessanta dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente.

re l'accertamento di compatibilità paesaggistica di interventi realizzati in assenza del previo conseguimento dell'autorizzazione paesaggistica, esplica efficacia, imponendo all'amministrazione decidente di attenersi al parere vincolante.

Infatti, secondo un orientamento del giudice amministrativo, "*qualora non sia rispettato il termine di novanta giorni stabilito dall'art. 167, comma 5, del codice del paesaggio, il potere dell'amministrazione continua a sussistere (tanto che uno suo parere tardivo resta comunque disciplinato dal medesimo comma 5), ma l'interessato può proporre ricorso al giudice amministrativo per contestare l'illegittimo silenzio-inadempimento dell'organo statale: la perentorietà del termine riguarda non la sussistenza del potere, ma l'obbligo di concludere la fase del procedimento (obbligo che, se rimasto inadempiuto, può essere dichiarato sussistente dal giudice, con le relative conseguenze sulle spese del giudizio derivato dall'inerzia del funzionario)*" [37].

L'amministrazione preposta alla gestione del vincolo potrebbe prescindere dal parere e decidere anche in sua assenza [38].

Secondo la tesi in esame, il termine di 90 giorni avrebbe il limitato effetto di consentire all'interessato di proporre ricorso avverso l'inerzia della soprintendenza, ai sensi dell'art. 117 c.p.a.

Appare opportuno evidenziare che nella sentenza che ha dato vita all'orientamento succitato, vale a dire nella sentenza del Cons. Stato, sez. VI, n. 4656/2013, con un classico obiter dictum, il giudice si è pronunciato anche sul valore e sul l'efficacia del parere tardivo reso ai sensi dell'art. 146, quinto comma. La predetta questione non era oggetto del giudizio. Ciò nonostante, nella succitata pronuncia si afferma "*nel caso di superamento del medesimo termine (e così come avviene nel caso di superamento del termine di centottanta giorni, fissato dal medesimo art. 167, comma 5, per la conclusione del procedimento, nonché nel caso di superamento di quello di quaranta giorni, fissato dall'art. 146, comma 5), il codice non ha determinato né la perdita del relativo potere, né alcuna ipotesi di silenzio qualificato o significativo*" [39].

Il riferimento, benché del tutto superfluo, all'art. 146 dimostra che il giudice amministrativo era propenso a conferire al parere tardivo della soprintendenza efficacia vincolante.

È particolarmente significativo il fatto che l'efficacia vincolante al parere reso tardivamente veniva riconosciuto anche al parere reso in violazione del termine posto dall'art. 167, quinto comma, espressamente qualificato come perentorio dal legislatore.

---

[37] Cons. Stato, sez. VI, 18.2.2013, n. 4656.

[38] In termini, T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, n. 252/2014; T.a.r. Friuli Venezia Giulia, n. 162/2017.

[39] Cons. Stato, sez. VI, 18.2.2013, n. 4656.

In termini, si esprime anche la sentenza del Cons. Stato, sez. VI, n. 4914/2013. Invero, il giudice amministrativo approda alle medesime conclusioni alle quali era giunto già con la sentenza del Cons. Stato, sez. VI, n. 4656/2013, riproducendone sostanzialmente la motivazione. La particolarità della sentenza n. 4914/2013, rispetto a quella n. 4656/2013, è rappresentata dal fatto che la prima [40] si pronuncia sull'autorizzazione prevista dall'art. 146, e l'obiter dictum investe l'autorizzazione disciplinata dall'art. 167; invece, la seconda sentenza ha a oggetto l'autorizzazione prevista dall'art. 167, e l'*obiter dictum* investe l'autorizzazione disciplinata dall'art. 146.

La tendenza a svalutare la natura perentoria del termine, stabilito per l'emanazione del parere paesaggistico, conduce il giudice amministrativo a travolgere anche la natura perentoria del termine (di centottanta giorni) entro il quale l'autorità preposta alla gestione del vincolo deve pronunciarsi. Invero, il giudice amministrativo, che pure aveva riconosciuto la perentorietà del termine di conclusione del procedimento, sostiene in alcune sentenze che sia la violazione del termine di rilascio del parere, sia la violazione del termine di conclusione del procedimento, non determinano la illegittimità degli atti tardivamente emessi, ma solo la perdita del loro carattere vincolante [41]. Orbene, ha una sua logica – per quanto discutibile – ricollegare alla tardività del parere il venir meno della sua efficacia vincolante.

Tuttavia, non ha alcun significato ed è del tutto illogico sostenere un'analoga tesi per il provvedimento di accertamento di compatibilità paesaggistica emanato tardivamente, perché quest'ultimo se viene privato della sua efficacia vincolante non ha la possibilità di produrre alcun effetto. Infatti, esso è atto finale del procedimento relativo e non atto endoprocedimentale come il parere paesaggistico, reso dalla soprintendenza. In altri termini, la tesi in esame priva di ogni significato la qualificazione legislativa come perentorio del termine di emanazione del provvedimento di competenza dell'amministrazione preposta alla gestione del vincolo.

In ogni caso, al di là delle evidenti illogicità delle predette pronunce, la tesi in esame non può essere condivisa soprattutto ove si consideri che anche il potere amministrativo di pronunciarsi sulla compatibilità paesaggistica di un intervento oggetto di un'istanza di autorizzazione paesaggistica o di accertamento in sanatoria, costituisce una situazione giuridica soggettiva. Quando il legislatore stabilisce un termine entro il quale esercitare una situazione giuridica soggettiva, soprattutto se tale termine viene qualificato come perentorio, sottopone l'esercizio della situazione giuridica soggettiva stessa a un termine di decadenza, oltre il quale essa non può più essere esercitata.

---

[40] Cons. Stato, sez. VI, n. 4914/2013.

[41] Si vedano, sul punto, T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, n. 468/2015; Cons. Stato, sez. VI, 9.8.2016, n. 3561; Cons. Stato, sez. VI, 24.7.2017, n. 3656; Cons. Stato, sez. VI, 12.9.2017, n. 4316; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 21.5.2018, n. 3305.

Uno dei profili di criticità più gravi della tesi in esame consiste nel fatto di obliterare la radicale differenza che esiste fra il potere di pronunciarsi sull'istanza di autorizzazione paesaggistica, ai sensi dell'art. 146, e il potere di pronunciarsi sulla compatibilità paesaggistica degli interventi oggetto di istanza di sanatoria, ai sensi dell'art. 167. La diversità intercorrente fra le due situazioni giuridiche soggettive è rimarcata dal fatto che nella seconda ipotesi, a differenza della prima, il termine di esercizio del relativo potere è soggetto al termine perentorio.

Non è un caso che la decisione del giudice amministrativo in parola si fondi su di una mera petizione di principio, senza riuscire ad indicare un appiglio normativo volto a giustificare la sua tesi. Non è un caso che il tentativo, compiuto nella sentenza in esame, di indicare un riferimento normativo a supporto della tesi prospettata, si dimostra del tutto infondato. Si veda a tal proposito la locuzione presente nella sentenza impugnata "*il potere dell'amministrazione continua a sussistere (tanto che uno suo parere tardivo resta comunque disciplinato dal medesimo comma 5)*". Nell'art. 167, quinto comma, non c'è alcun riferimento al parere tardivo che consenta di ritenere che esso esplichi la stessa efficacia del parere reso tempestivamente.

14. Efficacia del parere tardivo della soprintendenza reso nel corso di una conferenza di servizi

Da quanto precede appare possibile sostenere che il parere tardivo della soprintendenza, emanato in violazione del termine di sessanta giorni individuato dall'art. 146, nono comma, d.lgs. n. 42/2004, è un parere illegittimo che non può dispiegare alcuna efficacia.

Occorre soffermarsi sul parere tardivo della soprintendenza, espresso in sede di conferenza di servizi, di cui all'art. 14 ss., l. n. 241/1990.

La questione attiene, essenzialmente, al rapporto tra i termini previsti nel d.lgs. n. 42/2004 e i termini previsti dagli artt. 14 ss., l. n. 241/1990, in relazione alla possibilità che il parere tardivo della soprintendenza, che interviene in un lasso di tempo che va dai quarantacinque ai sessanta giorni, possa o debba comunque essere valutato dall'amministrazione procedente in sede di conferenza di servizi.

La disciplina della conferenza di servizi prevede che qualora sia decorso il termine (massimo) di 45 giorni, la determinazione tardiva venga considerata come un assenso senza condizioni.

Si determina quindi un contrasto tra due discipline, da un lato la normativa di settore prevista dal codice dei beni culturali e paesaggistici e dall'altro la disciplina della conferenza di servizi di cui alla l. n. 241/1990. Astrattamente questo contrasto si potrebbe risolvere, ricorrendo al criterio della specialità, secondo cui la

norma speciale prevale su quella generale, con la soccombenza della disciplina sull'assenso senza condizioni in funzione del mantenimento dell'efficacia (seppur non vincolante) del parere tardivo della soprintendenza.

A sostegno di questa tesi, si potrebbe affermare che il legislatore nella disciplina della conferenza di servizi non ha tenuto conto di valori, di rilevanza costituzionale, come il paesaggio, i beni culturali ecc. ecc., e quindi a ragione dovrebbe negarsi l'applicazione dell'assenso senza condizioni. Questa tesi è quella sostenuta da una parte della giurisprudenza, secondo la quale il parere tardivo della soprintendenza esplica efficacia anche al di fuori dei casi poc'anzi esaminati.

Il rischio, però, è di incorrere in un errore interpretativo, perché non si può non attribuire all'attuale disciplina della conferenza di servizi carattere generale e speciale allo stesso tempo. Nella valutazione dei diversi interessi, il legislatore agli artt. 14 ss., l. n. 241/1990, ha tenuto in grande rilievo interessi costituzionalmente tutelati quali la tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali, la tutela della salute dei cittadini. Sia nella conferenza che si svolge in forma semplificata, sia nella conferenza simultanea, qualora l'oggetto della conferenza riguardi la tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali, la tutela della salute dei cittadini, i termini di conclusione della conferenza sono portati a novanta giorni. Detto termine è ben più ampio di quello previsto dalla normativa di cui al codice dei beni culturali e del paesaggio. Non può negarsi l'attenzione del legislatore agli interessi e valori in esame.

Si deve pertanto giungere alla conclusione che qualora il parere della soprintendenza debba essere reso in sede di conferenza di servizi, il contrasto tra discipline (e termini) non può non determinare il mantenimento della disciplina della conferenza di servizi, a discapito della disciplina degli artt. 146 e 167, d.lgs. n. 42/2004.

Da quanto precede deriva che non può negarsi l'operatività della disciplina sull'assenso senza condizioni nelle ipotesi di pareri tardivamente resi dalla soprintendenza.

A sostegno di questa tesi è agevole osservare che, la nuova disciplina della conferenza di servizi, in tema di assenso senza condizioni, al fine di assicurare l'efficacia e l'effettività dell'istituto in esame, prevede per ipotesi eterogenee la medesima soluzione. La disciplina in esame considera in egual modo l'ipotesi in cui la soprintendenza, pur partecipando attivamente alla conferenza, si determini tardivamente e l'ipotesi in cui la soprintendenza non abbia proprio partecipato ad alcuna riunione.

Ammettere l'efficacia, per quanto non vincolante, del parere tardivamente reso dalla soprintendenza nelle ipotesi predette comporterebbe, tra l'altro, il rischio di ammettere tale soluzione anche quando l'amministrazione non abbia partecipato ad alcuna riunione, ma si sia determinata successivamente. Una tale soluzione non può essere condivisa.

15. Il potere dell'amministrazione di rideterminarsi: la conferenza convocata in caso di esercizio del potere di autotutela

Occorre soffermarsi sulle due ipotesi di rideterminazione dell'amministrazione, effettuate in caso di autotutela d'ufficio e in caso di autotutela su istanza di parte.

L'art. 14-*quater* disciplina, tra l'altro, l'esercizio del potere di autotutela in sede di conferenza di servizi. Il secondo comma, in particolare prevede che: "*Le amministrazioni i cui atti sono sostituiti dalla determinazione motivata di conclusione della conferenza possono sollecitare con congrua motivazione l'amministrazione procedente ad assumere, previa indizione di una nuova conferenza, determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'articolo 21-nonies. Possono altresì sollecitarla, purché abbiano partecipato, anche per il tramite del rappresentante di cui ai commi 4 e 5 dell'articolo 14-ter, alla conferenza di servizi o si siano espresse nei termini, ad assumere determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'articolo 21-quinquies*".

Dalla lettura del comma emergono con chiarezza una serie di peculiarità che il legislatore ha posto nell'esercizio del potere di autotutela.

L'art 14-*quater*, secondo comma, disciplina l'esercizio del potere di autotutela in sede di conferenza di servizi, stabilendo che "*le amministrazioni (...) possono sollecitare (...) l'amministrazione procedente ad assumere, previa indizione di una nuova conferenza, determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'art 21-nonies*".

Con tale disciplina, il legislatore preclude la possibilità di riesercitare i poteri alle amministrazioni, che hanno partecipato alla conferenza di servizi. Con questa norma il legislatore, vietando il riesercizio autonomo del potere, implicitamente afferma che un eventuale atto di annullamento in autotutela, che incide sulla determinazione espressa in sede di conferenza di servizi e che sia esercitato autonomamente dall'amministrazione partecipante, quindi senza l'indizione di una nuova conferenza, sia assolutamente illegittimo.

Affinché l'amministrazione possa intervenire, in via di autotutela, sui provvedimenti già adottati in sede di conferenza di servizi è necessario che convochi una nuova conferenza di sevizi, indetta dall'amministrazione procedente, alla quale dovranno partecipare tutte le amministrazioni che hanno contribuito alla determinazione che si intende sottoporre ai poteri di autotutela.

La predetta disciplina si spiega considerando che la determinazione conclusiva della conferenza è frutto dell'analisi contestuale delle diverse posizioni di cui ciascuna amministrazione è portatrice. Una riedizione di detto "potere", per poter avere la stessa intensità della valutazione delle diverse posizioni, determinata appunto dall'analisi contestuale, necessita delle stesse modalità procedimentali con cui si è provveduto in "primo grado".

Nella seconda parte dell'art. 14-*quater*, secondo comma, il legislatore disciplina l'ipotesi della revoca di cui all'art. 21-*quinquies*. "*Possono altresì sollecitarla, purché abbiano partecipato, anche per il tramite del rappresentante di cui ai commi 4 e 5 dell'articolo 14-ter, alla conferenza di servizi o si siano espresse nei termini, ad assumere determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'articolo 21-quinquies*".

Questa distinzione tra prima parte, dedicata all'annullamento, e seconda parte, dedicata alla revoca, induce a ritenere che il legislatore non abbia voluto disciplinare in maniera uniforme l'esercizio in sede di conferenza di servizi delle due fattispecie.

Dalla lettura della norma emerge che nella seconda parte si richiama alle modalità procedimentali necessarie per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, quindi le considerazioni poc'anzi svolte in tema di indizione di una nuova conferenza per l'esercizio del potere di annullamento in autotutela, trovano applicazione anche nell'ipotesi di revoca di cui all'art. 21-*quinquies*.

Tuttavia, balza all'occhio la specificazione di alcuni presupposti che consentono la sollecitazione dell'indizione di una conferenza in autotutela.

Occorre a questo punto fare un passo indietro e soffermarsi sulla disposizione contenuta nel primo rigo dell'art. 14-*quinquies*, secondo comma, al fine di stabilire quali amministrazioni possono sollecitare l'esercizio di poteri di autotutela.

Nella prima parte dell'art 14-*quater*, secondo comma, il legislatore prevede che possono sollecitare l'indizione di una conferenza di autotutela "*Le amministrazioni i cui atti sono sostituiti dalla determinazione motivata di conclusione della conferenza*".

Occorre precisare cosa si intende per atti sostituiti dalla determinazione conclusiva. Considerando un iter fisiologico della conferenza di servizi, caratterizzato dal corretto apporto di tutte le amministrazioni, è chiaro che il potere di sollecitare l'indizione di una conferenza in autotutela spetti a tutte le amministrazioni. Più complessa è l'ipotesi patologica, caratterizzata dalla presenza di vizi che determinano la produzione dell'assenso senza condizioni.

Pertanto, il primo dubbio, che va risolto positivamente, attiene alla possibilità dell'amministrazione – la cui determinazione sia un assenso senza condizioni dovuto a un ritardo o un vizio nella partecipazione – di sollecitare l'indizione della conferenza in autotutela.

Dalla lettura in combinato disposto dell'art. 14-*quater*, primo comma, e delle norme che determinano l'effetto dell'assenso senza condizioni, emerge che la sollecitazione dell'indizione di una conferenza di servizi per l'esercizio dei poteri di autotutela, limitatamente ed esclusivamente all'ipotesi di annullamento d'ufficio di cui all'art. 21-*nonies*, è sempre consentita a tutte le amministrazioni che abbiano partecipato o abbiano dovuto partecipare alla conferenza la cui determinazione si intende annullare in autotutela.

Invece, un discorso più complesso richiede la revoca di cui all'art. 21-*quinquies*. La seconda parte dell'art 14-*quater*, secondo comma, infatti, prevede degli ulteriori sbarramenti alla facoltà di sollecitare l'attivazione dei poteri di autotutela. In particolare, viene posto un ulteriore presupposto nell'ipotesi di conferenza simultanea e viene previsto un ulteriore presupposto nell'ipotesi di conferenza semplificata.

Affinché sia possibile sollecitare la nuova conferenza in autotutela, nell'ipotesi di conferenza simultanea è necessario che l'amministrazione abbia partecipato, tramite il proprio rappresentante, alle riunioni della conferenza. Si esclude automaticamente la possibilità, per l'amministrazione che non abbia partecipato alle riunioni, di chiedere la revoca della determinazione di assenso senza condizioni. Tuttavia, la stessa amministrazione potrà sollecitare la conferenza per l'annullamento d'ufficio, nulla prevedendo la prima parte dell'art 14-*quater*, secondo comma.

Nell'ipotesi di conferenza semplificata, invece, per poter sollecitare la nuova conferenza con funzione di autotutela, la norma richiede che le amministrazioni si siano espresse nei termini. L'amministrazione determinatasi tardivamente, il cui apporto in conferenza è un assenso senza condizioni, non potrà sollecitare l'indizione di una conferenza in autotutela per la revoca della propria determinazione, ben potendo, però, al pari dell'ipotesi poc'anzi analizzata, sollecitare una conferenza per l'annullamento della propria determinazione.

Emerge quindi una diversità nella disciplina dell'annullamento d'ufficio e in quella della revoca nell'ambito della conferenza di servizi.

Capitolo Settimo

Il diritto di accesso

CARMENCITA GUACCI

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il principio di trasparenza amministrativa e il diritto di accesso. – 2. La multiforme tipologia del diritto di accesso. – 3. L'accesso documentale. – 4. La natura giuridica del diritto di accesso. – 5. L'oggetto del diritto di accesso. – 6. I soggetti legittimati all'accesso. – 6.1. I soggetti portatori di interessi diffusi e l'accesso. – 7. I controinteressati. – 8. I soggetti obbligati a consentire l'accesso. – 8.1. L'accesso agli atti dei gestori di servizi pubblici. – 9. I limiti al diritto di accesso. – 10. L'accesso difensivo. – 11. Il procedimento per l'accesso ai documenti. – 12. Le autorità poste a presidio del diritto di accesso. – 13. La tutela amministrativa. – 14. La tutela giurisdizionale. – 15. I rapporti tra diritto di accesso e tutela della riservatezza. – 16. L'accesso civico e generalizzato: rapporti con l'accesso documentale. – 16.1. Esclusioni e limiti.

1. Introduzione. Il principio di trasparenza amministrativa e il diritto di accesso

La lunga marcia del processo evolutivo della trasparenza nel nostro ordinamento è stata molto lenta, ma in qualche modo continua. Proprio l'introduzione delle norme in materia di accesso ai documenti amministrativi, di cui al capo V della l. n. 241/1990 (artt. 22 ss.), ha segnato il passaggio da un sistema incentrato sul principio di segretezza [1] a un sistema basato su principi di pubblicità e trasparenza.

[1] La norma cardine del precedente sistema era rappresentata, infatti, dall'art. 15 del d.p.r. 10.1.1957, n. 3 (Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato), rubricato "*Segreto d'ufficio*" e così disponeva: "*L'impiegato deve mantenere il segreto d'ufficio e non può dare a chi non ne abbia diritto, anche se non si tratti di atti segreti, informazioni o comunicazioni relative a provvedimenti od operazioni amministrative di qualsiasi natura ed a notizie delle quali sia venuto a conoscenza a causa del suo ufficio, quando possa derivarne danno per l'Amministrazione o per i terzi. Nell'ambito delle proprie attribuzioni, l'impiegato preposto ad un ufficio rilascia, a chi ne abbia interesse, copie ed estratti di atti e documenti di ufficio nei casi non vietati dalle leggi, dai regolamenti o dal capo del servizio*".

Quello che emergeva in passato era, infatti un ordinamento legato al segreto, in cui all'esterno appariva il provvedimento, ma sussisteva poi un cono d'ombra sul procedimento.

L'art. 1 della l. n. 241/1990, al primo comma, nella sua attuale formulazione, sancisce che "*l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario*". La legge sul procedimento amministrativo ha significato moltissimo, anche se la parola trasparenza, in verità, viene aggiunta, alla formulazione normativa, successivamente, in particolare con la riforma della l. n. 15/2005, di cui di seguito si tratterà; tuttavia, la trasparenza esisteva già sin dalla nascita della legge e ne impregnava i contenuti attraverso la previsione di una molteplicità di istituti. L'accesso di cui all'art. 22 della l. n. 241/1990 in realtà non è vera e propria trasparenza, nel senso che il valore tutelato non è tanto la conoscenza degli atti, quanto la tutela del privato dal momento che, attraverso la salvaguardia del valore giuridico della "trasparenza", si realizza l'efficienza dell'amministrazione e, al contempo, la garanzia del privato e la "legalità" dell'ordinamento nel suo insieme"; si tratta, cioè, di un c.d. accesso di garanzia, volto a tutelare la posizione individuale del soggetto nei confronti della P.A.

Sin dai tempi della prima attuazione della l. n. 241/1990, la trasparenza italiana consentiva quindi di coniugare garanzie ed efficienza nello svolgimento dell'azione amministrativa. Il mondo era però effettivamente molto più avanti, basti pensare che Lyndon Johnson durante la guerra del Vietnam per risollevare la sua popolarità molto bassa fece approvare il *Freedom of Information Act*, cioè un atto con il quale i cittadini americani potevano avere accesso ai documenti dell'amministrazione. L'idea di fondo è che in realtà i documenti dell'amministrazione non siano patrimonio esclusivo della stessa, ma piuttosto della collettività dei cittadini, costituendo un bene immateriale del cui diritto reale sono titolari i cittadini; l'amministrazione li detiene solamente. L'America è poi andata ancor più avanti, fino a parlare, con l'amministrazione Obama, di *open government* e *open data*, ovvero della possibilità di accedere a questi dati e di divulgarli.

Il passaggio del tempo ha reso molto più facile la conoscenza degli atti, anche grazie all'influenza della "Convenzione di Aarhus" [2], che garantisce, al fine di tu-

[2] "*Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale*". La Convenzione, sottoscritta dalla Comunità europea e dai suoi Stati membri nel 1998, entra in vigore dal 30.10.2001. Con la Decisione 2005/370/CE del Consiglio (17.2.2005), il Consiglio dell'Unione Europea approva a nome della Comunità la Convenzione. Nel 2003, gli Stati membri dell'UE adottano la Direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale e i paesi dell'UE erano tenuti a integrarla nella legislazione nazionale entro il 14.2.2005. La citata Direttiva comunitaria 2003/4/CE, a seguito della ratifica della Convenzione di Aarhus del 25.6.1998, ha abrogato la precedente Direttiva 90/313/CEE

telare il diritto di ogni persona a vivere in un ambiente salubre, "*il diritto di accesso alle informazioni, di partecipazione del pubblico ai processi decisionali e di accesso alla giustizia in materia ambientale*"[3]. Nel 2003, gli Stati membri dell'UE adottarono la Direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale e poi, in ambito nazionale, al fine di attuare la Direttiva, viene emanato il d.lgs. n. 195/2005[4]; l'ambito applicativo del decreto, però, risulta molto più ampio rispetto a quanto previsto dall'art. 22 della l. n. 241/1990.

In specie, rispetto alle norme generali dettate in materia di accesso ai documenti amministrativi, la disciplina dettata dal d.lgs. n. 195/2005 estende sia l'ambito soggettivo che quello oggettivo dell'accesso, introducendo sostanzialmente un nuovo concetto di:

– soggetto attivamente legittimato;
– oggetto del diritto di accesso.

In altri termini, nell'ordinamento viene riconosciuto un vero e proprio diritto soggettivo di accesso in materia ambientale.

In realtà la trasparenza, fino a una certa fase, non è stata un valore in sé ma è stata un valore strumentale a perseguire un altro valore. Con la l. n. 241/1990, la trasparenza, come detto, è stata utilizzata per assicurare una tutela procedimentale e dunque, la caratteristica dell'accesso individuale, come inteso dalla l. n. 241/1990, è il fatto che non consiste in una forma di controllo sociale, ma è finalizzato alla tutela di un interesse specifico dei richiedenti.

Anche successivamente, con il d.lgs. n. 150/2009[5], la trasparenza viene finalizzata ad assicurare il controllo sull'uso delle risorse pubbliche e sulle prestazioni dei dirigenti; quindi, il valore strumentale è l'efficienza dell'amministrazione, ma non la trasparenza come valore in sé.

Di trasparenza si ricomincia a parlare con la l. n. 190/2012, e anche questa legge non è finalizzata a tutelare la trasparenza, ma è rivolta a combattere la corruzione.

---

attuata dal d.lgs. 24.2.1997, n. 39, ed ha introdotto alle informazioni ambientali contenute in atti prodotti dalla Pubblica Amministrazione. Successivamente, nel 2006, l'Unione europea adotta il regolamento (CE) n. 1367/2006 che impone alle istituzioni e agli organi comunitari l'attuazione degli obblighi contenuti nella Convenzione di Aarhus.

[3] Così l'art. 1 ("*Finalità*") della Convenzione. Il concetto di 'informazione ambientale' è inteso in un senso estremamente ampio, trattandosi di "*qualsiasi informazione disponibile in forma scritta, visiva, sonora, elettronica o in qualunque altra forma materiale*".

[4] D.lgs. 19.8.2005, n. 195 ("*Attuazione della Direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale*"). In dottrina, M. CIAMMOLLA, *Il diritto di accesso all'informazione ambientale. Dalla legge istitutiva del Ministero dell'ambiente al decreto legislativo n. 195 del 2005*, in *Foro amm. CDS*, 2007, 657; V. VITIELLO, *Il diritto di accesso agli atti in materia ambientale alla luce del d.lgs. 19 agosto 2005, n. 195*, in *Riv. giur. amb*., 2005, 1055.

[5] La c.d. riforma "Brunetta".

In sostanza, in tutti questi casi, la trasparenza non è un valore tutelato direttamente dall'ordinamento, ma è un valore strumentale per tutelare altri valori: per combattere appunto la corruzione, assicurare una garanzia procedimentale, controllare gli stipendi dei dirigenti su come vengono utilizzate le risorse.

La grande rivoluzione si è avuta con il d.lgs. n. 33/2013 perché la trasparenza, da valore strumentale, diventa valore finale.

Vi sono due versioni del decreto sulla trasparenza: quello del 2013 (d.lgs. n. 33/2013, c.d. "Testo Unico sulla trasparenza") e quello del 2016 (d.lgs. n. 97/2016). Nel 2013, il diritto di accesso civico viene riconosciuto se l'amministrazione non ha pubblicato quegli atti di cui è obbligatoriamente prescritta la pubblicazione (accesso civico semplice), ma non siamo ancora al FOIA italiano.

Perché in realtà anche in questo caso si potrebbe dire che la trasparenza si pone ancora come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, tutelando l'obbligo di pubblicazione di una serie di atti in cui la corruzione può insinuarsi: quindi i contratti, le autorizzazioni, gli accordi con i privati.

Di certo, la digitalizzazione non può che aver favorito l'avanzata della trasparenza; nel momento in cui si è prevista la possibilità della pubblicazione degli atti sui siti delle amministrazioni, infatti, l'accesso è stato reso, senza alcun dubbio, molto più facile.

Il grande salto di qualità lo si ha, tuttavia, nel 2016 quando il legislatore interviene, allineandosi ai principali sistemi FOIA sviluppatisi a livello globale, definendo la trasparenza come "*accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*". Solo a partire dal 2016, cioè, si può parlare di un FOIA italiano, della trasparenza come espressione dello Stato democratico a tutela della conoscenza dei cittadini.

La trasparenza diventa una vera e propria forma di controllo sociale, proprio quello che la l. n. 241/1990 aveva escluso, e si afferma, finalmente, un accesso-conoscenza che convive e si accompagna all'altra forma di accesso, che è l'accesso garanzia.

In questo senso ritroviamo il binomio: l'accesso garanzia e l'accesso conoscenza: l'accesso garanzia è il bisogno di conoscenza perché è finalizzato a ottenere tutela, ottenere garanzie, a tutelare un proprio interesse giuridicamente rilevante; invece, l'accesso conoscenza è l'interesse alla conoscenza come valore in sé.

La trasparenza si pone, allora, non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma come strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, destinata sempre più ad assumere i contorni di una 'casa di vetro', nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fon-

damentali sanciti dall'art. 2 Cost., che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri.

In sostanza, la trasparenza viene a configurarsi, ad un tempo, come un mezzo per porre in essere una azione amministrativa più efficace e conforme ai canoni costituzionali e come un obiettivo a cui tendere, direttamente legato al valore democratico della funzione amministrativa.

2. La multiforme tipologia del diritto di accesso

L'accesso è senza dubbio l'istituto principe al servizio della trasparenza e ha completamente "ribaltato" il rapporto tra governati-governanti. Esso ha assunto un ruolo chiave all'interno dell'intero ordinamento, poiché permette di contemperare esigenze di celerità dell'azione amministrativa e garantire gli interessi dei soggetti titolari di situazioni giuridiche che possono essere lese, incise, dall'*agere* pubblico; pertanto i destinatari di un'azione amministrativa potranno tutelare i propri interessi, partecipando direttamente all'attività della P.A., attraverso l'accesso alla documentazione in possesso della stessa per verificare che vi sia la giusta ponderazione tra interessi pubblici e privati. L'interesse pubblico – inteso tecnicamente come 'causa' dell'atto (e del potere) amministrativo – non può più essere rigidamente predeterminato e imposto, ma costituisce, in concreto, la risultante di un processo di formazione cui sono chiamati a partecipare sempre più attivamente i componenti della comunità, occorre anche 'rendere visibile' il modo di formazione dell'interesse medesimo, i soggetti che vi concorrono, le fasi del procedimento di formazione dell'atto, nonché 'rendere conoscibili' i dati di base, i presupposti da cui si muove, i modi di esercizio del potere, ivi comprese le risorse utilizzate.

Oggi non si può più parlare di accesso al singolare ma è preferibile parlare di "accessi" al plurale poiché, oltre agli accessi indicati nella l. n. 241/1990, più precisamente l'accesso di cui all'art. 10 e quello di cui agli artt. 22 e seguenti, il legislatore ha contemplato nuove figure, sicuramente innovative per il panorama italiano, disciplinate nel d.lgs. n. 33/2013 e in particolar modo nell'art. 5, primo e secondo comma. Più specificamente:

a) l'art. 10 della l. n. 241/1990, che garantisce l'ostensione degli atti e dei documenti acquisiti al procedimento amministrativo, garantendo una partecipazione informata e, come tale, effettiva), ognuno dei quali caratterizzato da propri presupposti, limiti, eccezioni e rimedi: legittimati alla acquisizione del "fascicolo procedimentale" (che incorpora tutti i momenti dell'istruttoria, documentati dagli atti del procedimento) sono tutte le parti interessate (cioè il destinatario della determinazione conclusiva e gli eventuali controinteressati intervenuti, in prospettiva contraddittoria);

b) il tradizionale accesso documentale (artt. 22 ss. l. n. 241/1990), che consente ai (soli) soggetti "*interessati*", portatori di un "*interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata*" di "*prendere visione*" e di "*estrarre copia*" di dati incorporati in supporti documentali formati o, comunque, detenuti da soggetti pubblici;

c) l'accesso civico, disciplinato dall'art. 5, primo comma, del d.lgs. n. 33/2013, concesso a "*chiunque*", a "*documenti, informazioni o dati*" di cui sia stata omessa la pubblicazione normativamente imposta (art. 5, primo comma, d.lgs. n. 33/2013);

d) l'accesso (civico) generalizzato, parimenti concesso *uti civis* ("*senza alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva*" e, perciò, (senza necessità di apposita "*motivazione*" giustificativa), in relazione a "*dati, informazioni o documenti*", ancorché non assoggettati all'obbligo di pubblicazione (art. 5, secondo comma, d.lgs. cit., introdotto dall'art. 6, primo comma del d.lgs. n. 97/2016: c.d. *Freedom of Information Act*).

Si tratta di istituti che – lungi dal configurare un unico diritto – concretano un insieme di sistemi di garanzia, tra loro diversificati, onde il "sistema" dell'accesso alle informazioni pubbliche si presenta articolato e frastagliato, esibendo una multiformità tipologica, resa ancora più articolata dalla presenza di discipline speciali e settoriali, connotate di proprie peculiarità e specificità (cfr. l'art. 3 d.lgs. n. 195/2005 citato, in materia di accesso ambientale; l'art. 43, secondo comma del t.u. n. 267/2000, che abilita i consiglieri comunali e provinciali all'acquisizione di tutte le informazioni strumentali all'esercizio del proprio mandato, vincolandosi al segreto d'ufficio; l'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, in materia di contratti pubblici). La complessità del quadro trae alimento dal progressivo arricchimento della natura degli interessi riversati sul principio di trasparenza: non più semplicemente ancorato al diritto alla informazione e alla partecipazione democratica, ma informato al perseguimento di ulteriori (e non sempre convergenti) obiettivi, come la tutela della concorrenza, il contrasto alla corruzione, la riduzione della spesa pubblica, la promozione della qualità dei servizi, il controllo sulle *performance* dei dipendenti [6].

Le differenze (e le sovrapposizioni) tra le varie forme di accesso si misurano in relazione: a) ai presupposti soggettivi (inerenti la legittimazione alla pretesa ostensiva); b) all'ambito oggettivo (relativo alla "estensione" dell'accesso); c) ai limiti funzionali (correlati – nella prospettiva del bilanciamento di valori in conflitto – alla "intensità" della protezione dell'aspettativa alla trasparenza.

[6] In tal senso, Cons, Stato, sez. V, 20.3.2019, n. 1817.

3. L'accesso documentale

L'accesso ai documenti amministrativi, disciplinato dall'art 22 della l. n. 241/1990, così come modificato dalla l. n. 15/2005 e dalla l. n. 80/2005, è un istituto che consente ai destinatari dell'azione amministrativa di tutelare i propri interessi attraverso una partecipazione attiva al procedimento amministrativo e consente, nell'ottica del principio di trasparenza, di esercitare un controllo sulla stessa, al fine di verificarne l'efficienza, l'efficacia e l'imparzialità dell'*agere* amministrativo (art. 1 l. n. 241/1990).

La l. n. 15/2005, innovando profondamente la legge generale sul procedimento amministrativo, ha dettato una disciplina più organica e completa in materia di accesso ai documenti.

Come già sopra ricordato, l'art. 1 della l. n. 241/1990 enunciava, tra i principi generali dell'azione amministrativa, il principio di pubblicità; solo nel 2005, appunto con la riforma della l. n. 241 ad opera della l. n. 15/2005, il principio di trasparenza è stato aggiunto tra i principi generali dell'azione amministrativa, all'art. 1 della stessa l. n. 241, sollevando anche non poche questioni interpretative circa la differenza tra pubblicità e trasparenza.

L'art. 22 come novellato dalla l. n. 15/2005 alla lett. a) del primo comma si preoccupa, a differenza della normativa precedente, di definire il diritto di accesso, come il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia dei documenti amministrativi.

In virtù dell'art. 23, secondo comma della l. n. 15/2005 è stato adottato il d.p.r. n. 184/2006 ("*Regolamento recante la disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi*") il quale ha sostituito il previgente d.p.r. n. 352/1992.

L'evoluzione nella materia *de qua* è proseguita con la l. n. 69/2009 ("*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia processuale*") che, inserendo i commi dal secondo *bis* al secondo *quinquies* all'art. 29 della l. n. 241/1990, ha predisposto che l'obbligo per la P.A. "*di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa*" sia incluso tra i livelli essenziali delle prestazioni riguardanti i diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale, di cui all'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost.

Il legislatore di recente, con la l. n. 120/2020, art. 12, primo comma, lett. l) ("decreto Semplificazioni" [7]) ha modificato il comma secondo *bis* dell'art. 29 stabilendo che: "*Attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la*

[7] L. 11.9.2020, n. 120 ("*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante 'Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali')*, *G.U.* n. 228 del 14.9.2020.

partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato, di misurare i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti".

Il diritto di accesso disciplinato dall'art. 22 della l. n. 241/1990 è il c.d. accesso procedimentale (o informativo o esoprocedimentale) detto pure accesso statico, e va distinto dal c.d. accesso partecipativo o dinamico (accesso endoprocedimentale), che concerne il diritto di tutti i soggetti interessati di intervenire e partecipare in un procedimento ancora in corso, disciplinato, invece, dall'art. 10 della legge medesima.

4. La natura giuridica del diritto di accesso

In dottrina e in giurisprudenza si è sempre discusso in merito alla natura del diritto di accesso. Prima dell'entrata in vigore della l. n. 15/2005 era controverso se l'accesso fosse oggetto di un diritto soggettivo ovvero di un interesse legittimo: la differente ricostruzione sistematica aveva chiaramente ricadute di carattere pratico in ordine ad alcuni profili di natura squisitamente processuale [8]. Le conseguenze processuali, cioè dell'accoglimento dell'una o dell'altra tesi, sono varie: ad esempio, in caso di diniego di accesso, l'istanza era ritenuta reiterabile se l'accesso fosse stato qualificato come diritto soggettivo, non reiterabile se qualificato come interesse legittimo [9]; in presenza di controinteressati, il ricorso non notificato ad almeno un controinteressato sarebbe stato inammissibile se l'accesso fosse stato

[8] Sull'accesso ai documenti amministrativi, in particolare nel precedente impianto normativo, AA.VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, a cura di V. ITALIA, M. BASSANI, Milano, 1995; G. ARENA, voce *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1995; F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, M.T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 1999; M. CLARICH, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm*., 1996; 444; F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Rimini, 1991; M.P. GUERRA, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, 1996; F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967; A. ROMANO-TASSONE, *A chi serve il diritto d'accesso? (Riflessioni su legittimazione e modalità di esercizio del diritto di accesso nella legge n. 241/1990)*, in *Dir. amm.,* 1995, 315; R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 528.

[9] La tesi del diritto soggettivo fondava su: il dato letterale, la natura vincolata del potere di definire l'istanza di accesso, la natura del giudizio di accesso non di mero annullamento ma consistente in un ordine di *facere*, l'afferenza ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e politici, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la riproponibilità dell'istanza di accesso. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22.1.1999, n. 56; Cons. Stato, sez. IV, 16.4.1998, n. 641; Cons. Stato, sez. IV, 2.8.1998, n. 1137.

qualificato come interesse legittimo, ammissibile invece, salva integrazione del contraddittorio, se l'accesso fosse stato qualificato come diritto soggettivo [10].

Nel 1999, l'Adunanza plenaria, facendo proprio un orientamento minoritario affermò che il diritto di accesso era un interesse legittimo [11]. Successivamente il Consiglio di Stato, alla luce delle modifiche apportate dalla l. n. 205/2000 e dalla riforma del titolo V della Costituzione, ha nuovamente superato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il diritto di accesso avrebbe natura di interesse legittimo, affermando che esso ha natura di diritto soggettivo pieno e perfetto, la cui cognizione in sede contenziosa è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Nel testo della l. n. 241/1990, come novellato nel 2005, infine, l'accesso viene espressamente definito come "diritto" e l'espressione è ripresa anche dal Codice processuale. Tale qualificazione dovrebbe comportare la possibilità di reiterare l'istanza di accesso in caso di diniego; tuttavia, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Ad. plen. n. 6/2006) [12], ha ritenuto che la sua tutela processuale, a prescindere dalla qualificazione dell'accesso come diritto soggettivo o interesse legittimo, fosse ancorata a termini di decadenza. Sicché l'istanza di accesso non è reiterabile, lo è solo a seguito di nuovi fatti ed elementi, o fornendo una diversa prospettazione dell'interesse giuridicamente rilevante legittimante l'accesso [13].

---

[10] La tesi dell'interesse legittimo si fondava su: l'atecnicità del termine "diritto", la necessità di una valutazione comparativa, il termine decadenziale, l'inammissibilità del ricorso non notificato al controinteressato.

[11] Cons. Stato, Ad. plen., 24.6.1999, n. 16. Per un approfondimento, G. BACOSI, *Il "diritto" di accesso, ribadisce l'Adunanza Plenaria, sa di interesse legittimo*, in *Giust. amm*., 2001.

[12] Cons. Stato, Ad. plen., 18.3.2006, n. 6. Tra i conformi più recenti: T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 20.9.2019, n. 4522 ("*Per giurisprudenza pacifica (cfr. tra le tante, C.d.S., sez. IV del 14 maggio 2015, n. 2439) riveste natura decadenziale il termine di trenta gg. per proporre impugnazione avverso il diniego (o il silenzio) sull'istanza di accesso ai documenti amministrativi di cui all'art. 116 c.p.a.; da essa deriva che la mancata impugnazione del diniego (o del silenzio rigetto) di un'istanza preclude la reiterabilità dell'istanza stessa a meno che questa non sia fondata su fatti nuovi o su una diversa prospettazione dell'interesse giuridico. Tale conclusione discende, nonostante la qualificazione dell'accesso come diritto, dalla natura impugnatoria del processo in materia di accesso ai documenti amministrativi*"); T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 8.5.2017, n. 5484 ("*Come è noto, infatti, dalla natura impugnatoria del processo in materia di accesso ai documenti amministrativi, nonostante la qualificazione dell'accesso come diritto, deriva l'inammissibilità del ricorso per mancata tempestiva impugnazione del diniego o del silenzio e l'impossibilità di reiterare la medesima istanza se non è stata contestata giudizialmente la precedente risposta negativa* […]).

[13] In tali termini l'Ad. plen.: "*Ma il carattere decadenziale del termine reca in sé – secondo ricevuti principi, come inevitabile corollario – che la mancata impugnazione del diniego nel termine non consente la reiterabilità dell'istanza e la conseguente impugnazione del successivo diniego laddove a questo possa riconoscersi carattere meramente confermativo del primo. In altre parole, il cittadino potrà reiterare l'istanza di accesso e pretendere riscontro alla stessa in presenza di fatti nuovi, sopravvenuti o meno, non rappresentati nell'originaria istanza o anche a fronte di una diversa prospettazione dell'interesse giuridicamente rilevante, cioè della posizione legittimante all'accesso; e, in tal caso, l'originario diniego, da intendere sempre rebus sic stantibus, ancorché non ritualmente impugnato, non spiegherà alcun rilievo nella successiva vicenda procedimentale e pro-*

Certo, l'indirizzo espresso dall'Adunanza plenaria del 2006 era quello secondo cui l'accesso presenta la connotazione di una situazione giuridica "strumentale", cioè l'Adunanza plenaria ha affermato che il diritto di accesso ai documenti amministrativi, indipendentemente dalla sua qualificazione della natura giuridica, è una situazione giuridica positiva dal carattere essenzialmente strumentale [14].

La legittimazione all'accesso deve consistere in un interesse giuridicamente qualificato del richiedente e deve essere riconosciuta a chiunque possa dimostrare che gli atti procedimentali oggetto dell'accesso, abbiano spiegato, o siano idonei a spiegare, effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di un posizione giuridica, stante l'autonomia del diritto di accesso, inteso come interesse a un bene della vita distinto rispetto alla situazione legittimante alla impugnativa dell'atto.

5. L'oggetto del diritto di accesso

Il legislatore non ha previsto una elencazione tassativa dei documenti accessibili, ma si è limitato a dare una definizione generale.

Oggetto del diritto di accesso sono i "documenti amministrativi" definiti, dalla lett. d) dell'art. 22 (come novellato dalla l. n. 15/2005), come "*ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale*".

L'accesso pertanto non può riguardare informazioni di cui pure disponga l'amministrazione, ma che non siano contenute in documenti.

La norma ha risolto espressamente, e in maniera positiva, il problema circa la possibilità, per gli atti interni, di essere oggetto del diritto di accesso, cioè quegli atti endoprocedimentali che non hanno effetto immediato verso il privato, ma che costi-

---

cessuale. Ma qualora non ricorrano tali elementi di novità e il cittadino si limiti a reiterare l'originaria istanza precedentemente respinta o, al più, a illustrare ulteriormente le sue ragioni, l'amministrazione ben potrà limitarsi a ribadire la propria precedente determinazione negativa, non potendosi immaginare, anche per ragioni di buon funzionamento dell'azione amministrativa in una cornice di reciproca correttezza dei rapporti tra privato e amministrazione, che l'amministrazione sia tenuta indefinitamente a prendere in esame la medesima istanza che il privato intenda ripetutamente sottoporle senza addurre alcun elemento di novità".

[14] In dottrina M. OCCHIENA, *Diritto di accesso, sua "natura camaleontica" e adunanza plenaria 6/06*, in *Foro it*., III, 2006; F. SAITTA, *Le mezze-novità giurisprudenziali e normative in materia di accesso*, in *Giurisd. amm*., 2006.

tuiscono gli antecedenti del provvedimento finale (es. pareri tecnici e nulla osta) [15].

Di recente, gli orientamenti giurisprudenziali, alla luce anche dell'attuazione della digitalizzazione, si sono spinti sino al riconoscimento della natura di "documento amministrativo" di un Codice sorgente di funzionamento di un software pubblico [16].

Il d.p.r n. 184/2006, cioè il "*Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi*", specifica altresì che "*Il diritto di accesso si esercita con riferimento ai documenti amministrativi materialmente esistenti al momento della richiesta e detenuti alla stessa data da una pubblica amministrazione, di cui all'articolo 22, comma 1, lettera e), della legge, nei confronti dell'autorità competente a formare l'atto conclusivo o a detenerlo stabilmente. La pubblica amministrazione non è tenuta ad elaborare dati in suo possesso al fine di soddisfare le richieste di accesso*".

L'istanza di accesso ai documenti amministrativi deve riferirsi a specifici documenti; quindi, non può comportare la necessità di una attività di elaborazione di dati da parte del soggetto destinatario della richiesta [17].

---

[15] T.a.r. Lazio, Roma, sez. III *bis*, 22.3.2017, n. 3769: "*il tenore testuale della lett. d) dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990, come modificata e integrata dalla legge n. 15 del 2005, conduce a una nozione particolarmente estesa dell'atto amministrativo informatico, che tiene, pertanto, conto della sostanziale valenza amministrativa del documento piuttosto che della sua provenienza, atteso che è specificatamente previsto che sono ricompresi nella relativa nozione anche gli atti di natura privata quanto alla relativa disciplina sostanziale che, tuttavia, si inseriscono e utilizzano nell'ambito e per le finalità di attività a rilevanza pubblicistica, ossia gli atti funzionali all'interesse pubblico; deve, inoltre, ritenersi che vi sono, inoltre, ricompresi gli atti cd. endoprocedimentali, ossia gli atti che si inseriscono all'interno del procedimento e rappresentano i singoli passaggi del relativo iter e che sono funzionalizzati all'adozione del provvedimento finale nonché anche gli atti cd. interni, ossia gli atti attraverso i quali l'amministrazione organizza la propria attività procedimentale*".

[16] T.a.r. Lazio, Roma, sez. III *bis*, 1.7.2020, n. 7526: "*in ordine alla titolarità dei programmi informatici realizzati su commissione dell'Amministrazione e sulla necessità di avvalersi di software liberi o a codici sorgente aperto, il Collegio rileva che la qualificazione come documento amministrativo del programma che ha consentito lo svolgimento di un concorso pubblico e dunque l'accessibilità in termini di conoscenza delle modalità di funzionamento dello stesso sia atta a superare eventuali profili di carattere economico scaturenti dalla possibilità per il creatore del programma (peraltro in tal caso un Consorzio a partecipazione pubblica senza finalità di lucro) di sfruttare le ulteriori potenzialità commerciali del bene*". Cfr. T.a.r. Lazio, Roma, sez. III *bis*, 21.3.2017, n. 3742 e n. 3769: Il *software assume una rilevanza essenziale nell'ambito del procedimento amministrativo finalizzato all'adozione di un atto a elaborazione informatica e la sua stessa qualificazione giuridica in termini di atto amministrativo informatico è importante a diversi fini e, primo tra tutti, proprio ai fini della verifica dell'ammissibilità dell'accesso di cui agli artt. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990 al relativo programma informatico e, in definitiva, al suo cd. linguaggio sorgente* […] *È evidente, infatti, che la mera descrizione dell'algoritmo e del suo funzionamento in lingua italiana non assolve alla medesima funzione conoscitiva_data dall'acquisizione diretta del linguaggio informatico sorgente*".

[17] In tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 12.9.2022, n. 7896. Cfr. Cons. Stato, sez. III, 11.10.2021, n. 6822.

6. I soggetti legittimati all'accesso

Il nuovo art. 22, come novellato dalla l. n. 15/2005, dopo aver puntualizzato (lett. a) che il diritto di accesso è il diritto degli interessati "*di prendere visione ed estrarre copia dei documenti amministrativi*", alla lett. b), individuando l'area dei soggetti interessati, ossia dei possibili titolari del diritto di accesso, afferma che "*interessati*" sono "*tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*".

L'interesse è qualificato come diretto, concreto, attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso.

In particolare, l'interesse deve essere:

• attuale, cioè deve fare riferimento all'istanza in sé considerata e non all'interesse ad agire in giudizio per la tutela della posizione sostanziale vantata;

• diretto, ossia personale, cioè deve appartenere alla sfera dell'interessato (e non ad altri soggetti, come ad es. alle associazioni sindacali che spesso pretendono di agire facendo valere diritti dei singoli); ossia deve emergere il collegamento tra il soggetto e l'interesse ad accedere;

• concreto, con riferimento alla necessità di un collegamento tra il soggetto e un bene della vita coinvolto dall'atto o documento; non basta, ad esempio, il generico interesse alla trasparenza amministrativa, occorrendo un '*quid pluris*', consistente nel collegamento tra il soggetto e un concreto bene della vita.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalente, già consolidatasi sotto l'impero del vecchio testo, l'interesse deve inoltre essere:

• serio, ossia meritevole e non emulativo (cioè fatto valere allo scopo di recare molestia o nocumento);

• adeguatamente motivato, con riferimento alle ragioni che vanno esposte nella domanda di accesso, dal momento che non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un generico controllo sull'attività amministrativa, alla stregua di un'azione popolare [18].

---

[18] L'Ad. plen. n. 7/2012, sia pur in tema di esercizio del diritto di accesso ai documenti dell'Amministrazione in relazione a interessi che pertengono ai consumatori e utenti di pubblici servizi, precisa che già "*sulla scorta dell'art. 2 del primo regolamento attuativo della legge, con riferimento all'accesso, approvato con d.P.R. 27 giugno 1992 n. 352, fu chiarito che l'interesse che legittima la richiesta di accesso, oltre ad essere serio e non emulativo, deve essere 'personale e concreto', ossia ricollegabile alla persona dell'istante da uno specifico nesso: in sostanza occorre che il richiedente*

L'interesse all'accesso deve presentare, infine, un ulteriore requisito imprescindibile, ossia deve corrispondere a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso.

6.1. I soggetti portatori di interessi diffusi e l'accesso

Altro problema che si è posto ed è stato espressamente affrontato dalla l. n. 15/2005 ha riguardato le associazioni e comitati portatori di interessi diffusi; la l. n. 15/2005 all'art. 1, lett. b) ha infatti espressamente esteso la qualifica di "*interessati*" (potenziali titolari del diritto di accesso) ai soggetti privati "*portatori di interessi diffusi*".

Soffermando l'attenzione sulla categoria di soggetti portatori di interessi diffusi, sembra che, riferendosi ad essa, il legislatore abbia considerato specialmente l'attività di quelle molteplici associazioni che, pur rivestendo natura formalmente privata, hanno per scopo statutario o regolamentare la cura, la difesa e la promozione di interessi superindividuali quali quello all'ambiente, alla salubrità dell'aria e delle acque, alla tutela del patrimonio storico e artistico.

Va tuttavia precisato che in materia ambientale, già il d.lgs. n. 39/1997, aveva previsto una dilatazione sia del novero dei soggetti legittimati all'accesso sia dei documenti ostensibili. Per quanto riguarda i soggetti, è stato previsto che, legittimato alla richiesta, è "*chiunque, senza che occorra dimostrare il proprio interesse*"; per quanto riguarda l'oggetto, viene adottata una nozione allargata rispetto all'originario dettato della l. n. 241/1990, perché ricomprende "*qualsiasi informazione in materia ambientale*".

---

*intenda difendere una situazione di cui è portatore, qualificata dall'ordinamento come meritevole di tutela, non essendo sufficiente il generico e indistinto interesse di ogni cittadino alla legalità o al buon andamento della attività amministrativa. Da questo indirizzo interpretativo la giurisprudenza del Consiglio di Stato non si è mai discostata***"** (sez. VI, 23.11.2000, n. 5930; sez. IV, 6.10.2001 n. 5291; sez. VI, 22.10.2002, n. 5818; sez. V, 16.1.2005 n. 127; sez. IV, 24.2.2005, n. 658; sez. VI, 10.2.2006 n. 555; sez. VI, 1.1.2007 n. 416). Il detto orientamento, del resto, ha ricevuto ulteriore supporto dalla l. 11.2.2005, n. 15, cit. con la quale sono state apportate modifiche alla l. n. 241/1990. Con la novella, non solo è stato introdotto nell'art. 24, il terzo comma, secondo cui sono inammissibili istanze di accesso "*preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni*", ma anche e, soprattutto, si è meglio definita la figura del soggetto "interessato" all'accesso, come quello che – come era già prescritto – abbia un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata, ma anche che – ed è questa l'innovazione – tale situazione sia "*collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*". La puntualizzazione chiarisce che, per stabilire se sussiste il diritto all'accesso, occorre avere riguardo al documento cui si intende accedere, per verificarne l'incidenza, anche potenziale, sull'interesse di cui il soggetto è portatore. In altri termini, essere titolare di una situazione giuridicamente tutelata non è condizione sufficiente perché l'interesse rivendicato possa considerarsi "diretto, concreto e attuale", essendo anche necessario che la documentazione cui si chiede di accedere sia collegata a quella posizione sostanziale, impedendone o ostacolandone il soddisfacimento" (cfr. punto 5 della parte in "diritto").

Come chiarito oramai da consolidata giurisprudenza, in tema di accesso la posizione delle associazioni portatrici di interessi diffusi (in capo alle quali si cristallizza, nella forma di un interesse proprio, un interesse appunto diffuso nella società e, in quanto tale, altrimenti adespota) non si differenzia in alcun modo da quella dei singoli individui. I requisiti sostanziali per il legittimo esercizio del diritto di accesso sono, infatti, i medesimi per tutti i soggetti dell'ordinamento e si incentrano su un interesse diretto, concreto ed attuale alla specifica conoscenza documentale anelata: è proprio tale natura diretta, concreta ed attuale dell'interesse ostensivo che fonda a valle, in sede processuale, l'interesse a ricorrere avverso l'eventuale diniego. L'interesse sotteso alla costituzione e all'operatività di un'associazione di utenti si proietta dunque (anche) in una dimensione di pretesa ostensiva solo ove la documentazione oggetto della richiesta sia effettivamente necessaria o, quanto meno, strettamente funzionale al conseguimento delle finalità statutarie, e ciò è onere dell'associazione stessa dimostrare. Non è, viceversa, predicabile una sorta di legittimazione ostensiva generale in capo a tali associazioni, difettando un'apposita previsione di legge [19].

7. I controinteressati

I "*controinteressati*" sono "*tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza*".

[19] In tal senso si esprime Cons. Stato, sez. IV, 14.12.2021, n. 8333. Sulla strumentalità dell'accesso alla tutela dello status di associato, l'Ad. plen. n. 7/2012 afferma che "*il generico interesse dell'associato alla prudente e corretta amministrazione del patrimonio, dalla quale dipende il soddisfacimento delle posizioni attive che si collegano al suo status, assume nella fattispecie un connotato di palpabile concretezza, in relazione alle criticità collegabili ad una perdita finanziaria. L'associato, quindi, in quanto titolare di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata, deve essere considerato soggetto "interessato", ai sensi dell'art. 2 comma 1, lett. b), della legge n. 241 del 1990 (come modificata dall'art. 15 della legge n. 15 del 2005), fonte del diritto all'accesso ai documenti delle pubbliche amministrazioni*" (cfr. 4.2. della parte in "diritto"). Invece, sulla legittimazione ad agire delle associazioni portatrici di interessi diffusi si ricorda altresì che è intervenuta l'Adunanza plenaria n. 6/2020, enunciando che "*gli enti associativi esponenziali, iscritti nello speciale elenco delle associazioni rappresentative di utenti o consumatori oppure in possesso dei requisiti individuati dalla giurisprudenza, sono legittimati ad esperire azioni a tutela degli interessi legittimi collettivi di determinate comunità o categorie, e in particolare l'azione generale di annullamento in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, indipendentemente da un'espressa previsione di legge in tal senso. Pur in assenza di una legittimazione ex lege, dunque, in coerenza col principio di effettività della tutela sono legittimati ad agire (potendo esperire ogni tipo di azione giudiziaria) gli enti esponenziali che: perseguono gli obiettivi di interesse collettivo in maniera non occasionale, presentino un adeguato grado di stabilità e rappresentatività, agiscano entro un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume leso*".

Il controinteressato genericamente è colui che ha un interesse uguale e contrario rispetto all'interessato. Per la giurisprudenza amministrativa la qualifica di controinteressato dell'accesso non è riconosciuta più a tutti coloro che, a qualsiasi titolo, siano nominati o comunque coinvolti nel documento oggetto dell'istanza ostensiva, ma solo a coloro che per effetto dell'ostensione vedrebbero pregiudicato il loro diritto alla riservatezza.

Non basta cioè che taluno venga coinvolto, in qualche modo, dal documento richiesto ma occorre, in capo a tale soggetto, un *quid pluris*, vale a dire la titolarità di un diritto alla riservatezza sui dati racchiusi nello stesso documento. La veste di controinteressato in tema di accesso è una proiezione, perciò, del valore della riservatezza [20].

8. I soggetti obbligati a consentire l'accesso

Il nuovo testo dell'art. 23 della l. n. 241/1990 definisce l'ambito dei soggetti nei cui confronti è esercitabile il diritto di accesso ai documenti. In particolare, il diritto è esercitabile nei confronti di:

- tutte le pubbliche amministrazioni (non più solo statali);
- nei confronti delle aziende autonome e speciali (in tal modo ricomprendendo espressamente le aziende previste dall'art. 22 1. n. 142/1990);
- degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi.

Il diritto di accesso nei confronti delle Autorità di garanzia e di vigilanza (c.d. "*autorità indipendenti*") si esercita "*nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, secondo quanto previsto dall'art. 24*" [21].

---

[20] Di recente, Cons. Stato, sez. III, 2.3.2022, n. 1482 (che richiama a propria volta, Cons. Stato, sez. VI, 28.6.2016, n. 2863; Cons. Stato, sez. V, 27.5.2011, n. 3190).

[21] Sull'applicazione alle Autorità Indipendenti, T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 3.1.2011, n. 1: "*è utile rammentare il principio giurisprudenziale secondo cui, ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti, non si applicano le generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi ed amministrativi generali (Consiglio Stato, sez. VI, 11 aprile 2006 n. 2007). Difatti, l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. Nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sottoforma di garanzie del contraddittorio*".

Innanzitutto, per "*Pubblica amministrazione*" vengono intesi "*tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario*" [22].

La norma ha risolto anche l'ulteriore problema sul se il diritto di accesso possa riguardare gli atti di diritto privato emessi dalla P.A.: secondo la nuova disciplina, che sul punto ha recepito le decisioni della giurisprudenza più recenti, ciò che conta, ai fini del diritto di accesso, non è la natura pubblica o privata dell'attività posta in essere, bensì il fatto che l'attività di diritto privato posta in essere dalla P.A. miri alla tutela del pubblico interesse e sia soggetta al canone di imparzialità (a queste condizioni qualsiasi atto deve essere assoggettato al diritto di accesso del privato) [23].

8.1. L'accesso agli atti dei gestori di servizi pubblici

Il problema più importante si è posto per i privati gestori di pubblici servizi.

La l. n. 15/2005, come si è detto, non è espressamente intervenuta sul punto

---

[22] Cons. Stato, sez. V, 7.10.2013, n. 4923: "la *nozione di "pubblica amministrazione" risulta di ben più ampia* portata rispetto a quella contenuta in altri settori ordinamentali (quale ad esempio quello della contrattualistica pubblica), estendendosi anche, per quanto di interesse in questa sede, ai soggetti privati *tout court*, laddove l'attività da questi posta in essere risulti genericamente di *pubblico interesse. Ne consegue che, in tema di accesso ai documenti amministrativi, è sufficiente che un soggetto di diritto privato ponga in essere una attività che corrisponda ad un pubblico interesse, perché lo stesso assuma la veste di 'pubblica amministrazione' e come tale sia assoggettato alla specifica normativa di settore. In altri termini, è sufficiente che il soggetto presso cui si pratica l'accesso, ancorché di diritto privato, svolga un'attività che sia riconducibile sul piano oggettivo ad un pubblico interesse inteso in senso lato, perché a quest'ultimo sia applicabile la disciplina fissata dalla legge n. 241 del 1990 in materia in accesso*". Sulla scorta di queste coordinate normative, la giurisprudenza amministrativa è conforme e consolidata nel ritenere che il diritto di accesso ai documenti amministrativi riguardi non soltanto l'attività di diritto amministrativo, ma anche a quella di diritto privato posta in essere dai soggetti gestori di pubblici servizi che, pur non costituendo direttamente gestione del servizio stesso, sia collegata a quest'ultima da un nesso di strumentalità (Cons. Stato, sez. VI, 17.1.2011, n. 235; 19 g.1.naio 2010, n. 189 e sez. VI, 2.10.2009, n. 5987; nonché, più di recente, Cons. Stato, sez. III, ord. 26.8.2015, n. 4018; 28.8.2015, n. 4028 e 11.9.2015, n. 4230).

[23] In tal senso, Cons. Stato, sez. III, 31.12.2020, n. 8543, che richiama sez. IV, 28.1.2016, n. 326; tale ultima pronuncia così precisa: "[…]*in via generale in base alla disciplina contenuta negli artt. 22 e ss. L n. 241/90, il diritto di accesso può esercitarsi anche rispetto a documenti di natura privatistica (tale opinamento risulta in linea con quanto in passato affermato dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio* […] *purché concernenti attività di pubblico interesse, la risposta che in passato la giurisprudenza ha specificamente fornito è quella per cui tale sia l'attività esecutiva di un appalto. D'altro canto, l'attività amministrativa, soggetta all'applicazione dei principi di imparzialità e di buon andamento, è configurabile non solo quando l'Amministrazione esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando essa persegue le proprie finalità istituzionali e provvede alla cura concreta di pubblici interessi mediante un'attività sottoposta alla disciplina dei rapporti tra privati* […]".

(anzi il disposto dell'art. 23 è rimasto invariato), ma si è indirettamente occupata del problema a livello definitorio, laddove il nuovo testo dell'art. 22 alla lett. e) ha statuito che per pubblica amministrazione deve intendersi qualunque soggetto di diritto pubblico o di diritto privato "limitatamente" all'attività di pubblico interesse [24].

Fondamentale sul punto è stata la decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 4 e 5/1999) [25], la quale ha rilevato che ciò che conta, ai fini dell'operatività del diritto di accesso, non è la natura pubblica o privata dell'attività posta in essere, bensì il fatto che l'attività, ancorché di diritto privato:

- miri alla tutela di un pubblico interesse
- e sia soggetta al canone di imparzialità.

In tal modo l'Adunanza plenaria ha distinto tra attività privatistica della P.A. e attività dei privati concessionari di pubblici servizi.

Per quanto concerne l'attività privatistica della P.A., è stato ritenuto che il diritto di accesso operi in ogni caso, perché tutta l'attività della P.A. è sempre ispirata ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento.

Per quanto concerne l'attività dei concessionari, la giurisprudenza ha distinto tra i vari momenti nei quali si esplica, in particolare:

- nei procedimenti per la formazione delle determinazioni contrattuali, quali ad esempio la scelta del contraente, nei quali il dovere di imparzialità è "*in re ipsa*" e l'accesso va garantito;
- discorso analogo va fatto per quanto concerne le scelte organizzative adottate in sede di gestione del servizio (scelte dirette ad offrire un servizio avente certi *standards* qualitativi), ove pure il dovere di imparzialità opera: anche qui l'accesso va garantito;
- infine, le cc.dd. attività residuali del concessionario, ossia le attività diverse dalla gestione del servizio, relativamente alle quali la giurisprudenza afferma che occorre operare un giudizio di bilanciamento degli interessi cui la stessa è preordinata, per cui se prevale l'interesse pubblico, su quello puramente imprenditoriale, il diritto di accesso deve operare (in tal caso la valutazione comparativa deve tener conto di alcuni parametri, quali il grado di strumentalità dell'attività rispetto all'attività di gestione del servizio; il regime sostanziale dell'attività; l'adozione da parte del gestore di regole dirette a garantire il rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza, buona fede e correttezza).

All'opposto deve trovare applicazione integralmente il diritto privato quando il

---

[24] Sugli orientamenti giurisprudenziali all'indomani dell'entrata in vigore della legge sul procedimento: Cons. Stato, sez. IV, 5.6.1995, n. 412; Cons. Stato, sez. V, 17.12.1996, n. 1559; Cons. Stato, sez. IV, 5.6.1995, n. 412; Cons. Stato, sez. IV, 4.2.1997, n. 82.

[25] Ad. plen., 22.4.1999, nn. 4 e 5.

soggetto, pur avendo natura pubblica, formalmente o sostanzialmente (proprietà pubblica di una società), non gestisce servizi pubblici e svolge un'attività, comunque, estranea alla sfera della rilevanza collettiva degli interessi. In tal caso il privato dovrà avvalersi degli ordinari strumenti previsti dal c.p.c. (art. 210 ordine di esibizione di atti alla parte o al terzo) [26].

9. I limiti al diritto di accesso

L'art. 24 della l. n. 241/1990 prevede una serie di limiti all'esercizio del diritto di accesso [27].

Un primo livello di limiti è previsto dalla stessa legge.

L'art. 24 al primo comma esclude infatti il diritto per tutti i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi delle vigenti disposizioni di legge e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge o dal regolamento governativo di attuazione.

A tali materie, per le quali già il vecchio art. 24 prevedeva l'esclusione del diritto di accesso, la l. n. 15/2005 ha aggiunto nuove materie, onde l'accesso è stato ulteriormente escluso:

• nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano;

---

[26] T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. II, 26.9.2016, n. 1230: "*Tra gli atti adottati dai gestori di servizi pubblici, sono ostensibili senz'altro quelli funzionalmente inerenti alla gestione di interessi collettivi (il che si verifica quando una norma comunitaria o di diritto interno imponga al titolare del pubblico servizio l'attivazione di procedimenti per la formazione delle proprie determinazioni, in specie per la scelta dei propri contraenti, nonché in relazione agli atti afferenti le scelte organizzative adottate in sede di gestione del servizio) – a prescindere dalla loro natura pubblica o privata – potendo venire in rilievo solo l'assenza di un nesso di strumentalità degli interessi con il pubblico servizio (nel caso di specie, sono stati riconosciuti come ostensibili i documenti concernenti l'attività di concedente di RFI nell'ambito della realizzazione di una tratta ferroviaria ad alta velocità, e dunque lo svolgimento di compiti di rilevanza generale finalizzati al buon andamento del servizio di trasporto pubblico)*".

[27] Così Cons. Stato, sez. VI, 30.9.2010, n. 7237: "*L'art. 24 della legge n. 241/1990 esprime tale principio, stabilendo che il diritto di accesso è escluso per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi dell'articolo 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, nonché nei casi di segreto o di divieto di divulgazione altrimenti previsti dall'ordinamento; disposizione questa che testimonia come l'innovazione legislativa introdotta con la legge n. 241/1990, se ridimensiona la portata sistematica del segreto amministrativo, non travolge tuttavia le diverse ipotesi di segreti, previsti dall'ordinamento, finalizzati a tutelare interessi specifici, diversi da quello, riconducibile alla mera protezione dell'esercizio della funzione amministrativa. I documenti, seppure formati o detenuti dall'Amministrazione, in tale eventualità non sono suscettibili di divulgazione, giacché il principio di trasparenza cede innanzi alla esigenza di salvaguardare l'interesse protetto dalla normativa speciale sul segreto*".

• nei confronti delle attività della P.A. dirette all'emanazione di atti normativi, atti amministrativi generali, di programmazione e pianificazione, che restano soggette alla loro disciplina particolare;

• nei procedimenti selettivi, quando vengono in rilievo documenti contenenti informazioni di natura psico-attitudinale relativi a terzi.

Quando vengono in rilievo queste materie, le singole amministrazioni (Ministeri ed altri enti) debbono individuare, con uno o più regolamenti, le categorie di documenti da esse formati, o comunque rientranti nella loro disponibilità, sottratti all'accesso per le esigenze di salvaguardia degli interessi indicati nel primo comma.

Fuori da queste ipotesi (quelle cioè indicate dal nuovo art. 24, primo comma), il nuovo sesto comma dell'art. 24 enuncia la regola di principio secondo cui il diritto di accesso può essere escluso per l'esigenza di salvaguardare:

1. la sicurezza, la difesa nazionale e le relazioni internazionali;
2. la politica monetaria e valutaria;
3. l'ordine pubblico e la prevenzione e repressione della criminalità;
4. la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, giuridiche, gruppi, imprese ed associazioni con particolare riferimento agli interessi di natura epistolare, sanitaria, finanziaria, industriale e commerciale;
5. l'attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro e gli atti interni connessi all'espletamento del relativo mandato.

In tali casi, la disciplina concreta è rimessa ad un regolamento delegato al Governo, emanato nella forma del d.p.r. ai sensi del secondo comma dell'art. 17 1. n. 400/1988 (c.d. delegificazione della materia), al quale è demandato di disciplinare non solo le modalità di esercizio del diritto ma soprattutto i casi di esclusione nel rispetto dei principi e criteri direttivi dettati dalla legge (c.d. di delega).

È poi previsto che la P.A. non possa negare l'accesso ai documenti nelle ipotesi in cui sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento (art. 24, quarto comma, come modificato dalla l. n. 15/2005).

La legge attribuisce alla P.A. anche uno specifico potere discrezionale, che le fonti secondarie possono disciplinare più dettagliatamente: il potere di differire l'accesso ai documenti richiesti, ossia di negare l'accesso solo per un periodo di tempo determinato (l'attuale quarto comma disciplina il potere di differimento più genericamente di quanto facesse in passato il vecchio sesto comma che condizionava l'esercizio del potere di differimento alle ipotesi in cui la conoscenza del documento poteva impedire o gravemente ostacolare lo svolgimento dell'azione amministrativa).

Non vi è dubbio che, anche alla luce della nuova disciplina, i regolamenti possono prevedere ipotesi specifiche di differimento, fissandone la durata (in tal caso non si configurerebbe un potere discrezionale in capo alla P.A. procedente).

10. L'accesso difensivo

L'accesso documentale ingloba al suo interno anche il peculiare istituto dell'accesso difensivo.

L'art. 24, settimo comma, l. n. 241/1990 prevede che "*deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale*".

Analizzando il dettato del comma poc'anzi menzionato, l'utilizzo dell'avverbio "*comunque*" risulta particolarmente denso di rilevanza. In concreto, esso denota la volontà del legislatore di non appiattire l'istituto dell'accesso amministrativo sulla sola prospettiva della partecipazione, dell'imparzialità e della trasparenza, corroborando la tesi che esistano, all'interno della fattispecie giuridica generale dell'accesso, due anime che vi convivono, quella dell'accesso c.d. procedimentale o partecipativo e quella del c.d. accesso difensivo.

L'accesso difensivo, in virtù della grande rilevanza fornita al diritto di difesa dalla Carta Costituzionale (art. 24 Cost.), ha un'estensione anche maggiore del diritto di accesso procedimentale operando, così come sottolineato dal settimo comma dell'art. 24, in maniera più estesa.

Sono previste, infatti, alcune eccezioni al catalogo delle esclusioni previste per l'accesso partecipativo tradizionale, fatti salvi gli opportuni temperamenti dei contrapposti interessi che vengono in rilievo, da operare nel caso concreto.

L'accesso difensivo, pertanto, è costruito come una fattispecie ostensiva autonoma. Esso è contraddistinto da una "*vis expansiva*" capace di superare le ordinarie preclusioni che si frappongono alla conoscenza degli atti amministrativi sul parallelo versante dell'accesso partecipativo. Anche l'istituto in esame, tuttavia, al pari della tradizionale figura dell'accesso procedimentale presenta alcune limitazioni.

Il limite più rilevante che emerge dalla lettura del settimo comma dell'art. 24 l. n. 241/1990 è sicuramente quello rappresentato dall'occorrenza di dimostrare la necessità di conoscere l'atto a fini difensivi e dalla necessità di dimostrare la sua stretta indispensabilità nei casi in cui l'accesso riguardi dati sensibili o giudiziari.

In conclusione, le prospettive all'interno delle quali opera l'istituto dell'accesso sono due: l'una partecipativa, incentrata sul principio di trasparenza, l'altra prettamente orientata a scopi difensivi.

L'Adunanza plenaria, con la pronuncia n. 19/2020[28], affronta una problemati-

[28] Cons. Stato, Ad. plen., 25.9.2020, n. 19.

ca fra le più attuali, oggetto del dibattito giurisprudenziale inerente proprio l'applicazione della disciplina del diritto di accesso difensivo e il diritto alla riservatezza.

La l. n. 241/1990 individua, come sopra illustrato, quali condizioni legittimanti l'accesso al documento amministrativo, non soltanto la titolarità, da parte del richiedente, di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata, ma anche l'esistenza di un collegamento tra detta situazione e il documento oggetto della pretesa ostensiva.

Quanto alla riservatezza, la legge – e, di riflesso, l'interpretazione del giudice amministrativo – identifica tre diversi livelli di tutela. Il livello di protezione più elevato riguarda i dati c.d. super-sensibili (stato di salute e vita sessuale).

Di poco inferiore è la protezione che riguarda i dati sensibili (idonei cioè a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche, le opinioni politiche o l'appartenenza a organizzazioni o associazioni di tal genere). In tali ipotesi, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia "strettamente indispensabile" per curare o difendere i propri interessi giuridici.

Infine, al terzo livello di intensità si pone la protezione dei dati comuni. Per l'accesso a questi ultimi, la legge richiede che la conoscenza sia "necessaria" per la difesa dei propri interessi.

Sull'equilibrio, tutt'altro che scontato, tra esercizio del diritto di accesso e tutela della riservatezza, la casistica giurisprudenziale è ricca. Nel tempo, i giudici hanno avuto modo di affrontare casi tra loro molto diversi, accomunati dal fatto di essere caratterizzati dallo scontro tra tali differenti esigenze.

La regola generale ai fini dell'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi, secondo la giurisprudenza prevalente [29], è che le esigenze di tutela della segretezza e riservatezza previste dalla l. n. 241/1990, sono recessive rispetto al diritto di accesso difensivo disciplinato dall'art. 24, settimo comma, ma non in modo assoluto.

In *subiecta materia* esistono, infatti, due indirizzi ermeneutici contrastanti, che propongono soluzioni diametralmente opposte, in ragione del diverso rilievo (complementare o prevalente) riconosciuto agli strumenti di acquisizione documentale in funzione probatoria previsti dall'ordinamento processualcivilistico.

Nel novero delle pronunce che affrontano tale tematica, si inserisce, appunto, l'interessante pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 19/2020.

La decisione in esame del Supremo Consesso, seppur apparentemente inserita nella consolidata giurisprudenza ampliativa con riguardo ai soggetti tenuti a garantire l'ostensione dei documenti amministrativi, a un più attento esame, offre l'occasione per alcune riflessioni sui confini dell'accesso difensivo nell'ambito

[29] *Ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 19.6.2008, n. 3083.

speciale dei rapporti fra la disciplina generale di cui agli artt. 22 e ss. della l. n. 241/1990 e le norme processuali civilistiche previste per l'acquisizione dei documenti amministrativi al processo, con particolare riferimento ai procedimenti in materia di famiglia (art. 492 *bis* c.p.c. e art 155 *sexies* disp. att. c.p.c.).

La disamina operata dal Supremo Consesso si conclude, quindi, sancendo la possibilità di esercitare l'accesso documentale difensivo – e in particolare l'accesso difensivo ai documenti contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari, presenti nell'anagrafe tributaria – indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri processuali di esibizione istruttoria di documenti amministrativi e di richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione nel processo civile.

La successiva Adunanza plenaria n. 4/2021 [30], nel riprendere e confermare l'orientamento, ha espresso e integrato più precisamente i seguenti princìpi di diritto:

a) in materia di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, settimo comma, l. n. 241/1990 si deve escludere che sia sufficiente nell'istanza di accesso un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del documento richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare;

b) la pubblica amministrazione detentrice del documento e il giudice amministrativo adìto nel giudizio di accesso, ai sensi dell'art. 116 c.p.a., non devono invece svolgere *ex ante* alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrice del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990.

La giurisprudenza più recente, quindi si esprime oramai, in tema di accesso difensivo, in chiaro favore della sussistenza di un nesso di necessaria strumentalità che impone al richiedente di motivare la propria richiesta di accesso, rappresentando in modo puntuale e specifico, nell'istanza di ostensione, elementi che consentano, all'amministrazione detentrice del documento, il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta *sub specie* di astratta pertinenza e la situazione "finale" controversa [31].

---

[30] Cons. Stato, Ad. plen., 18.3.2021, n. 4.

[31] Cons. Stato, sez. VI, 11.4.2022, n. 2655.

11. Il procedimento per l'accesso ai documenti

Poiché è riconosciuto agli interessati un "diritto" all'accesso, il relativo procedimento è evidentemente ad istanza dell'interessato.

Le modalità di esercizio del diritto di accesso sono disciplinate dai commi 1– 4 dell'art. 25 l. n. 241/1990 nonché, dal d.p.r. n. 184/2006.

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

A norma del secondo comma del medesimo articolo, la richiesta di accesso deve essere motivata cosicché l'amministrazione procedente possa valutare, in merito al soggetto richiedente, quell'interesse per la tutela della situazione giuridicamente rilevante quale presupposto al diritto di conoscenza.

La valutazione della P.A., con riferimento all'interesse, deve essere effettuata in concreto, e ciò avviene anche attraverso la motivazione, la quale potrà considerarsi "*in re ipsa*" allorquando si possa ravvisare un collegamento tra la titolarità della situazione legittimante l'accesso e l'attività amministrativa oggetto della richiesta [32].

Il diritto di accesso è esercitabile fino a quando la pubblica amministrazione ha l'obbligo di detenere i documenti amministrativi ai quali si chiede di accedere [33].

---

[32] Sul punto, la giurisprudenza amministrativa: "*la richiesta dev'essere motivata ed il richiedente, nella domanda, deve indicare gli estremi del documento oggetto della richiesta, ovvero, gli elementi che ne consentano l'individuazione, e comprovare l'interesse connesso all'oggetto della richiesta. La domanda di accesso non può essere palesemente sproporzionata rispetto all'effettivo interesse conoscitivo del soggetto, che deve specificare il puntuale riferimento che lega il documento richiesto alla propria posizione soggettiva, ritenuta meritevole di tutela. La richiesta di accesso ai documenti deve indicare i presupposti di fatto e rendere percettibile l'interesse specifico, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento* de quo […]" (Cons. Stato, sez. V, 4.8.2010, n. 5226); "*La motivazione della istanza di accesso è '*in re ipsa*', trattandosi, nella specie, di un soggetto coinvolto nel procedimento amministrativo e non estraneo" ai rapporti con l'amministrazione aggiudicatrice*" (T.a.r. Molise, Campobasso, sez. I, 24.9.2008, n. 722).

[33] T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 152022, n. 2960: "*Deve, a questo punto, rammentarsi che, secondo la giurisprudenza prevalente, se determinati documenti che sono legittimamente richiesti dal privato, non risultino esistenti negli archivi dell'Amministrazione che li dovrebbe detenere per ragioni di servizio, quest'ultima è tenuta a certificarlo, così da attestarne l'inesistenza e fornire adeguata certezza al richiedente per quanto necessario a consentirgli di determinarsi sulla base di un quadro giuridico e provvedimentale completo ed esaustivo (si vedano, ex plurimis, Tar Lombardia, Milano, 31 maggio 2019, n. 1255; 29 maggio 2021, n. 1245; 20 febbraio 2020, n. 343; T.A.R., Napoli, sez. VI, 03/05/2021, n. 2915; T.A.R. Lazio, Roma, II ter, 19 marzo 2019, nr. 5201 ed altre)*".

Posto ciò, il d.p.r. n. 184/2006 contempla due tipologie di accesso, denominate accesso informale (art. 5) e accesso formale (art. 6).

L'accesso informale può concretizzarsi qualora, in base alla natura del documento richiesto, non risulti l'esistenza di controinteressati; pertanto, il diritto di accesso può essere esercitato anche in via verbale. A tal fine il richiedente deve indicare gli estremi del documento della richiesta, ovvero gli elementi che ne consentono l'individuazione, specificando all'occorrenza l'interesse connesso all'oggetto della richiesta, dimostrando la propria identità. La richiesta deve essere esaminata ed evasa immediatamente e, se dovesse provenire dalla P.A., la stessa può essere presentata dal titolare dell'ufficio, dal responsabile del procedimento o anche per il tramite degli uffici relazioni con il pubblico, ed è trattata ai sensi dell'art. 22, quinto comma della l. n. 241/1990.

Si intende invece, per accesso informale, un procedimento di carattere accelerato, ma sommario, in cui è sufficiente l'insorgere di semplici situazioni di oggettiva incertezza per giustificare l'invito a procedere in via formale; naturalmente, non deve trattarsi di allegazioni del tutto pretestuose e manifestamente elusive dell'obbligo di legge, ma di considerazioni suffragate non manifestamente inconsistenti di elementi di supporto [34].

Nel momento in cui non sia infatti possibile l'accoglimento immediato della richiesta in via informale, poiché sorgono magari dubbi sulla legittimazione del richiedente, sulla sua identità, sui suoi poteri rappresentativi, sulla sussistenza dell'interesse alla stregua delle informazioni o delle documentazioni fornite ecc., l'amministrazione procedente invita l'interessato a presentare richiesta di accesso formale.

Il procedimento di accesso deve concludersi nel termine di trenta giorni, ai sensi dell'art. 25, quarto comma della l. n. 241/1990, decorrenti dalla presentazione della richiesta all'ufficio competente o dalla ricezione della medesima nell'ipotesi in cui la richiesta formale sia stata presentata ad amministrazione diversa da quella nei cui confronti deve essere esercitato il diritto di accesso. In tal caso quest'ultima la invierà immediatamente all'amministrazione competente comunicando il tutto al diretto interessato (art. 6, secondo comma, d.p.r. n. 184/2006).

Qualora la richiesta di accesso sia irregolare o incompleta, l'amministrazione, entro dieci giorni deve notiziare l'interessato cosicché il termine del procedimento ricomincerà a decorrere dalla presentazione della richiesta corretta (art. 6, quinto comma, d.p.r. n. 184/2006).

Ai sensi dell'art. 7 del d.p.r. in questione, se l'istanza è accolta, il responsabile del procedimento adotta il provvedimento di accoglimento e comunica all'interessato l'ufficio a cui rivolgersi, nonché un congruo termine, comunque non inferiore

[34] Così Cons. Stato, sez. V, 18.3.2004, n. 1417.

a quindici giorni, per prendere visione dei documenti o ottenerne copia. Inoltre, l'accoglimento della richiesta comporterà pure la facoltà di accesso agli altri documenti richiamati e appartenenti al medesimo procedimento, fatte salve le eccezioni di legge o di regolamento.

Oltre a quanto sopra esposto, vi può essere la possibilità che, al termine del procedimento, la P.A. non proceda con l'accoglimento dell'istanza, la quale potrà quindi essere, a norma dell'art. 9, primo comma del d.p.r. in parola, respinta, limitata o differita, con contestuale idonea motivazione da parte del responsabile del procedimento.

Sulla presente questione giuridica è bene sottolineare che l'amministrazione potrebbe pure sottrarsi dalla stessa attraverso il silenzio di cui all'art. 25 quarto comma della l. n. 241/1990, il quale sancisce che "*Decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta*". In caso di diniego dell'accesso espresso o tacito, o di differimento dello stesso ai sensi dell'art. 24, quarto comma della l. n. 241/1990, il richiedente può presentare ricorso al T.a.r. ai sensi del quinto comma (art. 25) o decidere di tutelarsi direttamente con ricorso amministrativo da proporre al difensore civico (per le amministrazioni locali) oppure alla commissione per l'accesso (nel caso di amministrazioni statali).

12. Le autorità poste a presidio del diritto di accesso

a) La commissione per l'accesso

L'art. 27 della l. n. 241 (norma novellata dalla l. n. 15/2005) ha istituito la "Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi", cui sono state attribuite le funzioni di:

- vigilare sulla piena attuazione del principio di piena conoscibilità degli atti amministrativi;
- redigere una relazione annuale sulla trasparenza nell'attività della P.A.;
- proporre al Governo modifiche delle leggi e dei regolamenti onde realizzare la più piena tutela del diritto di accesso.

Per quanto concerne la natura giuridica, il compito della Commissione non è tanto di perseguire interessi pubblici amministrativi, quanto di tutelare imparzialmente l'interesse dei cittadini da una posizione di indipendenza dal Governo e quindi dal relativo indirizzo politico, nell'esercizio di una funzione per più versi assimilabile, dal punto di vista sostanziale, a quella giurisdizionale.

La posizione di assoluta imparzialità nell'esercizio delle sue funzioni, nonché la sua stessa composizione, rendono la Commissione in qualche modo più rappresentativa dello Stato-Comunità che non dello Stato-Apparato. In base a tali pre-

supposti, è stata anche ipotizzata la sua configurazione come autorità indipendente. La riforma del 2005, pur avendo introdotto mutamenti che potenziano le caratteristiche di neutralità e para-giurisdizionalità della Commissione, non ha tuttavia riconosciuto esplicitamente la natura di autorità indipendente della stessa. In tale prospettiva, alla Commissione sono state assegnate funzioni giustiziali con finalità deflattive del contenzioso dinanzi al giudice amministrativo in materia di accesso [35].

b) Il difensore civico

La figura è di origine scandinava (Ombudsman) e non è prevista dalla Costituzione; sconosciuto al nostro ordinamento fino all'istituzione delle regioni, avendo queste provveduto alla sua istituzione e concreta disciplina basandosi su specifiche disposizioni statutarie oppure richiamando l'art. 117 Cost. Per i comuni e le province, invece, l'art. 8 della 1. n. 142/1990 (sulle autonomie locali), ha consentito che gli statuti provinciali e comunali potessero prevedere tale figura per fargli svolgere il "*ruolo di garante dell'imparzialità e del buon andamento*" dell'amministrazione, segnalando, anche di propria iniziativa, gli abusi, le disfunzioni, le carenze ed i ritardi dell'amministrazione nei confronti dei cittadini.

Ora l'istituto è specificamente previsto dall'art. 11 TUEL, che ne indica i compiti e demanda agli statuti di disciplinarne modalità di nomina e attribuzioni.

L'istituto è stato potenziato con l'art. 16 della l. n. 127/1997, che ha affidato ai difensori civici delle regioni e province autonome, a tutela dei cittadini residenti nei comuni delle stesse regioni e province, e fino all'istituzione del difensore civico nazionale, il compito di esercitare le funzioni di richiesta, proposta, sollecitazione e informazione, anche nei confronti delle amministrazioni periferiche dello Stato. È fatta eccezione per le amministrazioni competenti in materia di difesa, di sicurezza pubblica e di giustizia.

L'intervento del difensore civico può essere di ufficio o ad istanza di parte, può avvalersi della collaborazione dell'amministrazione interessata al suo intervento e deve essergli garantito un agevole accesso alla documentazione connessa all'oggetto del suo intervento.

Il nuovo quarto comma dell'art. 25 della l. n. 241/1990 (come modificato dalla l. n. 15/2005), proseguendo sulla scia dell'art. 15 della l. n. 340/2000, ha previsto uno specifico compito del difensore civico nella tematica dell'accesso ai documenti amministrativi.

In particolare, l'interessato, a fronte del diniego di accesso della P.A., ha la possibilità, entro il termine di trenta giorni, di chiedere al difensore civico compe-

[35] In tal senso si esprime la Commissione medesima nella propria "*Relazione per l'anno 2020 sulla trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione*" ai sensi dell'art. 27, quinto comma, l. n. 241/1990 (pp. 29-30), pubblicata anche sul sito istituzionale.

tente il riesame della determinazione della P.A.; se il difensore civico reputa illegittimo il diniego, lo comunica alla P.A. procedente.

A questo punto la P.A. ha il dovere di rispondere entro il termine di trenta giorni; entro questo termine la P.A.:

- conferma motivatamente il precedente diniego e la partita si chiude qui;
- non conferma e concede espressamente l'accesso;
- non risponde ed allora, dopo 30 giorni, l'accesso si intende consentito (c.d. silenzio assenso legittimante).

Le conseguenze sono poi le seguenti:

- il ricorso al difensore è alternativo al ricorso giurisdizionale, per il quale l'interessato può comunque in ogni momento optare;
- il difensore civico è privo di poteri decisori definitivi, ma stimola solo la P.A. a rivedere il proprio operato;
- il ricorso al difensore è possibile solo da parte dell'interessato all'accesso e non anche da parte dei controinteressati.

13. La tutela amministrativa

Ai sensi dell'art. 25, quarto comma, l. n. 241/1990, in caso di diniego, espresso o tacito, ovvero di differimento, il richiedente può altresì avvalersi, nel medesimo termine di impugnativa processuale, di alcuni rimedi amministrativi chiedendo "*nei confronti degli atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito, che sia riesaminata la suddetta determinazione. Qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore. Nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato tale richiesta è inoltrata presso la Commissione per l'accesso* […] *nonché presso l'amministrazione resistente*".

Il difensore civico o la commissione si devono pronunciare entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza; scaduto tale termine il ricorso si intende respinto.

In caso di accoglimento del ricorso contro la determinazione negativa, l'amministrazione può decidere se adeguarsi, oppure adottare, entro il termine di trenta giorni, un motivato atto confermativo della propria originaria determinazione. Contro tale eventuale secondo atto, l'interessato potrà rivolgersi al G.A. Se il provvedimento confermativo motivato non è emanato entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico o della Commissione, l'accesso è consentito.

La norma precisa che qualora il richiedente l'accesso si sia rivolto al difensore civico o alla Commissione, il termine di impugnativa principale decorre dalla data di ricevimento, da parte del richiedente, dell'esito della sua istanza al difensore civico o alla Commissione stessa.

14. La tutela giurisdizionale

La l. n. 241/1990 conteneva, in precedenza, sia le disposizioni sostanziali che processuali in materia di accesso; a seguito dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010 [36]) la tutela giurisdizionale è stata poi trasferita e dettagliatamente esposta nel predetto testo normativo.

L'attuale art. 25, quinto comma, l. n. 241/1990, infatti, è modificato in tal senso: "*Le controversie relative all'accesso ai documenti amministrativi sono disciplinate dal codice del processo amministrativo*".

Il rito in materia di accesso viene disciplinato all'interno del libro quarto del Codice, dedicato oltre che all'ottemperanza, ai "riti speciali", e in particolare all'art. 116 c.p.a., mentre l'art. 133, primo comma, lett. a) n. 6 c.p.a. ne conferma l'esclusività della giurisdizione all'interno delle tipologie di giurisdizione amministrativa.

In estrema sintesi, il giudizio in questione resta configurato formalmente come un giudizio impugnatorio [37], dal momento che oggetto di ricorso è il diniego all'accesso, il differimento ovvero il silenzio-rigetto, nonché la tutela del diritto di accesso civico connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza. Il rito è connotato altresì da una abbreviazione dei termini processuali rispetto a quelli ordinari, essendo previsti:

– un termine di trenta giorni per l'impugnativa a partire dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio, mediante notificazione all'amministrazione e ad almeno un controinteressato;

– un termine di trenta giorni per la proposizione di ricorsi incidentali o motivi aggiunti;

– un generale dimezzamento dei termini processuali data la cameralità del rito [38].

---

[36] D.lgs. 2.7.2010, n. 104 ("*Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*"), *G.U.* n. 156 del 7.7.2010.

[37] Anche se va precisato che "[…] *per costante giurisprudenza il giudizio in materia di accesso, anche se si atteggia come impugnatorio nella fase della proposizione del ricorso, è sostanzialmente rivolto ad accertare la sussistenza o meno del titolo all'accesso nella specifica situazione, alla luce dei parametri normativi di riferimento*" (così Cons. Stato, sez. V, 26.3.2020, n. 2129).

[38] In particolare, nel rito camerale, genericamente disciplinato all'art. 87 c.p.a., la camera di con-

La legittimazione all'accesso deve consistere in un interesse giuridicamente qualificato del richiedente e deve essere dunque riconosciuta a chiunque possa dimostrare che, gli atti procedimentale oggetto dell'accesso, abbiano spiegato o siano idonei a spiegare, effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di un posizione giuridica, stante l'autonomia del diritto di accesso, inteso come interesse a un bene della vita distinto rispetto alla situazione legittimante all'impugnativa dell'atto.

La legittimazione passiva, invece, va riconosciuta ai soggetti nei cui confronti l'accesso può essere esercitato e quindi i soggetti di cui all'art. 23 della l. n. 241/1990.

Legittimati passivi, in qualità di controinteressati, sono anche i soggetti determinati cui si riferiscono i documenti richiesti con la domanda di accesso, sempre ovviamente che sia oggettivamente apprezzabile un interesse sostanziale di costoro all'accoglimento della domanda stessa. Per controinteressati si intendono tutti i soggetti individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto che, dall'esercizio dell'accesso, vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza.

Il giudice decide con sentenza in forma semplificata; sussistendone i presupposti, ordina un preciso facere pubblicistico, cioè l'esibizione e, ove previsto, la pubblicazione, dei documenti richiesti, entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni, dettando, ove occorra, le relative modalità [39].

L'attuale secondo comma dell'art. 116 c.p.a. disciplina espressamente il c.d. "accesso in corso di causa" statuendo che in pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, il ricorso "*può essere proposto con istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale, previa no-*

---

siglio è fissata alla prima udienza utile successiva al trentesimo giorno decorrente dalla scadenza del termine di costituzione delle parti intimate. Il terzo comma dell'art. 87 espressamente sancisce che nei giudizi elencati al comma precedente, tra cui rientra appunto il rito sull'accesso, "*fatto salvo quanto disposto dall'articolo 116, comma 1*", "*tutti i termini processuali sono dimezzati rispetto a quelli del processo ordinario, tranne, nei giudizi di primo grado, quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti*". Nella camera di consiglio sono sentiti i difensori che ne fanno richiesta. La trattazione in pubblica udienza non costituisce motivo di nullità della decisione.

[39] "*… il giudizio ha per oggetto la verifica della spettanza o meno del diritto di accesso, piuttosto che la verifica della sussistenza o meno di vizi di legittimità dell'atto amministrativo. Infatti, il giudice può ordinare l'esibizione dei documenti richiesti, così sostituendosi all'amministrazione e ordinandole un facere pubblicistico, solo se ne sussistono i presupposti (art. 116, comma 4, cod. proc. amm.). Il che implica, al di là degli specifici vizi e della specifica motivazione dell'atto amministrativo di diniego dell'accesso, il giudice deve verificare se sussistono o meno i presupposti dell'accesso, potendo pertanto negarlo anche per motivi diversi da quelli indicati dal provvedimento amministrativo [Cons. Stato, VI, 12 gennaio 2011, n. 117]. Sicché il giudice può anche ravvisare motivi ostativi all'accesso diversi da quelli opposti dall'Amministrazione (*ex multis *Cons. St. sez. VI 19 gennaio 2012 n. 201) …*" (T.a.r. Puglia, Bari, sez. III, 3.1.2018, n. 2).

tificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati. L'istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio".

Le disposizioni di cui all'art. 116 del Codice, si applicano anche ai giudizi di impugnazione e quindi all'appello, alla revocazione e alla opposizione dei terzi.

15. I rapporti tra diritto di accesso e tutela della riservatezza

In tema di accesso si è prospettato il possibile conflitto di interessi tra la tutela accordata dall'ordinamento al relativo diritto e quella riconosciuta al diritto alla riservatezza, allorché la richiesta di accesso riguardi documenti contenenti notizie su soggetti estranei alla P.A. (individui o imprese) e vengano in rilievo notizie intime di terzi che, pur se conosciute dalla P.A., non dovrebbero essere accessibili ai terzi.

Partendo dall'esame della iniziale soluzione scelta dall'art. 24 della l. n. 241/1990, la prevalenza del diritto di accesso era ancorata a due condizioni:

1. l'accesso doveva mirare alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti;
2. il diritto di accesso doveva inoltre limitarsi alla sola possibilità di prendere visione degli atti (restando escluso dunque il rilascio di copia).

L'art. 8 del d.p.r. n. 352/1992 ribadiva tale impostazione, aggiungendo che, fuori dai suddetti limiti, doveva prevalere il diritto alla riservatezza.

Il sopravvento della l. n. 675/1996, in tema di trattamento dei dati personali, innescò poi una serie di problemi:

– l'art. 43 dispose che "*restano ferme le norme vigenti in tema di accesso ai documenti*";

– l'art. 22 sottopose il trattamento (e quindi la divulgazione) dei c.d. dati sensibili a speciali limitazioni, disponendo che "*il trattamento dei dati sensibili da parte degli enti pubblici è consentito solo nei casi stabiliti dalla legge, che deve quindi evidenziare le finalità di pubblico interesse* le operazioni eseguibili nonché i dati trattabili";

– infine, l'art. 27, in base al quale la comunicazione e diffusione da soggetti pubblici a privati dei dati personali (non sensibili) è consentita nei casi previsti dalla legge o da regolamento.

La soluzione interpretativa proposta a riguardo dal Consiglio di Stato, con la decisione n. 59/1999, prese il nome di doppio binario:

• quanto ai dati comuni (ossia non sensibili), l'accesso deve ritenersi consentito solo per la tutela di interessi rilevanti ed è limitato alla presa visione del docu-

mento (cfr. art. 27 che rinvia ai casi previsti dalla legge, ossia all'art. 24 della l. n. 241/1990);

• quanto ai dati c.d. sensibili, l'art. 22 consente l'accesso solo se lo preveda una specifica disposizione di legge che evidenzi le finalità di pubblico interesse, le operazioni eseguibili ed i dati trattabili.

Il d.lgs. n. 135/1999 intervenne tuttavia a modificare l'impostazione della l. n. 675/1999 circa il trattamento e l'accesso dei dati sensibili. In base al nuovo art. 22, terzo comma e comma terzo *bis* della l. n. 675 (come modificati dal d.lgs. n. 135/1999), il trattamento dei dati sensibili da parte della P.A. poteva avvenire nei seguenti casi ed attraverso le seguenti modalità:

1. in caso di espressa previsione di legge che specifichi i dati trattabili, le operazioni eseguibili e le finalità di pubblico interesse ritenute prevalenti;

2. in mancanza di legge, e nelle more della sua adozione, la P.A. può domandare al Garante di individuare quali, fra le attività, debbono considerarsi di rilevante interesse pubblico e come tali consentire il trattamento dei dati sensibili;

3. quando una legge determini le finalità di rilevante interesse pubblico, ma non però specifica il tipo di operazioni eseguibili o i dati trattabili, sarà la singola P.A., interessata al trattamento, a compiere l'operazione integrativa, per poi passare a compiere il trattamento dei dati.

Ciò posto va rilevato, con specifico riferimento al diritto di accesso, che l'art. 16 del decreto in commento qualifica l'accesso (*rectius*: il trattamento mediante ostensione) quale attività di rilevante interesse pubblico, con la conseguenza che viene a cadere il primo limite al trattamento mediante ostensione dei dati sensibili, essendovi una legge (appunto l'art. 16 cit.) che esprime le finalità di pubblico interesse sottese al diritto di accesso.

Tale sistema appariva confermato dal d.lgs. n. 196/2003 (Codice della privacy) il cui art. 59 disponeva che il diritto di accesso ai documenti contenenti dati personali o sensibili, e le operazioni di trattamento eseguibili in conseguenza di una domanda di accesso, restano disciplinati dalla l. n. 241/1990 e dalle altre disposizioni in materia, riconfermando, inoltre, che le attività in oggetto (accesso e trattamento) si considerano di rilevante interesse pubblico.

Ulteriore problema si è posto, infine, per i dati c.d. supersensibili, ossia idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale dell'individuo.

L'art. 16, secondo comma, d.lgs. n. 135/1999 stabiliva che in tal caso il trattamento è consentito solo se il diritto contrapposto:

• dev'essere difeso in un giudizio civile o amministrativo (se, cioè, il trattamento è funzionale alla difesa di un diritto in un giudizio);

• è di rango almeno pari a quello (alla riservatezza) dell'interessato, in un'ottica di bilanciamento di interessi).

Tale impostazione è stata confermata e precisata dall'art. 60 del nuovo Codice della privacy (n. 196/2003) che:

• estende la previsione (oltre che al trattamento) anche al diritto di accesso;
• precisa che il diritto del controinteressato dev'essere o di pari rango, o consistere in un diritto della personalità ovvero in un altro diritto o libertà fondamentale ed inviolabile.

La l. n. 15/2005 costituisce il punto di arrivo del lungo percorso evolutivo sopra esaminato.

L'art. 16, nel sostituire l'art. 24 della l. n. 241/1990, dopo aver statuito che deve essere comunque garantito il diritto di accesso ai documenti la cui conoscenza è necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici, espressamente disponeva che:

• nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito "*nei limiti in cui sia strettamente indispensabile*";
• nel caso di dati c.d. supersensibili l'accesso è consentito nei limiti previsti dall'art. 6 del Codice della privacy.

Sennonché, il Codice della privacy è stato modificato dal d.lgs. n. 101/2018 [40], che ha armonizzato la disciplina nazionale con quella europea a seguito dell'emanazione del Regolamento europeo n. 679/2016.

Il legislatore ha codificato così una serie di principi-guida in materia, contenuti sia nella legge sul procedimento amministrativo, sia nel nuovo Codice della privacy, come modificato alla luce delle indicazioni comunitarie, da seguire in maniera combinata e integrata al fine di trovare, nei casi concreti, il punto di equilibro tra il diritto all'accesso e il diritto alla riservatezza.

L'attuale art. 24 della legge sul procedimento amministrativo, al settimo comma, rinvia espressamente all'art. 60 del Codice della privacy in tali termini: "*Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale*".

Il nuovo art. 60 del Codice della privacy, dal canto suo, così statuisce: "*Quando il trattamento concerne dati genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai do-*

[40] D.lgs. 10.8.2018, n. 101 ("*Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati*"), *G.U.*, Serie gen., n. 205 del 4.9.2018.

cumenti amministrativi, è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale".

Oggi, quindi, nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile, mentre in presenza di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale (c.d. dati supersensibili) l'accesso è consentito in base all'art. 60 del Codice della privacy, come sostituito nel 2018; il rinvio al predetto art. 60, contenuto nell'art. 24, comporta che il trattamento dei dati supersensibili viene consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso agli atti sia di rango almeno pari ai diritti dell'interessato ovvero consista in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale.

16. L'accesso civico e generalizzato: rapporti con l'accesso documentale

Come illustrato nell'introduzione al capitolo, con la previsione dell'accesso "civico", per il tramite del d.lgs. n. 33/2013 (decreto Trasparenza), l'istituto dell'accesso viene declinato "al plurale", contemperando più obiettivi e finalità: l'interesse al controllo diffuso sull'amministrazione, il diritto dei cittadini alle informazioni pubbliche, la partecipazione all'attività amministrativa, il contrasto preventivo alla corruzione [41].

La prima disciplina del d.lgs. n. 33/2013, nell'aggiungersi a quella sull'accesso ai documenti degli artt. 22 e se. della l. n. 241/1990, introduce, innanzitutto, una serie di obblighi di pubblicazione in capo all'amministrazione [42].

---

[41] Sulle differenze e le affinità tra le tre tipologie di accesso, si consiglia la lettura di N. DURANTE, *Pubblicità, trasparenza e FOIA: indicazioni operative*, 2018, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, v. anche E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. amm.*, 4, 2016, 579; F. CAPORALE, *La parabola degli obblighi di pubblicazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2021, 851; S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm*., 1, 2017, 65; F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm*., 4, 2019, 743; A. MOLITERNI, *La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Dir. amm.*, 3, 2019, 577; F.M. NOCELLI, *L'accessibilità totale nel quadro della trasparenza amministrativa: dinamiche evolutive*, in *Foro amm*., 10, 2020, 1979; F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, 2013, in *www.federalismi.it*; V. TORANO, *Il diritto di accesso civico come azione popolare – The civic right to access as actio popularis*, in *Dir. amm*., 4, 2013, 798; N. VETTORI, *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico*, in *Dir. amm.*, 3, 2019, 539.

[42] Con la sentenza del 2.4.2020, n. 10, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sancisce l'esperibilità dell'istituto dell'accesso civico generalizzato anche alla materia dei contratti pubblici.

Il Legislatore, nel valorizzare la conoscibilità di numerosi documenti delle amministrazioni, ha introdotto un apposito regime, prevedendo obblighi di pubblicazione e definendo le tipologie di atti da pubblicare, le caratteristiche della struttura informativa, il livello qualitativo delle informazioni, i tempi di aggiornamento dei dati e di durata massima di pubblicità; sono stati individuati, ancora, i soggetti tenuti alla vigilanza, con il dettaglio delle modalità di controllo e la definizione delle sanzioni per l'inosservanza.

Nel 2016 il legislatore interviene nuovamente, riformando la disciplina e consolidando il percorso di trasparenza avviato, mediante l'introduzione, nell'ordinamento, di una ulteriore tipologia di accesso, denominato "*accesso civico generalizzato*" (o "FOIA" italiano) [43].

L'introduzione dell'accesso civico generalizzato ha segnato una tappa importante nel lungo e articolato percorso di rafforzamento del principio e delle garanzie di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri. A seguito dell'introduzione del FOIA, infatti, "*chiunque*" ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori e diversi rispetto a quelli oggetto di pubblicazione nella sezione "Amministrazione trasparente".

Tale controllo è funzionale a "*favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico*", naturalmente senza travalicare i limiti previsti dal legislatore, posti a tutela di eventuali interessi pubblici o privati.

Come precisato dalla giurisprudenza amministrativa, con l'accesso civico generalizzato si arriva a soddisfare un'esigenza di cittadinanza attiva, incentrata sui doveri inderogabili di solidarietà democratica, di controllo sul funzionamento dei pubblici poteri e di fedeltà alla Repubblica, e non su libertà singolari, onde tal accesso non può mai essere egoistico, poiché qui l'accento cade sul "diritto", non sugli *open data*, che ne sono il mero strumento, bensì sul controllo e sulla verifica democratica della gestione del potere pubblico (o dei concessionari pubblici), e ciò anche oltre la mera finalità anticorruttiva, che pur essendo stata la matrice dell'accesso civico, non ne esaurisce le ragioni [44].

I plurimi istituti dell'accesso quindi "*non corrispondono ad un unico diritto soggettivo globale di accesso, bensì costituiscono un insieme di sistemi di garanzia per la trasparenza, tra loro diversificati, corrispondenti ad altrettanti livelli soggettivi di pretesa alla trasparenza da parte della P.A.*" [45].

All'art. 5 del decreto Trasparenza vengono previste due forme di accesso:

---

[43] Sul rapporto tra accesso civico e accesso documentale, Cons. Stato, sez. IV, 22.11.2022, n. 10275.

[44] Così Cons. Stato, sez. VI, 13.8.2019, n. 5702.

[45] T.a.r. Puglia, sez. III, 19.2.2018, n. 231.

a) l'accesso civico 'semplice' (primo comma): "*L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione*";

b) l'accesso civico 'generalizzato' (secondo comma), invece: "*Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis*" [46].

La prima differenza tra gli istituti emerge dalla lettera normativa nel momento in cui l'accesso documentale innanzitutto è strumentale alla tutela degli interessi individuali di un soggetto, che si trova in una posizione differenziata rispetto agli altri cittadini, in ragione della quale ha il diritto di conoscere e di avere copia di un documento amministrativo; l'accesso diventa azionabile da "chiunque", senza la previa dimostrazione della sussistenza di un interesse attuale e concreto per la tutela di situazioni rilevanti, senza dover motivare specificamente la richiesta e con la finalità di consentire una pubblicità diffusa e integrale dei dati che sono considerati dalle norme come pubblici e quindi conoscibili.

L'esercizio del diritto di accesso civico cioè non è sottoposto ad alcuna limitazione, quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente, è gratuito e non richiede motivazione [47].

---

[46] La giurisprudenza amministrativa è concorde nel ritenere che l'accesso civico "*nel favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni d'istituto e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, nonché nella promozione della partecipazione al libero dibattito pubblico, tuttavia "non è utilizzabile in modo disfunzionale rispetto alla predetta finalità ed essere trasformato in una causa di intralcio al buon funzionamento della P.A. e va usato secondo buona fede, sicché la valutazione del suo uso va svolta caso per caso e con prudente apprezzamento, al fine di garantire, secondo un delicato ma giusto bilanciamento che non obliteri l'applicazione di tal istituto, che non se ne faccia un uso malizioso e, per quel che concerne nella specie, non si crei una sorta di effetto 'boomerang' sulla P.A. destinataria*" (cfr. T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 26.4.2022, n. 5006, che richiama sul punto Cons. Stato, n. 5702/2019 cit.).

[47] T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 5.4.2022, n. 2333, per cui l'accesso civico generalizzato: "*è azionabile da chiunque senza previa dimostrazione di un interesse personale, concreto e attuale in connessione con la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti e senza oneri di motivazione in tal senso della richiesta; – ha il solo scopo di consentire una pubblicità diffusa ed integrale in rapporto alle finalità esplicitate dall'art. 5, comma 2, d.lg. n. 33 del 2013; – è funzionale ad un controllo diffuso dei cittadini, al fine di assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa e di favorire un preventivo contrasto alla corruzione; – concretamente si traduce nel diritto ad un'ampia diffusione di dati, documenti ed informazioni, fermi in ogni caso i limiti di legge a salvaguardia di determinati interessi pubblici e privati che in tali condizioni potrebbero essere messi in pericolo*".

A tal proposito, le linee-guida ANAC n. 1309/2016 [48] evidenziano come "*tenere ben distinte le due fattispecie, è essenziale per calibrare i diversi interessi in gioco allorché si renda necessario un bilanciamento caso per caso tra tali interessi.*

Tale bilanciamento è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso ex lege *n. 241/1990, dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti) ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni*".

La nuova normativa, dunque, non elimina, né rende privo di portata pratica l'accesso documentale o procedimentale, di cui all'art. 22 della l. n. 241/1990, che è azionabile soltanto da chi abbia un "*interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*", non consentendo la proposizione di istanze preordinate al controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni.

Il procedimento di accesso civico deve concludersi con provvedimento espresso e motivato nel termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza con la comunicazione al richiedente e agli eventuali controinteressati [49].

In caso di accoglimento, l'amministrazione provvede a trasmettere tempestivamente al richiedente i dati o i documenti richiesti, ovvero, nel caso in cui l'istanza riguardi dati, informazioni o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi del presente decreto, a pubblicare sul sito i dati, le informazioni o i documenti richiesti e a comunicare al richiedente l'avvenuta pubblicazione dello stesso, indicandogli il relativo collegamento ipertestuale.

---

[48] Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, secondo comma del d.lgs. n. 33/2013. Le linee guida ANAC contengono indicazioni operative per i soggetti destinatari di richieste di accesso generalizzato, con particolare riguardo all'attività di valutazione delle istanze da decidere, redatte tenendo conto dello spirito della norma, della necessità di motivare adeguatamente gli eventuali dinieghi e della protezione da assicurare in caso di coinvolgimento di dati personali.

[49] Sulla conclusione del procedimento e il tipo di silenzio previsto, *ex multis* Cons. Stato, sez. III, 2.3.2022, n. 1482: "*la giurisprudenza amministrativa è divisa sulla natura del silenzio dell'amministrazione sull'istanza di accesso civico generalizzato e, soprattutto, sullo strumento processuale da azionare contro di esso. La giurisprudenza maggioritaria, cui il Collegio aderisce, ritiene che silenzio in questione non possa essere qualificato come silenzio provvedimentale, in assenza di una espressa previsione di legge che attribuisca tale valore a quel contegno, come fa l'art. 25, comma 4, della legge n. 241 del 1990 per l'istanza di accesso documentale. Più controverso, invece, è se a fronte di tale silenzio-rifiuto o inadempimento, il privato debba agire con il rito di cui all'art. 116 cod. proc. amm. (C.d.S., sez. VI, 29 aprile 2019, n. 2737), ossia il rito espressamente previsto per l'accesso documentale e l'accesso civico semplice* […] *ovvero con il rito di cui all'art. 117 cod. proc. amm. (C.d.S., sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1121), ossia il rito avverso il silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione*".

In caso di accoglimento della richiesta di accesso civico nonostante l'opposizione del controinteressato, salvi i casi di comprovata indifferibilità, l'amministrazione ne dà comunicazione al controinteressato e provvede a trasmettere al richiedente i dati o i documenti richiesti non prima di quindici giorni dalla ricezione della stessa comunicazione da parte del controinteressato. Il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso devono essere motivati con riferimento ai casi e ai limiti stabiliti dall'art. 5-*bis*.

16.1. Esclusioni e limiti

La regola della generale accessibilità è temperata dalla previsione di eccezioni, poste a tutela di interessi pubblici e privati che possono subire un pregiudizio dalla diffusione generalizzata di talune informazioni.

Dalla lettura dell'art. 5-*bis*, primo, secondo e terzo comma del decreto Trasparenza si possono distinguere due tipi di eccezioni, "assolute" o "relative" [50].

Al ricorrere di queste eccezioni, le amministrazioni, rispettivamente, devono o possono rifiutare l'accesso generalizzato. La chiara identificazione di tali eccezioni rappresenta un elemento decisivo per consentire la corretta applicazione del diritto di accesso generalizzato.

a) Eccezioni assolute

L'accesso generalizzato è escluso nei casi indicati al terzo comma dell'art. 5-*bis*:

a) segreto di Stato;

b) negli altri casi di divieto di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, primo comma, della l. n. 241/1990.

Si tratta di casi cioè in cui una norma di legge, unica fonte idonea a giustificare una compressione del diritto a conoscere, sulla base di una valutazione preventiva e generale, per tutelare interessi prioritari e fondamentali, dispone sicuramente la non ostensibilità di dati, documenti e informazioni ovvero la consente secondo particolari condizioni, modalità e/o limiti.

b) Eccezioni relative

Al di fuori dei casi sopra indicati, possono ricorrere, invece, limiti posti a tute-

[50] Sulla distinzione tra eccezioni "assolute" e "relative", v. Linee guida ANAC cit.

la di interessi pubblici e privati di particolare rilievo giuridico elencati ai commi 1 e 2 dell'art. 5-*bis* del decreto Trasparenza.

Al primo comma si prevedono:

a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico;
b) la sicurezza nazionale;
c) la difesa e le questioni militari;
d) le relazioni internazionali;
e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato;
f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento;
g) il regolare svolgimento di attività ispettive.

Al secondo comma, invece:

a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;
b) la libertà e la segretezza della corrispondenza;
c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali [51].

Sono sì esclusioni all'accesso generalizzato, ma si rinvia a una attività valutativa che deve essere effettuata dalle amministrazioni con la tecnica del bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento.

A differenza del terzo comma, gli interessi del primo comma non consentono all'amministrazione di respingere *sic et simpliciter* l'istanza, ma la obbligano a compiere un ulteriore passaggio motivazionale, al fine di verificare se la richiesta ostensione potrebbe cagionare un pregiudizio "concreto" a quegli stessi interessi.

L'amministrazione cioè è tenuta a verificare, una volta accertata l'assenza di eccezioni assolute, se l'ostensione degli atti possa determinare un pregiudizio concreto e probabile agli interessi indicati dal legislatore.

Questo concetto è bene espresso nelle Linee guida ANAC, secondo cui, nel caso di divieto relativo, "*non opera, come nel caso delle eccezioni assolute, una generale e preventiva individuazione di esclusioni all'accesso generalizzato, ma rinvia a una attività valutativa che deve essere effettuata dalle amministrazioni con la tecnica del bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico alla* disclosure *generalizzata e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento. L'amministrazione, cioè, è tenuta a verificare, una volta accertata l'assenza di eccezioni assolute, se l'ostensione degli atti possa determinare un pregiudizio concreto e probabile agli interessi indicati dal legislatore*".

[51] In tema di fattispecie escluse *ex* secondo comma, cfr. T.a.r. Lazio, Roma, n. 5006/2022, cit.; Cons. Stato, sez. III, 10.2.2022, n. 990.

Il richiamo espresso alla disciplina legislativa sulla protezione dei dati personali da parte dell'art. 5-*bis*, secondo comma, lett. a), del d.lgs. n. 33/2013, comporta che, nella valutazione del pregiudizio concreto, si faccia riferimento ai princìpi generali sul trattamento e, in particolare, a quelli di necessità, proporzionalità, pertinenza e non eccedenza, in conformità alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e del giudice amministrativo italiano, nonché al nuovo quadro normativo in materia di protezione dei dati introdotto dal regolamento (UE) n. 679/2016.

Il diniego dell'accesso non è quindi giustificato se, ai fini della protezione di tale interesse, è sufficiente il differimento dello stesso per la tutela degli interessi considerati dalla norma (art. 5-*bis*, quinto comma).

Capitolo Ottavo

I processi di digitalizzazione nella Pubblica Amministrazione

ENZA ROMANO

SOMMARIO: 1. Transizione digitale e Pubblica Amministrazione: a) la questione delle competenze; b) le modalità operative. – 2. Il Codice dell'Amministrazione Digitale. – 3. La "Carta della cittadinanza digitale": "i diritti digitali". – 3.1. Identità e domicilio digitale. – 3.2. L'alfabetizzazione digitale. – 3.3. La partecipazione democratica digitale. – 4. Il Codice di condotta tecnologica. – 5. Il Responsabile per la transizione al digitale (Rtd) e il difensore civico digitale. – 6. Il documento informatico. – 6.1. Le firme elettroniche. – 6.2. Il valore probatorio dei documenti digitali. – 7. Il protocollo informatico e il fascicolo informatico.

1. Transizione digitale e Pubblica Amministrazione: a) la questione delle competenze; b) le modalità operative

"*Amministrazione digitale*" può sembrare un ossimoro dal momento che all'amministrazione si associa spesso qualcosa di immobile nell'immaginario collettivo, qualcosa di statico; l'era del digitale, invece, è "fluida" e dinamica per definizione.

Storicamente la disciplina di diritto positivo ha sempre rincorso i processi di digitalizzazione che la tecnologia ha portato nella società, e quindi anche nella realtà amministrativa.

Talvolta si è determinato un disallineamento tra il fenomeno giuridico e quello reale, a discapito della tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei soggetti coinvolti. In altri termini, mentre la transizione digitale "spingeva" la trasformazione della società, il diritto positivo si affannava a disciplinare le conseguenze derivanti da detta transizione, in alcuni casi con evidenti ritardi, considerando che spesso la regolamentazione – di una certa tecnica o di un certo approccio digitale – si rivelava già superata quando veniva adottata, in altre ipotesi con clamorose accelerate, rispetto alle quali era poi difficile tenere il passo.

Il fenomeno della digitalizzazione è di grande impatto nel settore amministrativo, più di quanto si possa immaginare, e soprattutto con conseguenze applicative forti sulla vita quotidiana dei cittadini, più o meno consapevoli dei processi nei quali sono coinvolti [1].

La pubblica amministrazione costituisce un grande motore di innovazione e trasformazione.

La capacità rivoluzionaria del digitale apre scenari interessanti, che devono essere sfruttati consapevolmente per asservire lo sviluppo delle tecnologie al miglioramento della produttività e dell'efficienza della pubblica amministrazione [2].

La diffusione delle tecnologie ICT e la digitalizzazione dei procedimenti rappresentano infatti una opportunità di sviluppo per l'amministrazione, sia all'interno, sia all'esterno, nei rapporti con i cittadini e le imprese [3].

Si tratta di un fenomeno su scala sovranazionale, diffuso a livello europeo [4], che

---

[1] Sul tema della digitalizzazione pubblica, cfr. R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm*., 2, 2020, 305; F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. inform*., 2, 2015, 227; E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm*., 2, 2020, 271; R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA, *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020; G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Dir. inform*., 3, 2021, 431; G.P. CIRILLO, *I soggetti giuridici digitali*, 2019, in *www.giustizia-amministrativa.it*; C. CONTESSA, *Il Codice dell'Amministrazione digitale: la modernizzazione della P.A.*, 2018, in *www.giustizia-amministrativa.it*; P. FALLETTA, *Lo «Stato digitale» la trasparenza amministrativa in rete: le nuove piattaforme digitali per la diffusione di contenuti informativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2021, 559; M. FALCONE, *Big Data e Pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 3, 2017, 601; E.N. FRAGALE, *La cittadinanza amministrativa al tempo della digitalizzazione*, in *Dir. amm*., 2, 2022, 471; A. NATALINI, *Come il passato influenza la digitalizzazione delle Amministrazioni Pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1, 2022; P. PIRAS, *Il tortuoso cammino verso un'amministrazione digitale*, in *Dir. inform*., 1, 2020, 43; A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della Amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 4, 2019, 1149; M. SIMONCINI, *Lo "Stato digitale" e l'agire provvedi mentale dell'amministrazione e le sfide dell'innovazione tecnologica*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2, 2021, 529.

[2] L'uso delle tecnologie è uno strumento importante di riforma e di modernizzazione della pubblica amministrazione; costituisce "una grande leva per semplificazione e riorganizzazione dei procedimenti e promuove, a livello organizzativo, un maggiore coordinamento delle competenze e una loro concentrazione a livello centrale", in tal senso M.L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Foro amm*., 2016, 2535 ss.

Di recente, sui processi di digitalizzazione all'interno della pubblica amministrazione si vedano R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020; in particolare, cfr. G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazioni delle imprese*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *op. ult. cit.*, 321 ss.

[3] Cfr. E. CARLONI, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm*., 2015, 148-157; ID., *Digitalizzazione pubblica e differenziazione regionale*, in *Gior. dir. amm.,* 2018, 698-705. G. SGUEO, *L'amministrazione digitale*, in *Gior. dir. amm*., 2016, 114-118; M.L. Maddalena, *La digitalizzazione* cit., in *Foro amm*., 2016, 2535-2592.

[4] Cfr. Comunicazione della Commissione Europea del 26.9.2003 "Il ruolo dell'e-governament per il futuro dell'Europa". In dottrina, si veda G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio*

può considerarsi avviato in una prima fase, ma che necessita di ulteriori sviluppi.

Non si tratta soltanto di trasporre in chiave digitale ciò che esiste "in veste analogica", ma di rivoluzionare il modo di "pensare" e, quindi, di agire dell'amministrazione, in un'ottica di efficacia e di efficienza 4.0.

L'utilizzo delle nuove tecnologie ha già modificato e semplificato la comunicazione della pubblica amministrazione, l'accesso alle informazioni in suo possesso [5] e, in generale, le interazioni tra le pubbliche amministrazioni e gli utenti [6], con evidenti benefici in termini di tempi e di costi amministrativi.

La comunicazione digitale e lo scambio dei dati *on line* hanno richiesto la disponibilità di questi ultimi in modalità informatica e, quindi, la trasformazione dei moduli e degli strumenti utilizzati. Già in questa prima fase si è dunque resa necessaria l'alfabetizzazione informatica di tutti i soggetti coinvolti, sia dei pubblici funzionari sia dei cittadini.

---

del ventunesimo secolo, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2015, 611 ss., il quale traccia un quadro comparato delle riforme amministrative nei primi tre lustri del ventunesimo secolo – nel Regno Unito, in Francia e in Spagna –, segnati da un "*radicale cambiamento di contesto. Nonostante le potenzialità aperte dalla profonda trasformazione delle tecnologie produttive generata dalla rivoluzione digitale, la crescita degli anni Novanta del ventesimo secolo ha lasciato il posto alla crisi economico-finanziaria*".

La digitalizzazione costituisce un aspetto importante delle riforme amministrative nei Paesi europei. L'Autore riferisce che nel Regno Unito sono state adottate diverse misure "*per la formazione di un personale pubblico sempre più qualificato e digitale*"; in Francia è stato creato un "*sistema informatico unico dello Stato*" e, tra l'altro, è stato costituito un "*mercato unico semplificato per la partecipazione alle gare pubbliche da parte di piccole e medie imprese*", è stata implementata l'erogazione di servi pubblici in modalità digitale; in Spagna, infine, sono state adottate diverse misure volte alla digitalizzazione nei rapporti tra cittadino e potere pubblico, in particolare l'Autore segnala "*il tentativo del legislatore spagnolo di operare un'organica revisione della disciplina del procedimento alla luce dell'applicazione delle tecnologie digitali*". In Italia, un passaggio fondamentale nella digitalizzazione dell'attività della pubblica amministrazione si è avuto con l'introduzione del Codice dell'Amministrazione Digitale nel 2005.

La fluidità del processo di digitalizzazione e la necessità di continui aggiornamenti sono testimoniate dalle molteplici modifiche che il CAD ha registrato: emanato con il d.lgs. 7.3.2005, n. 82, è stato successivamente modificato e integrato prima con il d.lgs. 22.8.2016, n. 179 e poi con il d.lgs. 13.12.2017, n. 217 per promuovere e rendere effettivi i diritti di cittadinanza digitale. In dottrina si veda A.G. OROFINO, *La pubblicità telematica nell'impianto del Codice dell'amministrazione digitale*, in *Informatica e diritto*, Napoli, 2005, 147-166; ID., *Commento all'art. 57*, in G. CASSANO, C. GIURDANELLA (a cura di), *Il codice della pubblica amministrazione digitale,* Milano, 2005, 540-547.

[5] Cfr. F. MANGANARO, *Trasparenza e digitalizzazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2019, 25 ss.; M. CAPORALE, *Decreto Legislativo 10 agosto 2018 n. 106. L'accessibilità ai siti web e alle applicazioni mobili delle pubbliche amministrazioni. Digitalizzazione della Pubblica amministrazione e accessibilità (Analisi normativa)*, in *Gior. dir. amm*., 2019, 357-368.

[6] Cfr. A. MASUCCI, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line. Lineamenti del disegno normativo*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 117-152; A.G. OROFINO, *Sull'invio telematico di istanze e dichiarazioni alla pubblica amministrazione (nota a Tar Puglia, Bari, sez. III, 16 gennaio 2004, n. 88)*, in *Dir. Internet*, Milano, 2005, 65-71; ID., *Reti civiche e città digitali. La comunicazione pubblica online tra semplificazione, partecipazione e trasparenz*a, in *Cibersp. e dir.*, 2002, 325-336; in materia di sicurezza urbana, A. SIMONATI, *Rigenerazione urbana, politiche di sicurezza e governo del territorio: quale ruolo per la cittadinanza?*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 31 ss.

La prossima sfida è, invece, la trasformazione dei contenuti, l'adeguamento degli istituti del diritto amministrativo e la loro disciplina [7].

Il passo segnato dai processi di digitalizzazione, tuttavia, mostra alcune incertezze [8], risultando affaticato da molti fattori: l'amministrazione attraversa un momento (forse uno dei peggiori) di conclamata crisi, e il contesto socio-istituzionale di riferimento è contraddistinto da una cultura organizzativa diffusa, modestissima, e da una forte debolezza organizzativa [9].

Ecco allora che la digitalizzazione, da mera *chance* di miglioramento dei processi decisionali dell'amministrazione, può tradursi in un nuovo e sfidante *modus operandi*.

Il nuovo cittadino [10] si realizza solo attraverso una nuova amministrazione, affinché il sistema di diritto amministrativo, nell'ottica della "costituzionalizzazione" [11] della persona, sia in grado di rispondere ai bisogni e alle esigenze dei destinatari della sua azione.

Il punto di partenza e, al tempo stesso, la forza catalizzatrice di questo processo, sono i pubblici funzionari, le loro competenze e le risorse in loro possesso.

Le innovazioni digitali che il legislatore introduce rischiano di risultare inutili se non ci sono risorse in grado di attuarle o, ancora meglio, di implementarne le potenzialità "dall'interno". L'iniezione di "digitale" nel settore pubblico deve essere accompagnata da adeguati interventi in tal senso.

In caso contrario, il rischio è che veramente cambi tutto, per non cambiare

---

[7] Cfr. G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 611 ss., il quale evidenzia che "*la rivoluzione digitale … presuppone una cultura digitale diffusa sia nella burocrazia sia nei cittadini. E richiede un ripensamento complessivo di molti istituti del diritto amministrativo, non modifiche o adattamenti marginali*".

[8] Evidenzia le incognite del processo di digitalizzazione e delle strategie di e-government F. Martines, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Medialaws – Riv. dir. media*, 2, 2018, secondo il quale vanno ponderate le "*difficoltà applicative*" che detto processo comporta, tenuto conto del "*contesto reale dell'attività istituzionale delle autorità pubbliche, connotato da forti squilibri, risorse insufficienti, complessità burocratiche ed – in molti casi – anche grande arretratezza infrastrutturale e tecnologica*"; "*sotto altro profilo, l'azione di promozione della digitalizzazione della pubblica amministrazione pone rilevanti problemi in termini di sicurezza dei dati raccolti, gestiti e custoditi dall'amministrazione*".

[9] Fotografa lo stato dell'amministrazione pubblica in Italia il Prof. Sabino Cassese, nel Suo intervento alla presentazione a Roma del fascicolo 1/2019 "*Cosa resta della P.A.*" della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, secondo il quale l'amministrazione pubblica è stretta in una "morsa": da una parte, gode di una pessima fama presso la società, e dall'altra, della massima sfiducia da parte dello Stato (inteso come Stato-governo). Si rinvia, inoltre, alle riflessioni del Maestro nel saggio "*Cosa resta dell'amministrazione pubblica*" in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019.

[10] Il riferimento è chiaramente al volume di F. BENVENUTI, I*l nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

[11] L'espressione è quella utilizzata da S. RODOTÀ in *Il diritto di avere diritti*, Roma, 2013, 9.

niente, facendo prevalere quella "immagine" immobile (e cupa) dell'apparato amministrativo, resistente all'infiltrazioni innovative [12].

a) La questione delle competenze

Innanzitutto, si pone una questione di conoscenza e competenza degli apparati amministrativi.

Transizione digitale nella pubblica amministrazione non significa semplicemente che l'amministrazione debba porre in essere un passaggio da file cartacei a file digitali e utilizzo del Web [13], piuttosto significa che l'amministrazione deve cambiare modo di "pensare" e di adottare decisioni.

Fino a quando i funzionari, ciascuno in relazione ai propri compiti, non avranno acquisito competenze digitali, l'utilizzo delle tecnologie nei processi amministrativi rischia di essere un fenomeno poco pervasivo.

Si pensi all'introduzione del "*Building Information Modeling*" (BIM) nei contratti pubblici, che offre una importante occasione di riflessione per gli operatori del settore e per i giuristi.

La possibilità di utilizzare strumenti elettronici specifici, quali gli strumenti di simulazione elettronica per le informazioni edilizie o strumenti analoghi, è stata sancita dall'art. 22, quarto comma della Direttiva appalti 2014/24/UE. Detta indicazione è stata recepita e sviluppata dall'art. 23, tredicesimo comma del d.lgs. n. 50/2016 e dal relativo decreto di attuazione del MIT n. 560/2017.

Non esiste una vera e propria definizione di BIM [14]. In ogni caso, l'utilizzo della modellazione informativa consente di adoperare un modello virtuale dettagliatissimo dell'opera pubblica: la progettazione BIM non si ferma al mero *rendering*, ma contiene le informazioni specifiche circa le funzionalità e le prestazioni di ogni oggetto della progettazione, quindi dell'opera pubblica da realizzare.

Le potenzialità del BIM sono significative: la modellazione informativa è in grado di "superare sé stessa", presentando un livello di dettaglio tale da prefigurare i possibili interventi di manutenzione di cui il bene necessiterà nel corso del suo ciclo-vita.

La caratteristica precipua del BIM è l'interoperabilità, vale a dire è la capacità di utilizzare, gestire e comunicare i dati elettronici relativi a un progetto tra i vari

---

[12] "*Poiché ogni amministrazione è al centro della società, se non ne eguaglia il dinamismo, diventa forza frenante. La freccia della storia è rallentata.* (…) *L'ossificazione amministrativa trasforma la p.a. in una forza ostativa*", in tal senso S. CASSESE, *Cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019.

[13] Cfr. D.U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, in *Federalismi.it*, 7, 2022.

[14] Si rinvia per la trattazione del Building Information Modeling al capitolo dedicato all'argomento.

partecipanti alle attività di progettazione, ingegnerizzazione, costruzione e manutenzione e ai processi di business correlati: l'interoperabilità in ambito BIM si può ottenere utilizzando uno schema aperto e gestito pubblicamente (dizionario) con un linguaggio standard.

Grandissimi sono gli aspetti positivi che si traducono in assoluti vantaggi per la pubblica amministrazione, che così, può rispettare i tempi dei cronoprogrammi senza sforare i preventivi dei costi. I vantaggi non sono soltanto economici, dal momento che è assicurata una maggiore comprensione e trasparenza del progetto, un maggiore coinvolgimento delle parti interessate e una migliore sostenibilità ambientale dell'intervento.

Una tecnica così innovativa richiede conoscenze specifiche, di cui evidentemente l'amministrazione è sfornita.

Lo sviluppo del BIM e la sua diffusione sono fenomeni su scala mondiale; nel settore privato la nuova tecnica è già diffusa, ma la vera sfida è il settore pubblico, che rappresenta gran parte della realizzazione di opere edilizie.

L'art. 23 del d.lgs. n. 50/2016, infatti, stabilisce che "*l'uso dei metodi e degli strumenti elettronici può essere richiesto soltanto dalle stazioni appaltanti dotate di personale adeguatamente formato*". Dunque, la formazione dei funzionari diventa il fulcro della prospettata riforma in materia di progettazione, esecuzione e gestione delle opere pubbliche.

b) Le modalità operative

La digitalizzazione dei processi decisionali amministrativi è un fenomeno complesso, ma può comportare vantaggi significativi: può semplificare la gestione delle relazioni con i cittadini, può migliorare servizi, può accrescere il livello di soddisfazione dei cittadini e la qualità della vita, può ottimizzare i processi decisionali, è in grado di facilitare l'identificazione di frodi e ridurre il contenzioso.

A fini descrittivi, possiamo enucleare una sorta di "gradualità" dell'intensità dei processi di applicazione delle nuove tecnologie di informazione e della comunicazione alla pubblica amministrazione: dalla trasformazione (e trasmigrazione) del rapporto cittadino/amministrazione dall'ufficio, fisicamente inteso, alle piattaforme informatiche, fino alla automazione delle decisioni.

La digitalizzazione dei procedimenti amministrativi significa innanzitutto informatizzazione del rapporto cittadino/pubblica amministrazione: l'utilizzo delle piattaforme digitali si sostituisce al rapporto tra cittadino e amministrazione come luogo fisico.

Si pensi allo SPID, quel sistema di autenticazione che permette a cittadini ed imprese di accedere ai servizi online della pubblica amministrazione con un'identità digitale unica. L'identità SPID è costituita da credenziali (nome utente e password) che vengono rilasciate all'utente e che permettono l'accesso a tutti i servizi online.

Il rapporto è *one to one*: la tutela della privacy viene assicurata attraverso i meccanismi di autenticazione, che garantiscono l'identità del soggetto richiedente.

Si pensi anche al SUAP telematico che, attraverso la concentrazione e/o unificazione dei vari procedimenti che riguardano attività produttive, garantisce la gestione dei rapporti per via telematica.

La digitalizzazione dei procedimenti amministrativi significa anche che l'amministrazione può compiere una *istruttoria non documentale* avvalendosi di strumenti e tecnologie digitali.

Può ricorrere all'analisi dei così detti "*big data*", vale a dire quella quantità sterminata di informazioni digitalizzate che sono nel possesso della pubblica amministrazione e che possono essere utilizzate come fondamento per assumere una decisione più efficace rispetto al caso di specie; si pone il problema di catalogare i dati, selezionarli, estrarli, renderli disponibili alle amministrazioni diverse.

Il rapporto cittadino/amministrazione si digitalizza nella fase prodromica alla assunzione della decisione, con l'obiettivo della interattività.

Ma digitalizzazione significa anche che l'amministrazione può utilizzare algoritmi per decidere.

L'informatica tradizionale utilizza l'algoritmo che consente di risolvere un problema attraverso un numero finito di istruzioni impartite, chiare e non ambigue ed ogni elaborazione è precisamente definita.

L'uso di algoritmi consente di automatizzare in maniera tracciabile *iter* procedimentali interni a bassa complessità e alto costo, standard e routinari, senza invadere il campo delle scelte discrezionali [15].

Infine, nella "gradualità" della digitalizzazione, l'amministrazione può ricorrere all'intelligenza artificiale (che è un *plus*), *machine learning* fino a diventare *deep learning*.

L'intelligenza artificiale va oltre gli algoritmi.

Il punto di partenza sono i processi cognitivi della mente umana e della intelligenza umana, che non sono processi del tutto definiti.

---

[15] In Italia, si segnala la decisione del MIUR di servirsi di un sistema informatico per la riallocazione del corpo docente sul territorio nazionale, caso vagliato con un pronunciamento del Consiglio di Stato a favore dell'uso di procedure automatizzate. Alcuni docenti di scuola secondaria a seguito della loro assegnazione presso sedi di servizio sulla base dei risultati dell'algoritmo hanno presentato ricorso sostenendo che la procedura informatica avrebbe prodotto un provvedimento amministrativo senza tener conto delle preferenze indicate dalle rispettive domande e privo di motivazione. Ne sarebbe derivato, a parere dei ricorrenti, un pregiudizio al criterio meritocratico e un consistente *deficit* di trasparenza nelle procedure, posto che risultavano non conoscibili le modalità di funzionamento dell'algoritmo. Il caso ha rappresentato una importante occasione per una prima ricostruzione sistematica del problema, nella sentenza n. 2270/2019 in cui il Consiglio di Stato ha, infatti, chiarito che l'uso di algoritmi e di procedure automatizzate può essere assimilato a tutti gli effetti ad un "*atto amministrativo informatico*" poiché regola amministrativa costruita dall'uomo e che, in quanto tale, dovrà necessariamente sottostare a principi di ragionevolezza, proporzionalità, di pubblicità e trasparenza (Cons. Stato, sez. VI, 8.4.2019, n. 2270).

Per questa strada, le frontiere della automazione delle decisioni sono strettamente collegate alla attività predittiva [16].

Il sistema di *machine learning* si riferisce a tecniche informatizzate di apprendimento automatico di strategie risolutive e previsionali in base all'esperienza; è lo studio di algoritmi che, partendo da dati e casistica passata, sintetizzano automaticamente nuove conoscenze utili per risolvere automaticamente nuove casistiche future [17].

Il primo passaggio è rappresentato dalla raccolta e dalla selezione della casistica di riferimento, che costituisce l'*input* dell'algoritmo di *Machine Learning*. All'esito della elaborazione dell'algoritmo si viene a creare il modello predittivo, che opera su dati reali e fornisce la soluzione al problema concreto, producendo un output finale.

A questo punto, il processo decisionale può attuarsi sulla scorta della soluzione fornita dal modello predittivo. In questa ultima fase ci può essere la mediazione del decisore umano oppure l'assunzione della decisione può essere totalmente automatizzata

Nel caso in cui vi sia comunque il decisore umano, la responsabilità della scelta ricade su di lui.

Se la decisione fosse completamente automatizzata, si porrebbe il problema della attribuzione della responsabilità e non sarebbe l'unico problema che il *machine learning* creerebbe. Ci potrebbe essere un difetto, una fallacia nella casistica di riferimento alla base dell'algoritmo. Così come si pone un grande problema di trasparenza e di intelligibilità dei meccanismi di assunzione della decisione. Non viene spiegato come si arriva all'*output* del modello predittivo, quali sono i passaggi del ragionamento alla base dell'*output* e, quindi, della soluzione al caso.

È essenziale che il diritto dell'amministrazione pubblica interagisca con gli strumenti della innovazione tecnologica; non deve limitarli, ma legittimarli verso prospettive compatibili con i diritti [18].

2. Il Codice dell'Amministrazione Digitale

L'assetto normativo di riferimento, in materia di digitalizzazione nella Pubblica Amministrazione è costituito dal d.lgs. n. 82/2005, c.d. Codice dell'Ammini-

[16] D.U. GALETTA, *Transizione digitale*, cit.

[17] C. TASSO, *Attori, processi, meriti e responsabilità nell'utilizzo di algoritmi di Intelligenza Artificiale: il caso del Machine Learning*, in R. CAVALLO PERIN (a cura di), *op. cit*., 29.

[18] R. CAVALLO PERIN, *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Collane@unito.it, *https:///www.collane.unito.it/oa/items/show/70.*

strazione Digitale (CAD) che negli anni, sin da ultimo nel 2021, è stato oggetto di significative modifiche legislative [19].

In merito all'ambito di applicazione, l'art. 2 del Codice, nello stabilire che gli obblighi primari in ordine alla disponibilità, gestione, accesso, trasmissione, conservazione e fruibilità dell'informazione in modalità digitale incombono nei confronti dello Stato, Regioni e autonomie locali, stabilisce che le disposizioni del CAD si applicano: a) alle pubbliche amministrazioni; b) ai gestori di servizi pubblici, ivi comprese le società quotate, in relazione ai servizi di pubblico interesse; c) alle società a controllo pubblico, di cui al d.lgs. n. 175/2016 [20].

Il CAD si applica anche a tutti i soggetti privati limitatamente alle norme in materia di documento informatico, firma digitale, servizi fiduciari, domicilio digitale e comunicazioni elettroniche, nonché agli organismi di diritto pubblico per ciò che attiene alle disposizioni concernenti l'accesso ai documenti informatici e la fruibilità delle informazioni digitali.

Le disposizioni del Codice si applicano ai processi civile, penale, amministrativo, contabile e tributario, in quanto compatibili e salvo che non sia diversamente disposto dalle disposizioni in materia di processo telematico.

Infine, si precisa che le disposizioni Codice non si applicano limitatamente all'esercizio delle attività e funzioni di ordine e sicurezza pubblica, difesa e sicurezza nazionale, polizia giudiziaria e polizia economico-finanziaria e consultazioni elettorali, nonché alle comunicazioni di emergenza e di allerta in ambito di protezione civile.

Circoscritto l'ambito applicativo, vale la pena analizzare di seguito i principali istituti disciplinati dal Codice.

3. La "Carta della cittadinanza digitale": "i diritti digitali"

La legge delega n. 124/2015 [21] prevede, all'art. 1, una serie di criteri direttivi al fine di creare la "Carta della cittadinanza digitale", destinata a garantire ai cittadini e alle imprese, anche attraverso l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, il diritto di accedere a tutti i dati, documenti e servizi in

---

[19] I correttivi più importanti sono i seguenti: d.lgs. n. 179/2016, d.lgs. n. 217/2017, d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020, d.l. n. 77/2021, conv. in l. n. 108/2021 (cc.dd. decreti Semplificazioni), d.l. n. 152/2021, conv. in l. n. 233/2021.

[20] Con la precisazione "*escluse le società quotate di cui all'articolo 2, comma 1, lettera p), del medesimo decreto che non rientrino nella categoria di cui alla lettera b)*".

[21] L. 7.8.2015, n. 124 ("*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*"), *G.U.*, Serie gen., n. 187 del 13.8.2015.

modalità digitale, nonché la semplificazione nell'accesso ai servizi alla persona, riducendo la necessità dell'accesso fisico agli uffici pubblici.

In attuazione della delega, il d.lgs. n. 179/2016 [22], successivamente integrato e corretto dal d.lgs. n. 217/2017 [23], ha profondamente innovato il CAD, con particolare riferimento all'estensione dell'ambito di applicazione, alle norme sulla *governance* dell'amministrazione digitale e la produzione di norme tecniche, alla firma digitale per adeguare la disciplina nazionale a quella europea, implementando alcuni diritti, cc.dd. "diritti digitali", quali il diritto all'assegnazione di un'identità digitale attraverso la quale accedere e utilizzare i servizi erogati in rete dalle pubbliche amministrazioni, il diritto all'inserimento di un proprio domicilio digitale nell'Anagrafe nazionale della popolazione residente e il diritto a eleggere un proprio domicilio speciale digitale.

Successivamente è intervenuto il decreto Semplificazioni del 2020, che ha inciso su una molteplicità di istituti, al fine di incentivare, con maggiore decisione, la transizione pubblica al digitale, ridisegnando l'identità digitale e l'accesso ai servizi digitali, la razionalizzazione delle infrastrutture digitali, la notificazione digitale degli atti, provvedimenti e comunicazioni, la circolarità del dato anagrafico e la disponibilità e interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni.

L'art. 3 del CAD espressamente prevede che "chiunque" ha il diritto di usare, in modo accessibile ed efficace, le soluzioni e gli strumenti previsti dal CAD nei rapporti con la pubblica amministrazione, anche ai fini dell'esercizio dei diritti di accesso e della partecipazione al procedimento amministrativo, fermi restando i diritti delle minoranze linguistiche riconosciute.

Sussiste dunque un diritto dei cittadini all'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche Amministrazioni, a fronte del quale vi è un dovere di queste ultime di consentire che tale uso sia effettivamente garantito adottando tutti i comportamenti necessari.

L'art. 7 del CAD dispone, di conseguenza, che le pubbliche amministrazioni provvedano alla riorganizzazione e all'aggiornamento dei servizi resi, sulla base di una preventiva analisi delle reali esigenze degli utenti, e rendano disponibili *on-line* i propri servizi in modo da garantirne l'erogazione in forma digitale, semplice e integrata ai cittadini.

Il principio guida da seguire è dunque quello del "*digital first*" in modo che il

---

[22] D.lgs. 26.8.2016, n. 179 ("*Modifiche ed integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ai sensi dell'articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*"), *G.U.*, Serie gen., n. 214 del 13.9.2016.

[23] D.lgs. 13.12.2017, n. 217 ("*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179, concernente modifiche ed integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ai sensi dell'articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*"), *G.U.* n. 9 del 12.1.2018.

digitale diventi lo strumento principale di relazione con l'amministrazione.

Lo stesso art. 3-*bis* della l. n. 241/1990, come modificato nel 2020 [24], prevede che le pubbliche amministrazioni, al fine di conseguire maggiore efficienza nella loro attività, agiscano mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati.

Funzionali a tale disegno sono le disposizioni sull'identità digitale e sul domicilio digitale.

3.1. Identità e domicilio digitale

Per "identità digitale" il Codice intende la rappresentazione informatica della corrispondenza tra un utente e i suoi attributi identificativi, verificata attraverso l'insieme dei dati raccolti e registrati in forma digitale secondo determinate modalità [25].

Tramite la propria identità digitale, "*chiunque ha il diritto di accedere ai servizi*" on-line offerti dalla Pubblica amministrazione.

Il diritto all'identità digitale realizza un ulteriore passo in avanti nella definizione dei cosiddetti "nuovi diritti", esplicitando con chiarezza la volontà di passare dalla disciplina del processo di digitalizzazione a quella dei diritti digitali di cittadini e imprese, e ciò non coincide con la formula, presente nel testo originario del Codice dell'Amministrazione Digitale e superata con la novella del 2006, d'identità informatica né con quella d'identità personale, che la giurisprudenza costituzionale ha definito come elemento del patrimonio irretrattabile della persona umana, si tratta di un cambiamento di approccio alla materia che non potrà non avere dei riflessi anche su tematiche particolarmente sensibili quali la tutela della cosiddetta "reputazione in rete", il collegato diritto all'oblio e alla "autodeterminazione informativa" [26].

Con il decreto Semplificazioni del 2020 è introdotto il comma secondo *duodecies* all'art. 64 del CAD, che equipara la verifica dell'identità digitale alla esibizione di un documento d'identità, in modo che, con riguardo alla equipollenza dei documenti di riconoscimento nei casi previsti dal d.p.r. n. 445/2000, la verifica

---

[24] Al primo comma, introdotto dall'art. 12, primo comma, lett. b), l. n. 120/2020.

[25] Art. 1, primo comma, lett. u-*quater)*, CAD. Sull'*identifying identity* e il rapporto tra identificazione e identità nello sviluppo del sistema di tutela civile della personalità, v. G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. inform*, 3, 2007, 511.

[26] Cfr. Cons. Stato, parere n. 785/2016 (Cons. Stato, Ad. della Commissione speciale del 17.3.2016, n. affare 00430/2016, oggetto: *Schema di decreto legislativo recante "modifiche e integrazioni al Codice dell'Amministrazione Digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ai sensi dell'articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle Amministrazione pubbliche*").

dell'identità digitale con SPID e CIE sostituisce l'esibizione o la trasmissione di copia del documento di identità in tutti i casi in cui è richiesta, con evidente semplificazione procedimentale per cittadini e imprese. L'identità digitale, così verificata, attesta gli attributi qualificati dell'utente, ivi compresi i dati relativi al possesso di abilitazioni o autorizzazioni richieste dalla legge ovvero stati, qualità personali e fatti contenuti in albi, elenchi o registri pubblici o comunque accertati da soggetti titolari di funzioni pubbliche.

Il domicilio digitale è invece definito quale "*indirizzo elettronico eletto presso un servizio di posta elettronica certificata o un servizio elettronico di recapito certificato qualificato*", valido ai fini delle comunicazioni elettroniche aventi valore legale [27].

Il Codice individua, all'art. 3-*bis*, due tipologie di domicili digitali: per il primo comma, hanno l'obbligo di dotarsi di un domicilio digitale tutti i soggetti pubblici, i professionisti tenuti all'iscrizione in albi ed elenchi e i soggetti tenuti all'iscrizione nel registro delle imprese [28]; per il comma primo *bis*, chiunque ha facoltà di eleggere il proprio domicilio digitale.

Infine, è prevista la possibilità di eleggere un domicilio digitale speciale per determinati atti, procedimenti o affari. In tal caso, ferma restando la validità ai fini delle comunicazioni elettroniche aventi valore legale, colui che lo ha eletto non può opporre eccezioni relative alla forma e alla data della spedizione o del ricevimento delle comunicazioni o notificazioni ivi indirizzate [29].

L'art. 3 va letto in maniera integrata con l'art. 6 CAD, sulle modalità di utilizzo del domicilio digitale, a norma del quale: le comunicazioni tramite i domicili digitali sono effettuate agli indirizzi inseriti negli elenchi ovvero o a quello eletto come domicilio speciale per determinati atti o affari. Le comunicazioni elettroniche trasmesse a uno dei domicili digitali producono, quanto al momento della spedizione e del ricevimento, gli stessi effetti giuridici delle comunicazioni a mezzo raccomandata con ricevuta di ritorno ed equivalgono alla notificazione per mezzo della posta [30].

---

[27] Art. 1, primo comma, lett. n-*ter*), CAD.

[28] Art. 3-*bis*, primo comma, CAD: "*I soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, i professionisti tenuti all'iscrizione in albi ed elenchi e i soggetti tenuti all'iscrizione nel registro delle imprese hanno l'obbligo di dotarsi di un domicilio digitale iscritto nell'elenco di cui agli articoli 6-bis o 6-ter*".

[29] Art. 3-*bis*, comma quarto *quinquies*.

[30] T.a.r. Sardegna, Cagliari, sez. I, 14.2.2022, n. 99: "*In relazione alle conseguenze che possono prodursi nei casi in cui la comunicazione non sia stata effettivamente recapitata all'amministrazione e debba invece, per produrre i suoi effetti, giungere effettivamente nella disponibilità dell'amministrazione, la disposizione di cui all'art. 6 del codice dell'amministrazione digitale sulla (mancata) avvenuta consegna per causa imputabile al destinatario può avere rilievo ai soli fini della prova del rispetto dei termini, ma non anche sulla valutazione della legittimità della successiva azione dell'amministrazione. Se è vero che a norma dell'art. 3 del codice*

Il completamento del nuovo sistema identitario si realizza con il "*Sistema pubblico dell'identità digitale*" (SPID) costituito come insieme aperto di soggetti pubblici e privati che, previo accreditamento da parte dell'AgID, identificano gli utenti per consentire loro il compimento di attività e l'accesso ai servizi in rete [31].

SPID si risolve in un sistema di autenticazione tramite il quale i privati possono accedere ai servizi *on line* della Pubblica amministrazione, anche in mobilità, con un solo nome utente e un'unica *password*, al fine di superare, riducendo a unità l'accesso al sistema informatico vigente, la complessità della situazione attuale in cui ogni P.A. e ogni ente pubblico prevede, per l'utilizzo dei propri servizi *on line*, modalità diverse di accesso secondo le procedure stabilite da ciascun ente.

3.2. L'alfabetizzazione digitale

Al fine di garantire la corretta attuazione della riforma digitale, fattore essenziale è l'"alfabetizzazione", vale a dire un piano di formazione ed educazione digitale rivolto ai cittadini e necessario a superare sia il *gap* in tema di "cultura digitale" dei cittadini e degli operatori pubblici, sia il cosiddetto "*digital divide*" tra differenti aree geografiche e classi di età della popolazione.

Ai sensi dell'art. 8 CAD, è obbligo dello Stato e dei soggetti pubblici favorire la diffusione della cultura digitale tra i cittadini, con particolare riguardo ai minori e alle categorie a rischio di esclusione, anche al fine di favorire lo sviluppo di competenze di informatica giuridica e l'utilizzo dei servizi digitali delle pubbliche amministrazioni con azioni specifiche e concrete, avvalendosi di un insieme di mezzi diversi, fra i quali il servizio radiotelevisivo.

---

dell'amministrazione digitale sussiste un diritto dei cittadini all'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche Amministrazioni, a fronte del quale vi è un dovere di queste ultime di consentire che tale uso sia effettivamente garantito adottando tutti i comportamenti necessari, tra cui la cura della casella di posta elettronica onde evitare che risulti piena, è altresì vero che la violazione di tali doveri, come è nel caso di specie, non può comportare, almeno in assenza di una espressa previsione di legge, una presunzione di conoscenza del contenuto di documenti che non erano pervenuti all'Amministrazione. Pertanto, il destinatario della comunicazione dei motivi ostativi che, a fronte della ricevuta di mancata consegna delle osservazioni trasmesse all'Amministrazione via PEC, non provvede a re-inoltrarle «incorre in una violazione dei canoni comportamentali della correttezza e della buona fede che permeano tutti i rapporti, anche quelli tra Amministrazione e cittadini […]".

[31] Art. 64, comma secondo *ter*, CAD.

3.3. La partecipazione democratica digitale

Ai sensi dell'art. 9 del CAD, le pubbliche amministrazioni devono fornire ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all'estero, al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili e migliorare la qualità dei propri atti, anche attraverso l'utilizzo degli stessi ove previsto, e, nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente, di forme di consultazione preventiva per via telematica sugli schemi di atto da adottare.

Nella prospettiva della digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche, sin dalla sua introduzione, tale norma è stata da più parti considerata quale "*norma di indirizzo*" avente rilievo organizzativo, inquadrabile per lo più tra le previsioni volte a favorire forme digitali di partecipazione ai processi decisionali pubblici; tuttavia il suo contenuto è fortemente innovativo se ricondotto al riferimento alle nuove tecnologie e alle diverse dinamiche che queste consentono; infatti, rispetto alla partecipazione di cui alla l. n. 241/1990, la "*partecipazione democratica elettronica*" potrebbe rappresentare uno strumento essenziale per la co-creazione e l'arricchimento del patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni [32].

4. Il Codice di condotta tecnologica

Il nuovo art. 13-*bis* del CAD, introdotto nel 2020, prevede l'adozione del Codice di condotta tecnologica, con provvedimento da emanarsi su istanza del Capo dipartimento della struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per la trasformazione digitale, previo parere dell'AgID, del nucleo per la sicurezza cibernetica e della Conferenza Unificata. Nel Codice devono essere indicate le modalità di progettazione, sviluppo e implementazione dei progetti, dei sistemi informativi e dei servizi digitali delle pubbliche amministrazioni, nel rispetto della disciplina in materia di perimetro nazionale di sicurezza cibernetica, che saranno vincolanti per tutte le pubbliche amministrazioni.

Le pubbliche amministrazioni, per la realizzazione di progetti coerenti con il

---

[32] Il rilievo è di G. CARULLO, *Open Data e partecipazione democratic*a, in *Ist. federalismo*, 3, 2019, 685 ss., il quale cita a sua volta sul punto V.M. PIETRANGELO, *Le pubbliche amministrazioni sul web tra comunicazione, consultazione e partecipazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. La tecnificazione*, IV, Firenze, 2017, 103; B. PONTI, *La promozione dell'eDemocracy*, in E. CARLONI (a cura di), *Codice dell'Amministrazione digitale*, Rimini, 2005, 114; nonché F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. inform.*, 2, 2015, 260.

Codice di condotta tecnologica, possono avvalersi, singolarmente o in forma associata, di uno o più esperti in possesso di comprovata esperienza e qualificazione professionale nello sviluppo e nella gestione di processi complessi di trasformazione tecnologica e progetti di trasformazione digitale, nel limite delle risorse progettuali rese disponibili per lo scopo.

Il Codice di condotta tecnologica indica, altresì, le principali attività, ivi compresa la formazione del personale, che gli esperti svolgono in collaborazione con il responsabile per la transizione digitale dell'amministrazione pubblica interessata, nonché il limite massimo di durata dell'incarico, i requisiti di esperienza e qualificazione professionale e il trattamento economico massimo da riconoscere agli esperti.

È attribuita all'AgID la verifica del rispetto del Codice di condotta tecnologica da parte dei soggetti interessati oltre che il potere di diffidare i soggetti a conformarsi agli obblighi previsti dal Codice. In particolare, la progettazione, la realizzazione e lo sviluppo di servizi digitali e di sistemi informatici, in violazione del Codice di condotta tecnologica, costituiscono il mancato raggiungimento di uno specifico risultato e di un rilevante obiettivo e, dunque, sono oggetto di responsabilità dirigenziale, comportando la riduzione, non inferiore al 30%, della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale dei dirigenti competenti, oltre al divieto di attribuire premi o incentivi nell'ambito delle medesime strutture.

5. Il Responsabile per la transizione al digitale (Rtd) e il difensore civico digitale

Ai sensi dell'art. 17 CAD, ciascuna pubblica amministrazione affida a un unico ufficio dirigenziale generale la transizione alla modalità operativa digitale e i conseguenti processi di riorganizzazione finalizzati alla realizzazione di un'amministrazione digitale e aperta, di servizi facilmente utilizzabili e di qualità, attraverso una maggiore efficienza ed economicità.

Il ruolo di Responsabile per la Transizione al Digitale è, dunque, svolto da dirigente interno alla pubblica amministrazione che deve garantire, operativamente, la trasformazione digitale della Pubblica Amministrazione, incentivando lo sviluppo dei servizi pubblici digitali e l'adozione di modelli di relazione trasparenti e aperti con i cittadini [33].

Il Difensore civico digitale, invece, è una figura prevista dal CAD a garanzia

[33] Gli specifici compiti sono elencati dalla lett. a) alla lett. j-*bis*), dell'art. 17 CAD.

dei diritti digitali di cittadini e imprese e pertanto si richiede sia dotata di adeguati requisiti di "*terzietà, autonomia e imparzialità*" [34].

L'Ufficio del Difensore civico è istituito presso l'AgID e assume la preminente funzione di raccogliere le segnalazioni relative alle presunte violazioni del CAD o di ogni altra norma in materia di digitalizzazione ed innovazione.

6. Il documento informatico

Il "documento informatico" è definito dal CAD come il "*documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti*" [35], rispetto al quale il documento analogico viene definito, per esclusione, quale rappresentazione "non informatica" di fatti, atti o dati giuridicamente rilevanti.

In precedenza, la normativa in tema di documenti digitali era contenuta agli artt. 8 ss. del d.p.r. n. 445/2000 (Testo unico sulla documentazione amministrativa), oggi invece la relativa disciplina è collocata nel CAD, nonché nel Regolamento europeo n. 910/2014 [36] (c.d. e-IDAS, "*Electronic Identification Authentication and Signature*"). Tale regolamento si prefigge l'obiettivo di rafforzare la fiducia nelle transazioni elettroniche nel mercato interno, fornendo una base normativa comune per interazioni elettroniche sicure fra cittadini, imprese e autorità pubbliche, in modo da migliorare l'efficacia dei servizi elettronici pubblici e privati, nonché dell'*eBusiness* e del commercio elettronico nell'Unione europea [37].

Alla disciplina codicistica e regolamentare si aggiungono le Linee guida sulla formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici, adottate dall'AgiD con determina n. 407/2020 ed entrate in vigore l'1.1.2022.

Le Linee guida, a partire dalla data di effettiva applicazione [38], abrogano i precedenti riferimenti normativi: il d.p.c.m. 13.11.2014, contenente "*Regole tecniche in materia di formazione, trasmissione, copia, duplicazione, riproduzione e validazione temporale dei documenti informatici*"; il d.p.c.m. 3.12.2013, contenente "*Regole*

---

[34] Cfr. comma primo *quater*, art. 12, CAD.

[35] Art. 1, primo comma, lett. p), CAD.

[36] Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23.7.2014 in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la Direttiva 1999/93/CE.

[37] Cfr. considerando 2) del regolamento. Sull'influenza delle politiche europee nella costruzione di una amministrazione digitale nazionale, C. LEONE, *Il ruolo del diritto europeo nella costruzione dell'amministrazione digitale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 3-4, 2014, 867.

[38] Ossia dal "*duecento settantesimo giorno successivo alla loro entrata in vigore*".

tecniche in materia di sistema di conservazione" (fatti salvi alcuni articoli [39]).

Le linee guida AgiD contengono la nuova versione delle regole tecniche che disciplinano le fasi principali in cui si articola il processo di gestione documentale: dalla formazione alla protocollazione, gestione e conservazione del documento informatico. Il sistema di gestione informatico dei documenti deve essere efficiente e sicuro, e proprio a tal fine "*deve essere necessariamente presidiato da specifiche procedure e strumenti informatici, in grado di governare con efficacia ogni singolo accadimento che coinvolge la vita del documento ed effettuata secondo i principi generali applicabili in materia di trattamento dei dati personali anche mediante un'adeguata analisi del rischio*" [40].

Il valore giuridico-probatorio dei documenti informatici dipende *in primis* dalla possibilità di determinarne con certezza la provenienza, attraverso l'apposizione di una firma ugualmente elettronica, stante il collegamento generale identificativo della firma rispetto all'autore di un documento.

La normativa nazionale ed europea prevede a tal fine un apposito sistema di firme elettroniche e digitali.

6.1. Le firme elettroniche

L'originaria versione del CAD prevedeva, all'art. 1, tra le definizioni, quattro tipologie di firme: elettronica, elettronica avanzata, elettronica qualificata e digitale.

Sennonché, il d.lgs. 179/2016, al fine dell'adeguamento al Regolamento eIDAS, nel quale, tra l'altro, sono state definite le norme e le procedure per l'interoperabilità a livello europeo delle firme elettroniche, ha soppresso le definizioni del CAD di firma elettronica, firma elettronica avanzata e firma qualificata (l'art. 1, comma primo *bis*, del CAD rinvia, infatti, alle definizioni contenute nell'art. 3 del Regolamento eIDAS), lasciando nel Codice la sola definizione di "firma digitale".

Quest'ultima viene qualificata come "*un particolare tipo di firma qualificata basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare di firma elettronica tramite la chiave privata a un soggetto terzo tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici*" [41].

---

[39] Disposizioni fatte salve: art. 2, primo comma, Oggetto e ambito di applicazione; art. 6, Funzionalità; art. 9, Formato della segnatura di protocollo; art. 18 commi 1 e 5, Modalità di registrazione dei documenti informatici; art. 20, Segnatura di protocollo dei documenti trasmessi e art. 21, Informazioni da includere nella segnatura.

[40] Cfr. i "*Principi generali della gestione documentale*" delle Linee guida.

[41] Art. 1, primo comma, lett. s), CAD.

Il Regolamento eIDAS distingue le seguenti tipologie di firme [42]:

1. "*firma elettronica*" (FE), dati in forma elettronica, acclusi oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici e utilizzati dal firmatario per firmare;

2. "*firma elettronica avanzata*" (FEA), una firma elettronica che soddisfi i seguenti requisiti: connessa unicamente al firmatario, idonea a identificare il firmatario, creata mediante dati per la creazione di una firma elettronica che il firmatario può, con un elevato livello di sicurezza, utilizzare sotto il proprio esclusivo controllo e collegata ai dati sottoscritti in modo da consentire l'identificazione di ogni successiva modifica di tali dati;

3. "*firma elettronica qualificata*" (FEQ), una firma elettronica avanzata creata da un dispositivo per la creazione di una firma elettronica qualificata e basata su un certificato qualificato per firme elettroniche.

6.2. Il valore probatorio dei documenti digitali

La normativa europea, nel rispetto del c.d. "principio della neutralità tecnologica" [43], prevede che "*a un documento elettronico non sono negati gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova in procedimenti giudiziali per il solo motivo della sua forma elettronica*" [44].

Con riguardo al valore probatorio del documento informatico, l'art. 20 CAD stabilisce espressamente che "*il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile*", in base al quale una scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta [45].

---

[42] Art. 3, definizioni nn. 11, 12 e 13.

[43] Il principio di "neutralità tecnologica", che è tra le principali regole che presiedono alle scelte politiche europee in materia di intermediazione finanziaria tecnologica, consiste nella libertà delle persone e delle organizzazioni di scegliere la tecnologia più adeguata ai loro bisogni, pertanto i prodotti, servizi o quadri normativi non impongono né introducono discriminazioni a favore dell'impiego di un tipo particolare di tecnologia. In dottrina, per un approfondimento, G. CARULLO, *Principio di neutralità tecnologica e progettazione dei sistemi informatici della pubblica amministrazione*, in *Cibersp. e dir.*, 2020, 33 ss.

[44] Art. 46, regolamento e-IDAS.

[45] Per una ricostruzione sistematica di tutte le norme, anche tecniche, in materia di documento informatico, firma digitale e la rispettiva efficacia probatoria, si vedano i contributi di F. DELFINI, *Documento informatico, firma analogica e forma elettronica: dalla scrittura privata autenticata all'atto pubblico informatico*, e di G. FINOCCHIARO, *Firme elettroniche e firma digitale*, in G. FINOCCHIARO, F. DELFINI (a cura di), *Diritto dell'Informatica*, Milano, 2014.

Tale efficacia probatoria ricorre quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque quando è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore [46].

In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida. Un servizio specificamente volto ad associare data e ora certe e legalmente valide ad un documento informatico, consentendo quindi di attribuirgli una validazione temporale opponibile a terzi, è la c.d. marcatura temporale" [47].

7. Il protocollo informatico e il fascicolo informatico

Le Pubbliche amministrazioni, nel gestire digitalmente i propri procedimenti, formano gli originali dei propri documenti, inclusi quelli inerenti ad albi, elenchi e pubblici registri, con mezzi informatici, secondo le disposizioni del CAD e delle Linee guida. Al documento amministrativo informatico si applicano le stesse regole valide per il documento informatico, salvo alcune specificità.

Le specificità sono da ricercarsi nella protocollazione informatica e nella tenuta del fascicolo informatico dei procedimenti amministrativi.

Il protocollo informatico sottopone alla registrazione di protocollo le comunicazioni che provengono da o sono inviate a domicili digitali nonché le istanze e le dichiarazioni presentate alle pubbliche amministrazioni per via telematica.

---

[46] T.a.r. Trentino-Alto Adige, Bolzano, sez. I, 7.7.2020, n. 165: "*l'atto impugnato, redatto su base informatica e trasmesso da PEC dell'Agenzia delle Entrate (non da quella personale del dirigente o funzionario delegato), senza firma digitale, o altro tipo di firma elettronica qualificata o avanzata, sia da considerarsi nullo, ai sensi del sopra richiamato art. 20, comma 1 bis, del D.Lgs. n. 82 del 2005, non essendo idoneo a soddisfare il requisito della forma scritta in relazione alle sue caratteristiche oggettive di sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e a garantire, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore*".

[47] Cass. civ., sez. I, 13.2.2019, n. 4251: "*rileva il Collegio che* […] *l'apposizione della marca temporale consente, così, di stabilire l'esistenza di un documento informatico a partire da un certo istante e di garantirne la validità nel tempo. 3.3.1. In altri termini, la cd. "marca temporale" è un servizio specificamente volto ad associare data e ora certe e legalmente valide ad un documento informatico, consentendo, quindi, di attribuirgli una validazione temporale opponibile a terzi*".

Il fascicolo informatico, invece, raccoglie gli atti, i documenti e i dati del procedimento amministrativo da chiunque formati, recando l'indicazione [48]: a) dell'amministrazione titolare del procedimento, che cura la costituzione e la gestione del fascicolo medesimo; b) delle altre amministrazioni partecipanti; c) del responsabile del procedimento; d) dell'oggetto del procedimento; e) dell'elenco dei documenti contenuti; e-*bis*) dell'identificativo del fascicolo medesimo apposto con modalità idonee a consentirne l'indicizzazione e la ricerca.

Il fascicolo informativo deve essere formato in modo non solo da garantire la corretta collocazione, la facile reperibilità e la collegabilità in relazione al contenuto e alle finalità dei singoli documenti, ma altresì il pieno esercizio dei diritti previsti dalla l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo e dal d.lgs. n. 33/2013 sull'accesso civico.

[48] Art. 41, comma secondo *ter*, CAD.

Parte Seconda

Premessa

La legge delega n. 78/2022 ha conferito al Governo la delega per l'emanazione di un nuovo Codice di contratti pubblici. In particolare, l'art. 1, primo comma, stabilisce che "*Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate*".

L'art. 2, secondo comma, lett. n), della legge delega n. 78/2022 prevede che i decreti legislativi devono essere adottati nel rispetto, tra l'altro, del seguente criterio direttivo: "*n) razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014*".

Nell'ambito del procedimento legislativo di emanazione del nuovo Codice è stato previsto anche un ruolo specifico del Consiglio di Stato, chiamato a redigere lo schema definitivo dell'articolato normativo, ai sensi dell'art. 1, quarto comma, della legge. delega.

Il 7.12.2022 il Consiglio di Stato ha trasmesso al Governo il testo definitivo dello schema, anche tenendo conto dei lavori del Tavolo Tecnico congiunto tra il Consiglio di Stato, la Presidenza del Consiglio dei ministri, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e le altre amministrazioni interessate e rimesso al Governo per le proprie determinazioni.

Lo schema è strutturato in cinque libri: Libro I, relativo ai principi generali ai quali ci si deve attenere nell'affidamento degli appalti, alla digitalizzazione dei contratti, a programmazione e progettazione; Libro II, relativo alla disciplina dei contratti di importo inferiore alle soglie europee, ai soggetti, alle procedure di scelta del contraente, allo svolgimento delle procedure, all'esecuzione, ad alcune

disposizioni particolari; Libro III, relativo all'appalto nei settori speciali; Libro IV, relativo alle concessioni e al partenariato pubblico-privato; Libro V, relativo a contenzioso, al ruolo dell'ANAC, con la previsione di alcune disposizioni di coordinamento.

Nella stesura dei contributi in materia di diritto dei contratti pubblici, gli autori hanno tenuto in considerazione le prospettive di riforma tracciate dallo schema.

Capitolo Nono

Contratti pubblici: gli appalti e le concessioni

DANIELA MENDOLA

SOMMARIO: 1. Il difficile equilibrio tra libertà di iniziativa economica e libertà di concorrenza. – 2. La disciplina degli appalti pubblici. – 3. Le concessioni di lavori e servizi. Inquadramento normativo. – 4. Il *discrimen* tra appalti e concessioni di pubblici servizi.

1. Il difficile equilibrio tra libertà di iniziativa economica e libertà di concorrenza

L'attività negoziale della Pubblica Amministrazione deve essere improntata alla più ampia apertura del mercato agli operatori del settore, nel rispetto del principio della libertà di concorrenza e della *par condicio competitorum* [1].

Una primordiale definizione di concorrenza è ravvisabile nel settore dell'economia, ed è da ricollegarsi all'economista Adam Smith, per il quale "*pura concorrenza vuol dire compenso a coloro che forniscono i beni migliori al prezzo più basso*" [2].

A ben vedere anche nel Trattato di Roma del 1957, istitutivo della Comunità economica europea, si fa menzione della libertà di circolazione dei servizi e dei capitali e della libertà di concorrenza che assumono un rilievo centrale [3].

---

[1] A. MOLITERNI*, Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNNR*, in *Dir. amm*., 2022, 2, 441; S.C. SOLDANO, *Affidamenti in house e tutela sostanziale della concorrenza nel diritto europeo dei contratti pubblici*, 4, 2021, 441.

[2] Per una disamina si rinvia a A. SMITH, *The Wealth of Nations*, Roma, 1975.

[3] Cfr. G. AMATO, *Corte costituzionale e concorrenza*, in *Merc. conc. reg.*, 3, 2017, 425 ss.; M. D'ALBERTI, *L'Unione europea e i diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2016, 761; ID., *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, Napoli, 2016; G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ*., 1993, 551.

La concorrenza si contrappone al sistema di monopolio in cui il potere risulta accentrato in una sola impresa che "domina" il mercato. Si cerca di contrastare le forme di monopolio che perseguono, quale finalità unica ed ultima, l'accentramento di potere nella sfera di un singolo, salvo le ipotesi di monopolio legale.

La libertà di concorrenza è un principio normativizzato all'interno del Codice dei contratti pubblici. L'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016, infatti, espressamente dispone che "*nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice*" [4].

Ebbene, la libertà di concorrenza rappresenta un interesse da tutelare e garantisce all'Amministrazione la scelta del contraente più "affidabile".

Della concorrenza, inoltre, è possibile distinguere due dimensioni: quella "macro", che considera le pubbliche amministrazioni come attori nel mercato, e quella "micro", per cui ogni procedura di gara può essere intesa come uno strumento per intraprendere un confronto concorrenziale in un singolo atto di scambio [5].

Il nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016 è improntato ad una maggior estensione ed applicazione del principio di libertà di concorrenza, atteso che opera in recepimento delle disposizioni comunitarie.

Proprio il *favor competitionis* è uno strumento che garantisce la concorrenza, che si presenta come il fine da perseguire, nonché come strumento per assicurare la parità tra gli operatori economici.

La concorrenza [6] è un principio che governa l'attività del mercato e presuppone che più imprese "concorrano" sullo stesso mercato [7], sicché più imprenditori offrano beni o servizi e competano tra loro per "aggiudicarsi" la prestazione, in attuazione del principio della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.

---

[4] In tema di affidamento si rinvia a G. ARMAO, *Le procedure di affidamento degli appalti*, in AA.VV. (a cura di), *Commento al codice degli appalti (785-840)*, Torino, 2007.

[5] Sul tema in generale della concorrenza si rinvia a A. MOLITERNI, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza al tempo del PNNR*, in *Giorn. dir. amm*., 5, 2022, 581; M. D'ALBERTI, *Concorrenza e giustizia sociale*, in *Merc. conc. reg.*, 2, 2020, 235 ss.; H. BONURA, G. FONDERICO, *Amministrazioni pubbliche, società di capitali e libertà di iniziativa economica*, in *Giur. comm*., 6, 2019, 985; M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2016, 71; M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, 500 ss.; S. LUCCATINI, *Garante della concorrenza e certezza economica: alla ricerca delle giustizie per i mercati*, in *Dir. amm*., 3, 2013, 509.

[6] FERRARO, *La concessione e il diritto europeo: il complesso equilibrio tra la tutela della concorrenza e la specialità del regime dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 1, 2016, 259-311.

[7] S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Milano, 2019; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1982.

Del predetto paradigma normativo si impone però una lettura congiunta con l'art. 43 della Carta Costituzionale, che riserva allo Stato e agli altri pubblici poteri determinati settori produttivi, con il precipuo scopo di soddisfare un fine di utilità sociale.

Eventuali limitazioni alla libertà di iniziativa economica [8] sono ammissibili qualora sussistano delle fondate ragioni di utilità sociale e sempre nel rispetto dei criteri della ragionevolezza e della proporzionalità, come d'altronde indicato all'art. 41 Cost. [9].

Da un lato, dunque, il predetto enunciato normativo rappresenta una tutela costituzionale diretta della libertà di iniziativa economica [10], dall'altro esprime un limite inderogabile qualora si ponga in contrasto con l'utilità sociale. Un limite alla libertà di iniziativa economica è contenuto anche nell'art. 43 della Carta Costituzionale, che prevede l'espropriazione [11] della proprietà privata ai fini di utilità generale e salvo indennizzo.

Tali limitazioni, giustificate dall'utilità sociale, consentono di garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale.

Appare chiaro, allora, che non configura un pregiudizio alla libertà di iniziativa economica l'apposizione di limiti di ordine generale giustificata dall'utilità sociale, purché quest'ultima risponda ai canoni della logicità e della ragionevolezza.

In linea con la funzione sociale degli appalti, possono, ad esempio, limitare, o condizionare la libertà di iniziativa economica privata, le c.d. clausole sociali [12],

---

[8] Per una disamina sulla libertà di iniziativa economica privata si rinvia a M. LUCIANI, *L'iniziativa economica privata nella giurisprudenza costituzionale*, Roma, 1981.

[9] L'art. 41 Cost. dispone che la libertà di iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La giurisprudenza della Corte Cost., 23.11.2021, n. 218 propone una interpretazione evolutiva della suddetta norma, in quanto occorre effettuare un delicato bilanciamento tra libertà di concorrenza e libertà di iniziativa economica. Testualmente la Corte afferma che "non è infatti configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale, oltre, ovviamente, alla protezione di valori primari attinenti alla persona umana, ai sensi dell'art. 41, secondo comma, Cost., purché, per un verso, l'individuazione dell'utilità sociale non appaia arbitraria e, per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue". Sul punto si rinvia a G. RISOVECCHI, *Anche la virtù necessita di limiti*, in *Giorn. dir. amm*., 4, 2022, 511.

[10] Ancora sulla libertà di iniziativa economica si veda M. LIBERTINI, *Sulla nozione di libertà economica*, in *Contr. e impr*., 4, 2019, 1255 ss.

[11] Per una disamina sulla espropriazione, anche in forma indiretta, si rinvia a E. PICOZZA, *Ai confini dell'espropriazione indiretta: problematiche sostanziali e processuali*, in *Il processo*, 2, 2022, 261.

[12] Le clausole sociali sono disposizioni che impongono all'operatore economico affidatario di rispettare determinati *standard* di protezione sociale e del lavoro. Cfr. E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, 2021, 4 ss.; A. MORRONE, *Libertà d'impresa nell'ottica del controllo sull'utilità sociale*, in *Giur. cost*., 2001, 1473 ss.

contenenti specifici obblighi a carico dei soggetti appaltatori di servizi o lavori pubblici nella fase di esecuzione del contratto [13]. In tal caso, il limite risponde all'esigenza di tutelare interessi socialmente rilevanti.

L'esigenza di protezione sociale sottesa alle suddette clausole non può, tuttavia, prescindere da un prudente bilanciamento, con le libertà di concorrenza e libera iniziativa economica, proprio in considerazione dell'idoneità dei c.d. criteri sociali a costituire limiti alle libertà di mercato o a condizionare le dinamiche concorrenziali tra le imprese.

A tali limiti si affiancano le forme di restrizione della libertà di iniziativa economica derivanti dalla concessione, da parte dello Stato, dell'esercizio di un pubblico servizio in favore di un imprenditore privato. Ne deriva che l'impresa concessionaria viene a trovarsi in una posizione di monopolio con esclusione della concorrenza da parte di altri imprenditori.

La concorrenza, dunque, è garantita fino al momento della concessione, che produce un effetto restrittivo della stessa. Il concessionario, a sua volta, dovrà garantire la libertà di concorrenza in quanto sarà obbligato a trattare con chiunque richieda le prestazioni.

Costituisce un corollario del principio di libera concorrenza la regola della immodificabilità delle clausole contenute nella legge di gara. La libera concorrenza, invero, implica che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione delle loro offerte e che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti [14].

L'offerta, dunque, sarà vincolante [15] per il periodo indicato nel bando o comunque per centottanta giorni dalla scadenza del termine di presentazione ed è irrevocabile per i sessanta giorni successivi all'aggiudicazione, entro i quali deve avere luogo la stipulazione.

La tutela del principio di libertà di concorrenza è assicurata anche dalla previsione dell'istituto dell'avvalimento, che si traduce nella possibilità, per taluni soggetti, di partecipare alla gara, avvalendosi di un'altra impresa, in mancanza della quale non avrebbero potuto partecipare alla gara perché privi dei requisiti richiesti per la partecipazione.

---

[13] La giurisprudenza amministrativa ha asserito che "*in sede di gara pubblica la clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, con la conseguenza che l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore aggiudicatario*" (Cons. Stato, sez. III, 23.2.2021, n. 1576).

[14] Sul tema si rinvia a M. FAVIERE, *Imprese in corso di gara. Le modifiche soggettive di un R.T.I. in corso di gara*, in *Giur. it*., nota a Cons. Stato (Ad. plen.), 25.1.2022, n. 2.

[15] Sul tema si rinvia a F. CARDARELLI, S. CALDARELLI, C. TRECROCI, *Le modificazioni soggettive degli operatori economici in corso di gara: rti, subappalto, avvalimento e operazioni straordinarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 5, 2019, 625.

Fino a tal punto, si è discusso della concorrenza e della libertà di iniziativa economica considerate un *unicum* giuridico. Un'altra chiave di lettura potrebbe, tuttavia, ancorarsi alla scissione dei due principi, ognuno dei quali dotato di una autonomia funzionale.

In effetti, mentre la libertà di iniziativa economica privata rappresenta un riconoscimento in favore dei privati del diritto di avviare una attività imprenditoriale, la libertà di concorrenza si configura quale libertà di competere sul mercato a parità di condizioni, al punto che il legislatore ha avvertito l'esigenza di individuare in modo tassativo i limiti contrattuali alla libertà di concorrenza istituzionalizzandoli all'art. 2596 c.c. [16].

Attribuendovi una autonomia funzionale, la concorrenza non sarebbe più soltanto una conseguenza della libertà di iniziativa economica privata, ma uno strumento per il raggiungimento dell'utilità sociale, in quanto idonea a garantire ai cittadini migliori servizi e quindi maggiore benessere [17]. Per concludere, sia che venga attribuita una autonomia funzionale, sia che venga considerata quale derivazione diretta della libertà di iniziativa economica privata, la libertà di concorrenza è un principio da tutelare, che può essere compresso solo ove lo richiedano prevalenti esigenze di tutela e, in ogni caso, nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge.

2. La disciplina degli appalti pubblici

L'amministrazione pubblica gode della capacità giuridica di stipulare contratti, avvalendosi di strumenti privatistici, al solo scopo di perseguire una finalità di pubblico interesse [18]. In tale senso si colloca l'art. 1, comma primo *bis* della l. n.

---

[16] La norma prescrive che "il patto che limita la concorrenza deve essere provato per iscritto. Esso è valido se circoscritto ad una determinata zona o ad una determinata attività, e non può eccedere la durata di cinque anni. Se la durata del patto non è determinata o è stabilita per un periodo superiore a cinque anni, il patto è valido per la durata di un quinquennio". Per una riflessione sui limiti alla concorrenza si rinvia a A. BARBA, *Organizzazione dell'attività di impresa e nullità parziale del contratto a valle di intese vietate*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2022, 654.

[17] La concorrenza, allora, non sarebbe un fine, ma un mezzo per raggiungere l'utilità sociale. Cfr. R. BIN, *La concorrenza nel bilanciamento tra valori*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, 2019.

[18] Per una disamina sui contratti pubblici si rinvia a F. CORTESE, *Diritto eurounitario dei contratti pubblici*, IN M. A. SANDULLI, R, DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici, I, Fonti e principi. Ambito. Programmazione e progettazione*, Milano, 2019; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2014; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, in F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (a cura di), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2012; P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione.*

241/1990, che autorizza la Pubblica Amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, ad agire mediante strumenti c.d. privatistici, salvo che la legge disponga diversamente [19].

La Pubblica Amministrazione, infatti, ha subito una serie di trasformazioni operative, passando dal classico modello per provvedimenti a quello che si sviluppa per *pacta* [20].

Nei modelli consensuali, tuttavia, si è rivelata necessaria un'opera di adattamento di principi e norme di natura civilistica in ragione della relazione giuridica che viene ad instaurarsi fra cittadino e pubblica autorità, che assume connotati differenti rispetto al rapporto di gestione che sorge tra i privati.

La Pubblica Amministrazione non gode di un'autonomia privata intesa in senso propriamente civilistico, in quanto è vincolata nei fini da perseguire e nella scelta del contraente da aggiudicare; quest'ultimo, infatti, è valutato in base al possesso di requisiti di serietà e correttezza professionale, ma anche per il tipo di offerta presentata, che dovrà risultare la migliore tanto sul piano tecnico, quanto su quello della convenienza economica [21].

Sono espressione del potere negoziale della Pubblica Amministrazione i c.d. appalti pubblici [22], da intendersi quali contratti a titolo oneroso, stipulati per iscrit-

---

Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione, Padova, 2005, specie 301 ss.; F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Milano, 2002, 22; A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, 77 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 78 ss.; V. MAZZARELLI, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1979; C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, Roma, 1939; M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936; G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931.

[19] L'art. 1, comma primo *bis*, l. n. 241/1990, ha attribuito una *vis expansiva* allo strumento contrattuale quale nuovo metodo di azione pubblica che si affianca ai tradizionali provvedimenti di carattere autoritativo. L'attività autoritativa deve seguire la disciplina speciale di diritto pubblico, nella quale va ricompreso pure il dovere di agire mediante atti e provvedimenti tipici e nominativi; di converso se l'attività non è autoritativa la Pubblica Amministrazione segue le regole di diritto privato. Cfr. F. DEGL'INNOCENTI, *Affidamenti e patologia del contratto: i rapporti con la P.A. fra prerogative dell'ente e responsabilità da comportamento*, in *Giust. civ*., 1, 2021, 1115.

[20] Sul punto si rinvia alla attenta disamina di F.G. SCOCA, *Tra autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 3, 2002, 452 ss.

[21] Sul tema si rinvia a G.C. FIGUERA, *La valutazione della convenienza o idoneità dell'offerta*, in *Urb. e app.*, 2, 2020, 265.

[22] È copiosa la dottrina in tema di appalti pubblici. Tra gli altri si rinvia a S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto nei contratti pubblici*, Milano, 2022; C. CICERO, *Contratti pubblici, Contratti pubblici – Formalismo e contratti pubblici*, in *Giur. it*., 5, 2022, 1090; F. SCIARRETTA, *Il "nuovo" codice dei contratti pubblici: frammenti di disciplina tra approccio europeo e logiche nazionali*, Bologna, 2021; F. CARINGELLA, *Codice dei contratti pubblici. Con aggiornamento online*, Milano, 2021; A. BARONE, *Direzione dei lavori, direzione dell'esecuzione e RUP nella fase di esecuzione dei contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019; M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici. Fonti e*

to [23] tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi.

L'attività negoziale della Pubblica Amministrazione presenta un carattere ancipite: la fase preliminare di scelta della controparte contrattuale segue le regole del procedimento amministrativo [24]; la fase successiva, che comprende la stipulazione del contratto, è invece subordinata alla regolamentazione dei contratti secondo il diritto privato [25].

In particolare, per l'affidamento dei contratti di appalto, le stazioni appaltanti possono ricorrere ad apposite procedure di gara sorrette dai principi di evidenza pubblica [26].

---

principi. Ambito. Programmazione e progettazione, vol. I, Milano, 2019; ID., *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, Roma, 2007, 157; G.M. ESPOSITO, *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2017; G. MACRINA, *Nuova guida al codice degli appalti pubblici*, Prato, 2020; M.A. SANDULLI, *Commento all'art. 204 in Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.M. ESPOSITO, Torino, 2017; M.A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici: guida alle modifiche*, Milano, 2017; L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017; R. CHIEPPA, *Nuovo codice dei contratti pubblici. Appalti e concessioni*, Milano, 2016; M.L. CHIMENTI, *Nuovo diritto degli appalti e Linee guida A.N.A.C.*, Roma, 2016; *Franchini, L'appalto di lavori, servizi e forniture stipulato con le pubbliche amministrazioni*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. FRANCHINI, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino, 2010, 3; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, Roma, 2013; S. PERONGINI, *Le gare preliminari alla trattativa privata. Ipotesi di procedimenti amministrativi atipici*, Napoli 1990.

[23] I contratti stipulati dalla P.A. richiedono la forma scritta a pena di nullità [Cass. civ., sez. II, ord. 15.6.2020, n. 11465 (data ud. 22.3.2019)]; in dottrina cfr. G. CASSANO, *Contratti stipulati dalla P.A.: necessaria la forma scritta* ad substantiam, in *Quotidiano giuridico*, 4.7.2022.

[24] L. DE LUCIA, *Il procedimento amministrativo*, in L. DE LUCIA, F. LUCIANI, A. ROMEO, S. TORRICELLI (a cura di), *Casi scelti del diritto amministrativo*, Torino, 2021.

[25] La fase della stipulazione del contratto è retta dalle regole di diritto privato, in particolare dall'art. 1655 a tenore del quale "*il contratto di appalto è quel contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro*". È pur vero che l'appalto di lavori pubblici è soggetto per una piccola parte ad una disciplina speciale che deroga a quella ordinaria del Codice civile, con l'attribuzione all'amministrazione di alcuni poteri autoritari, come ad esempio, quelli che consentono la risoluzione unilaterale. Sul punto si rinvia a F. ASTONE, *Interpretazione del contratto e Pubblica Amministrazione*, in *Contr.*, 6, 2021, 668; D. SORACE, *op. cit*., 163.

[26] In materia di contratti pubblici si rinvia a M. SPADARO, *Orientamenti giurisprudenziali di merito – Appalti pubblici e sospensione dei contratti pendenti*, in *Fall*., 8-9, 2022, 1157; S. COCCHI, *La digitalizzazione dei contratti pubblici come strumento di ripresa della vita economica e sociale del Paese*, in *Azienditalia*, 1, 2022, 27; M. FERRANTE, C. GUCCIONE, A. SERAFINI, *I contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm*., 6, 2021, 753; S. VILLAMENA, *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori dimensioni*, in *Dir. amm*., 4, 2020, 933; C. GUACCI, *Commento all'art. 71 – Bandi di gara*, in *Codice dei contratti pubblici*, Milano 2017; F. CAPPAI, *Le fonti normative dei contratti della pubblica amministrazione: uno sguardo d'insieme*, in *Resp. civ. prev*., 4, 2017, 1138B; I. FRANCO, *L'attività contrattale della pubblica amministrazione*, in *Urb. e app*., 11, 2014, 1129; M. CLARICH, *I modelli contrattuali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 2, 2017, 2414; F. CARDARELLI, *Commento a Cass. SS.UU., ord. 2906 del 10 febbraio 2010*, in *Giust. amm*., 2, 2010.

La scelta dell'appaltatore, dunque, presuppone una procedura complessa, da svolgersi nel rispetto dei principi di cui all'art. 30, d.lgs. n. 50/2016 [27], ovvero quelli di efficacia, efficienza [28], effettività, trasparenza [29], semplificazione e pubblicità [30], facenti parte del più ampio *genus* dell'economicità.

Questi principi presuppongono l'applicazione di criteri aziendalistici e implicano una condotta dell'amministrazione indirizzata alla ottimizzazione delle risorse mediante un'attività di bilanciamento tra *outcome* e *input.*

In aggiunta a tali principi sono stati previsti quelli di proporzionalità e minor sacrificio, di matrice garantista, espressione di una diretta applicazione della "*buona amministrazione*" (art. 97 Cost.).

Le procedure ad evidenza pubblica, infatti, sono poste a presidio di una buona amministrazione, laddove, attribuendo poteri discrezionali in capo alla Pubblica Amministrazione in ordine alla scelta del "miglior" contraente, permettono di individuare la controparte contrattuale che teoricamente sia più idonea ad assicurare la corretta esecuzione del contratto ed il perseguimento dell'interesse pubblico.

---

[27] R. CARANTA, *I principi europei dei contratti pubblici e la disciplina delle cause di esclusione applicate agli ausiliari (e ai subappaltatori)*, in *Urb. e app*., 5, 2021, 601; E. ROMANO, *L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici*, in *Studi per un nuovo diritto amministrativo*, a cura di S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, M. NETTESHEIN, S. PERONGINI, A. ZITO, Torino, 2019; A. AZZENA, Art. 30 – *Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, I, Torino, 2017, 285.

[28] Nell'ottica di una amministrazione di risultato, l'efficienza amministrativa diviene un parametro di valutazione circa la legittimità dell'azione amministrativa. Cfr. G. BIASUTTI, *La c.d. class action pubblica. Riflessioni intorno all'interesse legittimo ad una amministrazione efficiente*, in *Dir. proc. amm*., 2, 2022, 421; G. FARNETI, *Riflessioni sulla tracciabilità del processo decisionale. Come realizzare un'amministrazione efficiente ed efficace e contrastare la corruzione*, in *Azienditalia*, 2, 2021, 173; S. INGEGNATTI, *Diritto di accesso – Accesso civico generalizzato e appalti pubblici: il punto della Plenaria*, in *Giur. it*., 1, 2021, 157: R. MARCHIANÒ, *La regolamentazione della domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'Amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 1, 2016, 1.

[29] Al fine di garantire la trasparenza amministrativa è necessario prevedere opportune garanzie nel corso dell'intera gara fino al momento dell'aggiudicazione del contratto di appalto. L'accesso documentale è applicabile tanto per le procedure di scelta del contraente, quanto per quelle inerenti all'esecuzione del contratto. Cfr. T. RAIMO, *Il tempo dell'accesso agli atti di gara*, in *Urb. e app*., 5, 2022, 705; S. VITALI, *Trasparenza amministrativa ed accesso agli atti riservati nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Urb. e app.*, 1, 2022, 38; E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza: amministrazioni, informazioni, democrazia*, Bologna, 2022; F. TURTURIELLO, *Le novità in materia di commesse pubbliche, trasparenza amministrativa, durata dei procedimenti*, in *Azienditalia*, 5, 2021, 879; V. VARANO, *Segreti tecnici o commerciali e accesso agli atti: considerazioni*, in *Riv. trim. app*., 1, 2019, 148; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2017; P. PIRAS, *Gli appalti pubblici tra trasparenza e innovazione*, in *Urb. e app*., 2, 2015, 129; A. MALANDRINO, *Il diritto di accesso ai documenti nelle gare d'appalto e la tutela di interessi commerciali legittimi e della concorrenza*, in *Foro amm. CDS*, 7-8, 2013, 1803.

[30] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 3.11.2022, n. 9567.

Il principio di proporzionalità rappresenta un criterio di portata generale che permette un bilanciamento di interessi contrapposti [31] e si configura come un vero e proprio canone di giustizia che consente di misurare il potere dell'azione amministrativa. Più nel dettaglio, il principio di proporzionalità consiste in un adeguato bilanciamento delle contrapposte esigenze, che impone all'amministrazione di non adottare un provvedimento che vada al di là dell'obiettivo da perseguire [32].

Il principio del minor sacrificio, invece, implica che la Pubblica Amministrazione adotti la soluzione più idonea e adeguata, che comporti il minor sforzo per conseguire il massimo risultato [33].

Non pare che possa dubitarsi del fatto che gli appalti pubblici si prefiggano come precipuo scopo quello di tutelare e incentivare il mercato concorrenziale. Di talché, assumono rilevanza anche i principi posti a tutela del libero mercato, tra cui il principio di libera concorrenza e quello di non discriminazione.

È possibile, dunque, affermare che, nella fase procedimentale dell'evidenza pubblica, le stazioni appaltanti da un lato devono garantire tutti gli aspetti del procedimento amministrativo [34] che direttamente incidono sulle modalità di scelta del contraente, e dall'altro sono chiamate a soddisfare le esigenze, di derivazione comunitaria, di parità di trattamento e di non discriminazione, necessarie per la realizzazione delle libertà fondamentali del mercato unico ed, infine, una volta aggiudicato il contratto, possono esercitare particolari strumenti di controllo per l'accertamento della funzionalizzazione del contratto all'interesse pubblico [35].

La procedura ad evidenza pubblica è finalizzata ad assicurare non soltanto l'individuazione del contraente più affidabile [36] e della miglior offerta, ma anche

---

[31] Qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve adottare la meno restrittiva e i mezzi adoperati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti. In tal senso, Corte Giust. UE, sez. V, 11.1.2017, n. 128/2015, in *Pluris*.

[32] Sul punto si rinvia a R. CIPPITANI, *Principio di proporzionalità e applicazione verticale della direttiva appalti: la rilevanza temporale dei motivi di esclusione*, in *Urb. e app*., 2022, 2, 215, nota a Cons. Stato, sez. V, 7.9.2021, n. 6233; M.A. SANDULLI, *Introduzione. Il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, in ID. (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, I ed., Milano, 2015 e II ed. 2017, 1 ss.; E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012, 268 ss.

[33] Cfr. D.U. GALETTA, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento – Commento*, in *Giornale di diritto amministrativo n. 10/2006* nota a Cons. Stato, sez. V, n. 2087/2006.

[34] Sui principi dell'azione amministrativa in generale si rinvia a F. CORTESE, *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni: in occasione dell'ottantesimo compleanno di Domenico Sorace*, Napoli, 2020, 35-66.

[35] Sul tema si veda F. D'ANGELO, *Contratto ad evidenza pubblica, procedimento amministrativo, atti amministrativi negoziali*, in *Foro amm. CDS*, 5, 2008, 1586, nota a Cons. Stato, sez. VI, 17.12.2007, n. 6471.

[36] Il Codice prevede espressamente dei requisiti c.d. di moralità. Sul punto, si rinvia a G. BALOCCO, P.M. MINETTI, Appalti – *I requisiti di moralità tra principio di tassatività e discrezionalità*

la corretta formazione della volontà negoziale dell'Amministrazione [37].

Ne deriva che la Pubblica Amministrazione è tenuta al rispetto delle suddette regole, finalizzate ad assicurare, nell'interesse pubblico, le garanzie per un corretto svolgimento dell'attività amministrativa [38].

Il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica consente così di addivenire alla scelta migliore e, quindi, di aggiudicare la gara al migliore contraente [39].

Come si avrà modo di verificare nel prosieguo del presente lavoro, la volontà negoziale della Pubblica Amministrazione può dirsi formata correttamente ove l'amministrazione abbia negoziato, a parità di condizioni, con tutti gli operatori economici e abbia favorito il c.d. dialogo competitivo.

Ogni operatore economico partecipa alla gara mediante la presentazione di un'offerta che assume la forma di un documento cartaceo sottoscritto con firma manuale o digitale. L'offerta in questione contiene tutti gli elementi che sono prescritti dal bando o dall'invito ovvero dal capitolato d'oneri, e in ogni caso tutti gli elementi essenziali per identificare l'offerente, il suo indirizzo e la procedura a cui si fa riferimento, nonché le caratteristiche e il prezzo della prestazione offerta [40].

Come si è detto, il procedimento ad evidenza pubblica è retto dal principio di economicità, sicché la miglior offerta è selezionata con il criterio più basso o con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa [41].

La scelta del criterio è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, con il limite dell'adeguatezza, della logicità e della ragionevolezza del sistema prescelto, in relazione alle caratteristiche dell'appalto desumibili dalle prescrizio-

---

amministrativa, in *Giur. it*., 6, 2022, 1456; M. CERUTI, *Ancora sul perimetro degli oneri dichiarativi del concorrente negli affidamenti pubblici*, in *Giur. it*., 11, 2021, 2433, nota a Cons. Stato, sez. V, 3.2.2021, n. 1000.

[37] Cfr. C. DONADI, I. ROSSETTI, *Concessioni e subappalto*: *brevi note a margine del parere del Consiglio di Stato n. 823 del 28 aprile 2020*, in *Urb. e app*., 2, 2021, 237; R. PROIETTI, *Le principali novità in tema di contratti e concessioni pubbliche*, in *Corr. giur*., 8-9, 2016, 1041.

[38] Nel settore degli appalti pubblici, la disciplina delle procedure di gara e in particolare la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione mirano a garantire che le medesime si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza e parità di trattamento (Corte Cost., sent. n. 401 e n. 431/2007).

[39] P. CERBO, *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, in *Dir. amm*., 3, 2020, 739.

[40] Una volta presentata, l'offerta è immodificabile, a tutela della *par conditio* tra i concorrenti. È possibile intervenire solo in termini chiarificatori. In tal senso Cons. Stato, sez. III, 7.12.2021, n. 8180.

[41] Sul punto si rinvia a N. LIPARI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urb. e app*., 5, 2022, 596; G.C. FIGUERA, *Offerta economicamente più vantaggiosa e nuovo criterio del "prezzo o costo fisso"*, in *Urb. e app*., 2, 2022, 240; O. MARONGIU, *Selezione delle offerte*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Molfetta, 2016, 529 ss.

ni del bando di gara e del capitolato speciale. Non sussiste, tuttavia, in capo alle stazioni appaltanti, un obbligo all'aggiudicazione dell'appalto se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto, purché la mancata aggiudicazione sia sorretta da una adeguata motivazione.

3. Le concessioni di lavori e servizi. Inquadramento normativo

In risposta alle direttive europee, il legislatore nazionale ha previsto una disciplina unitaria ed organica sulla concessione di lavori e servizi, che trova collocazione agli artt. 164 e ss. del d.lgs. n. 50/2016.

Per "*concessione di lavori*" si intende un contratto con il quale l'operatore privato si impegna alla progettazione e alla realizzazione di un'opera di pubblica utilità, avendo quale corrispettivo unicamente il diritto di gestire l'opera per un certo periodo di tempo. Tali contratti consentono all'Amministrazione di dotarsi delle infrastrutture necessarie al soddisfacimento dei bisogni della collettività, finanziandone la realizzazione attraverso l'investimento di capitali al concessionario le cui prestazioni vengono remunerate con i ricavi che egli trae dalla successiva gestione dell'opera e dell'erogazione dei connessi servizi all'utenza.

La "*concessione di servizi*" [42] si configura come un contratto a titolo oneroso, stipulato per iscritto ed in virtù del quale, una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori, affidano la fornitura e la gestione di servizi ad uno o più operatori economici [43]. Il corrispettivo, dunque, consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o nel diritto di gestione accompagnato da un prezzo [44].

---

[42] In tema di concessioni si rinvia a L.R. PERFETTI, M. ROMA, *Le concessioni: profili definitori e di regime*, in *Urb. e app.*, 5, 2021, 705; M. CERUTI, *L'istituto eurounitario della concessione e la fine della dicotomia tra autorizzazione e concessione*, in *Urb. e app.*, 1, 2021, 5; L. SALTARI, *Le concessioni amministrative. Uno strumento antico, capace di rinnovarsi*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2020, 410; A. COSTANTINI, *Le concessioni di lavori e di servizi nel codice dei contratti pubblici*, Rimini, 2018; G. GRECO, *Le concessioni di lavori e servizi (dalla Direttiva 2014/23/UE alla parte terza del D.Lgs. n. 50/2016)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3, 2018, 505; U. REALFONZO, *Le concessioni nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *GiustAmm.it*, 4, 2016, 18; D. BAUDUIN, *Concessioni e partenariato pubblico e privato: una disciplina nazionale organizzata*, in *Quotidiano Giuridico*, 4.4.2016; F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, *Annali*, I, Milano, 2007; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981.

[43] Cfr. L. SALTARI, *Le concessioni amministrative. Uno strumento antico, capace di rinnovarsi,* in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2020, 409.

[44] Nelle concessioni di lavori e servizi la remunerazione degli investimenti compiuti è costituita dal diritto di gestire funzionalmente ed economicamente il servizio erogato attraverso le opere pubbliche realizzate.

A collocare la concessione tra gli strumenti contrattuali si è giunti tardi, in quanto originariamente era inserita nell'ambito provvedimentale e veniva dunque considerata quale espressione di un potere discrezionale [45].

La natura privatistica della concessione trova ora espresso riconoscimento sia nel diritto nazionale sia nell'ambito del diritto comunitario [46]. In tal senso si colloca la Direttiva Comunitaria 2014/23/CE, che ha completamente ribaltato l'archetipo delle concessioni, inserendole tra i contratti aventi natura privatistica.

Il rapporto, dunque, presenta una natura pubblicistica fino alla sottoscrizione del contratto (in quanto retto dai principi generali dell'evidenza pubblica) [47] e privatistica durante la sua esecuzione.

Le concessioni sono considerate contratti di durata [48], la cui caratteristica principale, ossia il diritto di gestire un lavoro o un servizio, comporta sempre il trasferimento, in capo al concessionario, di un rischio operativo [49] di natura economica.

---

[45] Nell'ambito della vastissima letteratura sull'argomento si rinvia a M. CERUTI, *Contratti della P.A. La natura contrattuale delle concessioni e la fine della giurisdizione esclusiva sulle concessioni*, in *Giur. it*., 2019, 3, 651; ID., *Le concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo*, in *Urb. e app*., 6, 2016, 637-648; ID., *Contratti della P.A. Risoluzione del contratto di concessione e giurisdizione del giudice amministrativo*, nota a T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 1.6.2020, n. 621, in *Giur. it*., 2, 2021, 406; M.A. SANDULLI, *La concessione di servizi*, in S. BACCARINI, G. CHINÉ, R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2011. Sulla concessione come provvedimento si rinvia a G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 6, 2000, 1467; ID., *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm*., 3-4, 1999, 381; A. PIOGGIA, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl*., 1995, 567 ss.; U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it*., IV, 1900, 369 ss.

[46] Sia l'appalto che la concessione soggiacciono alla disciplina dello scioglimento dal rapporto contrattuale per motivi di interesse pubblico. Cfr. G. TAGLIANETTI, *Lo scioglimento unilaterale dei contratti di appalto e di concessione per motivi di interesse pubblico. Profili sostanziali e processuali,* in *Dir. amm*., 3, 2020, 618.

[47] L'inserimento della concessione nell'ambito dei provvedimenti rileva ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Ancora, sulla natura delle concessioni si rinvia a M. CERUTI, *Le concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo*, cit., 637.

[48] Come espressamente previsto dall'art. 168, d.lgs. n. 50/2016, "*la durata delle concessioni è limitata ed è determinata nel bando di gara dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario (comma 1). La stessa è commisurata al valore della concessione, nonché alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa. Per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultante dal piano economico-finanziario. Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono quelli effettivamente sostenuti dal concessionario, sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione (comma 2)*".

[49] Sul punto si veda G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di*

Pertanto, la definizione di concessione è strettamente connessa al concetto di rischio, espressamente disciplinato dall'art. 165 del d.lgs. n. 50/2016, il quale implica che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi derivanti dal servizio o dalle opere da realizzare e gestire, rimangono a carico del concessionario.

La nozione di "*rischio operativo*" trova un espresso riferimento in diversi enunciati normativi. *In primis*, nell'art. 3 del d.lgs. n. 50/2016, che lo definisce in termini di "*rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico*". Il rischio di cui trattasi deve essere effettivo, nel senso di comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni perdita stimata dall'operatore non sia puramente nominale o trascurabile [50].

È interessante evidenziare che nella definizione di concessione fornita dall'art. 5 della Direttiva 2014/23/UE, si fa espresso riferimento al rischio "*legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o entrambi*", configurabile allorché, "*in condizioni normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione*".

Da una lettura congiunta dei predetti enunciati normativi si ricava che il rischio di gestione economica del servizio deve essere inteso come esposizione all'alea del mercato, il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o, ancora, di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio (Corte di Giustizia UE, 27.10.2005, causa C-234/03; T.a.r. Calabria, n. 1600/2017).

In sintesi, gli elementi qualificanti del contratto di concessione sono la gestione del servizio, il diritto alla gestione e, soprattutto, il rischio di gestione. Lo strumento concessorio, dunque, non pare più essere legato alla delega o al trasferimento di poteri pubblicistici, con conseguente effetto costitutivo-accrescitivo in capo al privato, ma implica il trasferimento del rischio concessorio [51]. Non è più, dunque, il trasferimento di poteri dal pubblico al privato a definire i confini della concessione, ma il passaggio del rischio.

---

partenariato pubblico-privato, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2018, 599 ss.; M. CERUTI, *Le concessioni riscoprono le proprie origini nel rischio operativo: riflessioni su presente, passato e futuro dell'istituto*, in *App. e contr.*, 11, 2016, 22-32.

[50] In tal senso, A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 4, 2012, 567.

[51] Si deroga, dunque, alla regola generale che inserisce le concessioni tra i provvedimenti ampliativo-accrescitivo della sfera giuridica dell'interessato.

Anche per le concessioni di servizi assume un rilievo fondamentale il c.d. obbligo di trasparenza in capo alla Pubblica Amministrazione, che ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e arbitrarietà da parte dell'Autorità aggiudicatrice e pertanto implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara [52], precisa e univoca nella normativa di settore, nel bando di gara, nel capitolato d'oneri, in modo tale che, da un lato sia consentito a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e dotati di una normale diligenza, di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle allo stesso modo, e dall'altro, all'autorità aggiudicatrice, di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte dei concorrenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione (Cons. Stato n. 5609/2018).

Alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, "*per quanto compatibili*", le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II del d.lgs. n. 50/2016, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte ed alle modalità di esecuzione.

Le concessioni sono aggiudicate sulla base dei criteri di aggiudicazione stabiliti dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 173 [53], purché siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) l'offerta risponda ai requisiti minimi prescritti dalla stazione appaltante;

---

[52] Cfr. M. CERUTI, *Le modalità d'aggiudicazione delle concessioni tra vecchio e nuovo ordinamento: riflessioni a margine della recente giurisprudenza nazionale sui servizi*, in *App. e contr.*, 4, 2017, 31-47.

[53] L'art. 173, d.lgs, n. 50/2016, testualmente prevede che "*Le concessioni sono aggiudicate sulla base dei principi di cui all'articolo 30. –2. Fermo restando quanto previsto dal comma 1, e comunque in deroga all'articolo 95, la stazione appaltante elenca i criteri di aggiudicazione in ordine decrescente di importanza. Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione, comprese eventualmente le offerte, è di trenta giorni dalla data di pubblicazione del bando. Se la procedura si svolge in fasi successive, il termine minimo per la ricezione delle offerte iniziali è di ventidue giorni. Si applica l'articolo 79, commi 1 e 2. – 3. Se la stazione appaltante riceve un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista utilizzando l'ordinaria diligenza, può, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione di cui al comma 2, per tenere conto di tale soluzione innovativa. In tal caso, la stazione appaltante informa tutti gli offerenti in merito alla modifica dell'ordine di importanza dei criteri ed emette un nuovo invito a presentare offerte nel termine minimo di ventidue giorni di cui al suddetto comma 2, terzo periodo. Se i criteri di aggiudicazione sono stati pubblicati al momento della pubblicazione del bando di concessione, la stazione appaltante pubblica un nuovo bando di concessione, nel rispetto del termine minimo di trenta giorni di cui al comma 2, secondo periodo. La modifica dell'ordine non deve dar luogo a discriminazioni*".

b) l'offerente ottemperi alle condizioni di partecipazione di cui all'art. 172;

c) l'offerente non sia escluso dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi dell'art. 172.

La concessione non può, tuttavia, prescindere dalla verifica circa le capacità del concessionario, come espressamente previsto dall'art. 38, par. 1, Direttiva 2014/23. La predetta disposizione normativa testualmente prevede che: "*le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori verificano le condizioni di partecipazione relative alle capacità tecniche e professionali e alla capacità finanziaria ed economica dei candidati o degli offerenti, sulla base di autocertificazioni, referenza o referenze che devono essere presentate come prova ai sensi dei requisiti specificati nel bando di concessione, i quali sono non discriminatori e proporzionati all'oggetto della concessione*".

Appare, allora, evidente che le condizioni di partecipazione sono correlate e proporzionali alla necessità di garantire la capacità del concessionario di eseguire la concessione, tenendo conto dell'oggetto della concessione e dell'obiettivo di assicurare la concorrenza effettiva [54].

4. Il *discrimen* tra appalti e concessioni di pubblici servizi

Delineato il quadro normativo di riferimento degli appalti e delle concessioni, è opportuno individuare i punti di contatto e i tratti distintivi dei due istituti.

Il d.lgs. n. 50/2016, a differenza del previgente Codice, equipara *in toto* le concessioni agli appalti pubblici. In particolare, l'art. 164 prevede, al secondo comma, il rinvio esterno alle disposizioni previste in tema di appalti pubblici, in quanto compatibili. Il rinvio riguarda i principi generali, le esclusioni, le modalità e le procedure di affidamento, le modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, i requisiti generali e speciali e i motivi di esclusione, i criteri di aggiudicazione, le modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, i requisiti di qualificazione degli operatori economici, i termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte e le modalità di esecuzione.

Può ben dirsi allora che, sotto il profilo regolatorio, appalti e concessioni seguono la stessa disciplina, ma da un punto di vista strutturale e funzionale sussistono delle differenze.

In primis, l'appalto ha una struttura bifasica, in quanto il rapporto si instaura

---

[54] M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2020, 153; R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, Torino, 2020.

tra appaltante ed appaltatore ed il compenso di quest'ultimo grava interamente sul primo; la concessione, invero, è connotata da una dimensione triadica, il concessionario, infatti, ha rapporti negoziali diretti con l'utenza finale, dalla cui richiesta di servizi trae la propria remunerazione [55].

Nell'appalto di servizi il corrispettivo è versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi, mentre nella concessione di servizi il corrispettivo della prestazione di servizi consiste nel diritto di gestire il servizio, o da solo o accompagnato da un prezzo, e la concessionaria non è direttamente retribuita dalla amministrazione aggiudicatrice, ma gode di un diritto alla riscossione della remunerazione presso terzi [56].

A ben vedere però, il principale criterio distintivo tra i due istituti, deve essere ravvisato nel c.d. rischio operativo.

Come osservato in precedenza il rapporto di concessione di pubblico servizio si caratterizza per l'assunzione da parte del concessionario del c.d. "rischio operativo" [57].

Quest'ultimo, come anzidetto, implica che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione che incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario gravino sul concessionario, in quanto capace maggiormente di gestire il suddetto rischio. Di converso, sull'amministrazione graverebbero i rischi connessi alla forza maggiore.

In questo ambito assume rilevanza il piano economico finanziario, da intendersi come lo strumento mediante il quale si attua la concreta distribuzione del rischio tra le parti del rapporto contrattuale la cui sostenibilità e adeguatezza è sottoposta alla valutazione dell'amministrazione concedente, al fine di garantire la concreta capacità dell'operatore economico di eseguire correttamente le prestazioni previste per l'intero arco temporale prescelto [58].

Il piano economico finanziario deve essere allegato al bando di gara ed impone

---

[55] Sono tratti distintivi della concessione: il trasferimento del rischio operativo, il diritto di gestire funzionalmente ed economicamente il servizio, la remunerativà della gestione, la trilateralità del rapporto (Pubblica Amministrazione, concessionario ed utenza) e, da ultimo, la dimensione politica ai sensi dell'art. 42, d.lgs. n. 267/2000 (T.U. Enti locali).

[56] Un appalto pubblico di servizi si distingue da una concessione di servizi a causa della natura del corrispettivo concesso all'aggiudicatario del contratto per i servizi da esso prestati. Infatti, il corrispettivo dell'aggiudicatario di un appalto pubblico consiste in un prezzo pagato dall'amministrazione aggiudicatrice, mentre il corrispettivo del concessionario consiste nel diritto di gestire il servizio oggetto della concessione, diritto che eventualmente può essere corredato di un prezzo. Cfr. F. GAVIOLI, *Il Tar evidenzia le differenze giuridiche tra l'appalto e la concessione di servizi*, in *Quotidiano giuridico*, 30.6.2022.

[57] T.a.r. Campania. Napoli, sez. V, 15.6.2022, n. 4059 [Cons. Stato, sez. IV, n. 2426/2021; Cons. Stato, sez. IV, sent. 22.3.2021, n. 2426 (data ud. 11.3.2021)].

[58] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 4.2.2022, n. 795.

che l'amministrazione specifichi con chiarezza tutti gli oneri del servizio, pena altrimenti l'inattendibilità del piano medesimo.

La dettagliata indicazione degli oneri rileva al fine di consentire all'operatore ogni valutazione relativa alla sostenibilità del rischio operativo e la possibilità di prevedere *ex ante* l'effettivo equilibrio economico finanziario del servizio [59].

Già la Corte di Giustizia aveva ravvisato il tratto distintivo della concessione nella sussistenza del c.d. rischio operativo (sentenza Corte Giust., sez. III, 10.9.2009, in causa C-206/08, *Eurawasser*) asserendo che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca il rischio di gestione che essa corre a carico completo o, almeno, significativo al concessionario.

Nella concessione è centrale, quindi, l'elemento del rischio, che sussiste qualora l'aggiudicatario rinvenga il proprio profitto direttamente nei pagamenti ai quali sono tenuti gli utenti dei servizi [60].

Sebbene anche negli appalti sussista un profilo di rischio, si tratta di una tipologia di rischio imprenditoriale differente rispetto a quella contemplata nelle concessioni. Nell'ipotesi della concessione, invero, entra in gioco un elemento imponderabile costituito dalla domanda di prestazioni per il servizio pubblico svolto dal concessionario.

Anche la giurisprudenza amministrativa ammette che la corretta distinzione tra appalti e concessioni si fonda sull'assunzione del c.d. rischio operativo (*ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, n. 2624/2014). In particolare, quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sostanzialmente sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone, tariffa o diritto, allora si ha concessione, ragione per cui si può affermare che è la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi [61].

Per quanto riguarda i principi cardine, l'appalto è retto dalla regola della economicità, che si manifesta attraverso l'aggiudicazione all'offerente che abbia proposto l'offerta più bassa ovvero quella economicamente più vantaggiosa. Le concessioni, invece, oltre ai principi generali di cui all'art. 30, d.lgs. n. 50/2016, devo-

---

[59] Cfr. G.F. CARTEI, *Contratti pubblici-Piano economico finanziario e sostenibilità dell'offerta nella disciplina del contratto di concessione*, in *Giur. it*., 8-9, 2022, 1929, nota a Cons. Stato, sez. V., 4.2.2022, n. 795; G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2018, 599.

[60] In considerazione della diversa struttura (bilaterale o trilaterale) del rapporto, mentre il costo della prestazione nelle concessioni verrebbe generalmente a gravare sugli utenti, nell'appalto spetterebbe direttamente all'amministrazione. Ci sono, tuttavia, fattispecie che derogano alla regola del pagamento in capo agli utenti, come nel caso della illuminazione pubblica. Sulla differenza tra appalti e concessioni si rinvia a Corte di Giustizia UE, sez. IV, 18.2022, n. 332/20.

[61] Il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi e di sfruttare economicamente il servizio o in tale diritto accompagnato da un prezzo. In altre parole, si configura l'istituto della concessione quando l'operatore si assuma in concreto il rischio operativo cfr. T.a.r. Toscana, Firenze, sez. II, sent. 27.5.2021, n. 805.

no tenere conto anche del Piano Economico e Finanziario e delle capacità del concessionario di assumere il rischio. Ancora, sotto il profilo strutturale, l'appalto può essere considerato monofase, perché concernente la sola esecuzione dell'opera.

Di converso, la concessione può essere considerata plurifase, perché comprende una molteplicità di fasi tra loro collegate in un rapporto di strumentalità funzionale.

Proprio in ragione del rischio operativo, le concessioni, inoltre, a differenza dell'appalto, presentano una meno rigorosa disciplina in tema di modifiche delle condizioni contrattuali ammissibili ogniqualvolta siano intervenuti fatti obiettivi che alterino in misura significativa l'equilibrio [62] fissato dal piano economico-finanziario [63].

La giurisprudenza ha evidenziato che, sebbene la gestione del servizio sia affidata al privato, il servizio pubblico rimane nella disponibilità della amministrazione, la quale conserva la facoltà di adeguarlo alle esigenze della collettività [64]. Può dirsi, dunque, che la Pubblica Amministrazione abbia un maggior potere di incidenza unilaterale rispetto a quanto previsto per gli appalti [65].

Al pari dei contratti di appalto, l'individuazione del concessionario deve essere preceduta da una gara ove siano garantiti i principi comunitari fondamentali di non discriminazione, parità di trattamento, pubblicità e libertà di stabilimento [66].

Con il contratto di appalto la concessione condivide anche la natura di modulo a cui l'amministrazione può ricorrere al fine di trasferire ad un soggetto terzo l'esercizio di una determinata attività o funzione. Laddove entrambe le categorie vanno tenute ben distinte, in quanto le concessioni di lavori, rispetto all'appalto tradizionale, di regola limitato alla sola esecuzione dell'opera, sono operazioni che abbracciano molteplici fasi della vita di un progetto, ovvero la progettazione, l'esecuzione dei lavori pubblici e la gestione dell'opera realizzata.

---

[62] Trattandosi di un rapporto di durata non può parlarsi di un legittimo affidamento nella loro immutabilità, purché la disciplina legislativa non sia palesemente irrazionale (Corte Cost. n. 16/2017).

[63] Sulle caratteristiche del Piano Economico Finanziario si rinvia a A. AMORE, *Il Piano economico finanziario nelle concessioni di servizi*, in *Urb. e app*., 3, 2021, 227.

[64] Cfr. T.a.r. Toscana, Firenze, sez. I, 25.2.2022, n. 228.

[65] Sul punto si rinvia a A.E. BASILICO, *Modifiche dei contratti pubblici prima della loro stipulazione. Una prospettiva pragmatica*, in *Urb. e app*., 4, 2022, 549, nota a T.a.r. Toscana, Firenze, sez. I, 25.2.2022, n. 228; E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ*., 3, 2016, 801; F. DE LUCIA, *La rinegoziazione delle offerte nelle procedure negoziate*, in *Giorn. dir. amm*., 2, 2020, 253.

[66] Cfr. A. DI MARIO, *La gara per l'affidamento della concessione di servizi ed i lavori complementari tra affidamento a terzi e subappalto*, in *Urb. e app*., 2, 2021, 266; F. ARMENANTE, *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Teor. prat. dir. pubbl*., Milano, 2020.

Capitolo Decimo

Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici

ENZA ROMANO

SOMMARIO: 1. L'art. 14 del d.lgs. n. 50/2016. – 2. L'art. 217 del d.lgs. n. 163/2006. – 3. L'art. 25 della Direttiva europea 25/2016. – 4. Le categorie di appalti, concessioni e di concorsi di progettazione esclusi dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 14. – 5. Il ruolo della Commissione europea: la comunicazione delle attività escluse da parte degli enti aggiudicatori e la pubblicazione degli elenchi della parte della Commissione recanti le categorie di attività oggetto degli appalti di cui al primo considerati esclusi. – 6. I contratti esclusi dalla disciplina del Codice dei contratti in base ad obblighi internazionali. – 7. I contratti esclusi nello schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici.

1. L'art. 14 del d.lgs. n. 50/2016

L'art. 14 esclude dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici alcune categorie di appalti e di concessioni nonché, in maniera simmetrica, alcune tipologie di concorsi di progettazione [1].

In linea generale si tratta di ipotesi di esclusione già contemplate dall'art. 217, d.lgs. n. 163/2006 e dall'art. 25 della Direttiva europea 25/2016. Tuttavia, la disciplina posta dal d.lgs. n. 50/2016 presenta elementi di novità, tra i quali l'estensione del novero delle "categorie escluse" anche ai concorsi di progettazione.

Va segnalato, inoltre, che il d.lgs. 19.4.2017, n. 56 ha stabilito che, all'art. 14, primo comma, primo periodo, del d.lgs. 18.4.2016, n. 50, "*le parole: "agli appalti aggiudicati" sono sostituite dalle seguenti: "agli appalti e concessioni aggiudica-*

[1] M. FRAGOLINO, *I contratti esclusi dal codice dei contratti pubblici: analisi di alcuni casi concreti*, in *Riv. trim. app.*, 3, 2021, 935; M. PANATO, N. SPEROTTO, V. GIANNOTTI, *Il regime dei contratti esclusi e il partenariato pubblico-privato*, Padova, 2016.

ti". Invece, la rubrica e il comma terzo della medesima norma non hanno subito modifiche.

Come espressamente previsto dall'art. 4 del Codice vigente, l'affidamento relativamente ai contratti esclusi avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica. Appare chiaro che la disposizione recepisce i principi europei sui contratti pubblici e prescrive un livello di tutela minimo, funzionale a garantire la concorrenza nel mercato. Tale *standard* minimo di tutela, tuttavia, viene imposto soltanto ai soggetti che ricadono nell'ambito di applicazione del Codice degli appalti e delle direttive comunitarie di cui costituisce recepimento e per i contratti esclusi, comunque menzionati dal Codice, restando esclusi i c.d. contratti "estranei" [2]. Ai contratti esclusi, dunque, non si applicano le procedure ordinarie o semplificate di scelta del contraente, ma solo i principi generali espressamente previsti all'art. 4, d.lgs. n. 50/2016. Occorre, tuttavia, sottolineare che sussistono degli elementi di contatto tra i contratti c.d. esclusi ed i contratti disciplinati dal Codice, come ad esempio l'assoggettamento al controllo e alla vigilanza dell'ANAC [3] che si estende anche ai contratti esclusi.

2. L'art. 217 del d.lgs. n. 163/2006

L'art. 217, d.lgs. n. 163/2006, in attuazione dell'art. 20 della Direttiva comunitaria 2004/17, stabiliva che "*la presente parte non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli articoli da 208 a 213 o per l'esercizio di tali attività in un paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno della Comunità. Gli enti aggiudicatori comunicano alla Commissione, su sua richiesta, qualsiasi attività che considerano esclusa in virtù del comma 1*".

Il comma primo del suddetto articolo, dunque, escludeva l'applicazione delle disposizioni contenute nella Parte III ("*Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali*" – artt. 206-238, d.lgs. n. 163/2006) per gli appalti "estranei" alle attività istituzionali dei settori speciali e per quelli concernenti attività istituzionali, negli stessi settori, ma svolte in un Paese terzo senza lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno della Comunità europea.

La *ratio* dell'art. 217, d.lgs. n. 163/2006 veniva individuata nell'intento del le-

[2] Cons. Stato, Ad. plen., 1.8.2011, n. 16.

[3] W. GIULIETTI, *La vigilanza dell'A.N.A.C. in materia di contratti pubblici tra potere ispettivo e speciale legittimazione ad agire in giudizio*, in *Riv. giur. edil*., 2, 2022, 99.

gislatore di sottrarre alle regole della Parte III del Codice – dedicata agli appalti nei settori speciali – i contratti che non presentavano i caratteri di specialità propri dei predetti settori [4]. In altri termini, non vi era ragione in virtù della quale prevedere l'assoggettamento di quei contratti alle regole dell'evidenza pubblica sancite per i settori speciali.

Va precisato che sin dalla Direttiva 2004/17, il legislatore comunitario e, di conseguenza, quello nazionale – hanno fissato un regime particolare per gli appalti nei settori speciali, tenendo conto della peculiarità di tali settori che, "*per un verso, si connotano per il carattere chiuso dei relativi mercati, dovuto alla concessione da parte degli Stati membri di diritti speciali o esclusivi per l'approvvigionamento, la messa a disposizioni o la gestione di reti che forniscono il servizio e, per l'altro, sono più sensibili ad una diretta influenza delle autorità nazionali sugli enti aggiudicatori*" [5].

Il regime dei settori speciali aveva contenuti meno rigidi rispetto al sistema ordinario [6], risultando riconosciuti più ampi margini di libertà per le stazioni appaltanti, ma senza totale assimilazione al settore privato sotto il profilo dell'autonomia negoziale [7].

Allo stesso tempo, l'ambito soggettivo di applicazione della normativa per i settori speciali non si limitava alle c.d. amministrazioni aggiudicatrici ma ricomprendeva anche le imprese pubbliche [8], che operavano nei settori speciali, e gli altri enti che, pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, annoveravano tra le loro attività una o più attività relative ai settori speciali e operavano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro [9].

Pertanto, l'applicazione delle norme della Parte del Codice relativa ai settori speciali era la risultante di due criteri: uno soggettivo, più ampio, in base al quale

---

[4] D. IELO, R. ROTELLI, *Commento all'art. 217*, in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2008, 1885.

[5] M.A. SANDULLI, *L'ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici, I settori speciali. L'esecuzione*, V, Milano, 2008, 3145, la quale richiama il terzo e il quarto considerando della Direttiva 17.

[6] M.A. SANDULLI, *op. ult. cit*., 3146.

[7] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22.4.2014, n. 2026.

[8] Sulla figura dell'impresa pubblica, *ex multis*, si vedano M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, *Parte speciale*, Milano, 2007, 1205 ss.; M.A. SANDULLI, *op. ult. cit*., 3147 ss. e la bibliografia ivi richiamata.

[9] "*Sia dall'antecedente della direttiva 93/38/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993 che dalla direttiva 2004/17/CE si desume che tale disciplina mira a fronteggiare – mediante un avvicinamento alle regole contrattuali imposte alle amministrazioni – la naturale chiusura dei mercati causata dalla frequente condizione di monopolio degli esercenti, quelle che per l'art. 90 (poi 86) del Trattato CE sono imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale*", in tal senso Cons. Stato, Ad. plen., 1.8.2011, n. 16.

non era necessario che si trattasse di una amministrazione aggiudicatrice o di una impresa pubblica ma era sufficiente che l'ente operasse nei settori speciali in virtù di diritti speciali o esclusivi; l'altro, oggettivo, secondo il quale l'operatività delle norme in questione dipendeva da fatto che l'appalto fosse funzionalmente collegato alle attività istituzionali o comunque svolto all'interno della Comunità europea [10].

Gli appalti contemplati dall'art. 217 del vecchio Codice sono stati definiti dalla giurisprudenza e dalla dottrina "estranei" in quanto al di fuori dei settori di intervento delle direttive comunitarie.

Sotto la vigenza del Codice del 2006, la giurisprudenza ha chiarito che "*vi sono appalti non già semplicemente 'esclusi' dall'applicazione delle norme ordinarie del settore (e regolati perciò dalla disciplina dei settori speciali), ma anche del tutto 'estranei' all'ambito di applicazione delle medesime norme, non trovando quindi applicazione neppure la disciplina dei settori speciali agli appalti non finalizzati al complimento delle attività che delimitano i predetti settori speciali; così che, in definitiva, la linea di demarcazione tra settori 'esclusi' e settori 'estranei' è costituita dalla strumentalità dell'oggetto dell'appalto rispetto al compimento dell'attività speciale, strumentalità che del tutto ragionevolmente deve essere accertata caso per caso*" [11].

Si è posta la questione del regime applicabile ai c.d. appalti estranei. In altri termini, considerando che per le categorie degli appalti di cui all'art. 217 non trovavano applicazione le norme della Parte III per i settori speciali, occorreva individuare la disciplina applicabile.

La questione è stata affrontata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 1.8.2011, secondo la quale gli appalti "estranei" non ricadevano automaticamente nei settori ordinari. Ad avviso del Consiglio di Stato occorreva differenziare, nel novero degli enti aggiudicatori, le amministrazioni aggiudicatici e le imprese pubbliche: "*nel caso di amministrazioni aggiudicatrici, che sono soggetti di diritto pubblico, non sembrano esservi ostacoli ad ammettere che, per i loro appalti estranei ai settori speciali, si riespande l'applicazione della disciplina degli appalti dei settori ordinari (come si argomenta dalla già citata Corte Giust. CE, 10.4.2008 C393/06, Aigner, che, esclusa in un caso l'applicazione della disciplina dei settori speciali, ha ritenuto applicabile quella dei settori ordinari in quanto la stazione appaltante poteva essere qualificata come organismo di diritto*

---

[10] "*L'esclusione dei suddetti appalti dall'ambito di applicazione del codice implica che l'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale*" (Cons. Stato, sez. VI, 13.5.2011, n. 2919). In senso conforme, si vedano Cons. Stato, sez. VI, 22.4.2014, n. 2026; Cons. Stato, 8.10.2013, n. 4934.

[11] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22.4.2014, n. 2026; Cons. Stato, sez. V, 26.5.2015, n. 2639.

pubblico). Diversamente, nel caso delle imprese pubbliche, che sono enti aggiudicatori nei settori speciali (art. 2, Direttiva 2004/17/CE), ma non sono contemplati tra le amministrazioni aggiudicatrici nei settori ordinari (artt. 1 e 2, Direttiva 2004/18/CE), per gli appalti 'estranei', aggiudicati per scopi diversi dalle loro attività nei settori speciali (art. 20, Direttiva 2004/17/CE), la sottrazione alla Direttiva 2004/17/CE non comporta l'espansione della Direttiva 2004/18/CE, ma piuttosto la sottrazione ad entrambe le direttive comunitarie" [12]. Tale orientamento è stato costantemente ripreso dalla giurisprudenza successiva.

3. L'art. 25 della Direttiva europea 25/2016

Nell'approccio alla disciplina posta dal Codice vigente, appare opportuno muovere dalla considerazione che l'art. 14, d.lgs. n. 50/2016 è attuativo dell'art. 25 della Direttiva europea 25/2016, in base al quale "*la presente direttiva non si applica né agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dal perseguimento delle loro attività di cui agli articoli da 8 a 14 o per l'esercizio di tali attività in un paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno dell'Unione, né ai concorsi di progettazione organizzati a tali fini. Gli enti aggiudicatori comunicano alla Commissione, su richiesta, qualsiasi attività che considerano esclusa in virtù del paragrafo La Commissione può pubblicare periodicamente nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, a titolo d'informazione, gli elenchi delle categorie di attività che considera escluse. Nel fare ciò, la Commissione rispetta il carattere commerciale sensibile che gli enti aggiudicatori possono far valere quando comunicano queste informazioni*".

4. Le categorie di appalti, concessioni e di concorsi di progettazione esclusi dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 14

L'art. 14 del d.lgs. n. 50/2016 esclude dall'ambito di applicazione del Codice: *a*) gli appalti e concessioni aggiudicati dagli enti aggiudicatori per il conseguimento di scopi diversi dall'esercizio delle loro attività rientranti nell'ambito dei settori speciali, ed in tal caso si parla di appalti non strumentali o non istituzionali;

[12] Cons. Stato, Ad. plen., 1.8.2011, n. 16.

b) gli appalti e concessioni aggiudicati per l'esercizio delle attività inerenti ai c.d. settori speciali in un Paese terzo, a condizione che non comportino lo sfruttamento di una rete o di un'area geografica all'interno dell'Unione Europea; *c*) i concorsi di progettazione organizzati a tali fini.

5. Il ruolo della Commissione europea: la comunicazione delle attività escluse da parte degli enti aggiudicatori e la pubblicazione degli elenchi della parte della Commissione recanti le categorie di attività oggetto degli appalti di cui al primo comma considerati esclusi

La Commissione può richiedere agli enti aggiudicatori l'indicazione di tutte le categorie di attività che considerano escluse in virtù del primo comma dell'art. 14, nei termini da essa indicati, evidenziando nella comunicazione quali informazioni hanno carattere commerciale sensibile.

In ogni caso, le disposizioni del presente Codice non si applicano comunque alle categorie di attività oggetto degli appalti di cui al primo comma considerati esclusi dalla Commissione europea in elenchi pubblicati periodicamente nella *Gazzetta Ufficiale* dell'Unione europea.

6. I contratti esclusi dalla disciplina del codice dei contratti in base ad obblighi internazionali

Il primo comma dell'art. 16 del d.lgs. n. 50/2016 esclude l'applicazione delle norme in esso contenute ai contratti pubblici, che devono invece osservare regole procedurali stabilite da accordi internazionali o da organizzazioni internazionali.

L'art. 16 recepisce il contenuto dell'art. 10 della Direttiva europea 23/2014, dell'art. 9 della Direttiva 24/2014 e dell'art. 20 della Direttiva 25/2014.

Innanzitutto, sono esclusi dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici gli appalti che devono seguire norme particolari, in quanto sono aggiudicati sulla base di "*uno strumento giuridico che crea obblighi internazionali, quali un accordo internazionale, concluso in conformità dei trattati dell'Unione europea, tra lo Stato e uno o più Paesi terzi o relative articolazioni e riguardanti lavori, forniture o servizi destinati alla realizzazione congiunta o alla gestione congiunta di un progetto da parte dei soggetti firmatari*".

L'elemento distintivo di tale categoria di contratti pubblici "esclusi" è quello

finalistico, che deve contraddistinguere gli accordi internazionali eventualmente stipulati dal nostro Paese. Invero, questi ultimi devono avere ad oggetto la realizzazione comune dell'opera o del servizio o della fornitura tra i Paesi che hanno stipulato l'accordo.

Lo stesso vale per gli appalti, per le concessioni e per i concorsi di progettazione, le cui norme per l'aggiudicazione sono stabilite da un'organizzazione internazionale, della quale l'Italia faccia parte.

In buona sostanza, le deroghe sancite dall'art. 16 derivano da obblighi a carattere internazionale assunti nei confronti di Paesi terzi.

Il legislatore, inoltre, ha previsto che la Cabina di Regia di cui all'art. 212 del Codice comunichi alla Commissione europea gli strumenti giuridici indicati al primo comma, lett. a). L'art. 16, secondo comma, d.lgs. n. 50/2016 concerne l'individuazione della disciplina dei contratti pubblici (esclusi) aggiudicati sulla base di norme previste da un'organizzazione internazionale.

Occorre distinguere a seconda se l'iniziativa sia o meno interamente finanziata dall'organizzazione o dall'istituzione internazionale.

In particolare, le stazioni appaltanti non devono applicare la disciplina codicistica quando aggiudicano gli appalti pubblici, i concorsi di progettazione e le concessioni in base a norme previste da un'organizzazione internazionale o da un'istituzione finanziaria internazionale, e tali appalti (e concorsi di progettazione e concessioni) sono interamente finanziati dalla stessa organizzazione.

Diversamente, invece, se si tratta di contratti cofinanziati prevalentemente da un'organizzazione internazionale o da un'istituzione finanziaria internazionale, le parti si accordano sulle procedure di aggiudicazione da applicare.

La deroga alla disciplina del Codice dei contratti, derivante dall'osservanza di obblighi internazionali, non trova applicazione con riferimento agli appalti, ai concorsi di progettazione e alle concessioni in materia di difesa e di sicurezza di cui al d.lgs. 15.11.2011, n. 208 (recante la disciplina dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza, in attuazione della Direttiva 2009/81/CE).

Per tale tipologia di contratti, infatti, resta ferma la disciplina stabilita nel Capo VI, "*Appalti e procedure in specifici settori*", Sezione Prima, "*Difesa e Sicurezza*"; in particolare, occorre tener presente quanto stabilito dall'art. 161.

7. I contratti esclusi nello schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici

Il terzo libro dello schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici è dedicato agli appalti nei settori speciali, stabilendo che "*Le disposizioni del pre-*

sente libro si applicano alle stazioni appaltanti o agli enti concedenti che svolgono una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152. Si applicano, altresì, agli altri soggetti che annoverano tra le loro attività una o più tra quelle previste dagli articoli da 146 a 152 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi".

In ogni caso, con riferimento alle singole tipologie di contratti nei settori speciali, il nuovo schema definitivo specifica le ipotesi in cui è esclusa l'applicazione delle norme del Codice.

Ad esempio, in linea con la normativa attuale vigente, l'art. 145, rubricato "*Attività svolte in Paesi terzi*", stabilisce che "*Le disposizioni del codice non si applicano ai contratti aggiudicati dalle stazioni appaltanti o dagli enti concedenti per l'esercizio delle attività di cui agli articoli da 146 a 152 in un Paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno dell'Unione europea. Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti comunicano alla Commissione europea, su richiesta, tutte le categorie di attività che considerano escluse in virtù del comma 1, nei termini da essa indicati, evidenziando nella comunicazione quali informazioni hanno carattere commerciale sensibile. Le disposizioni del codice non si applicano comunque alle categorie di attività oggetto dei contratti di cui al comma 1 considerati esclusi dalla Commissione europea in elenchi pubblicati periodicamente nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea*".

Dunque, non vi è una parte dedicata ai contratti esclusi e una parte nella quale sono disciplinati i contratti nei settori speciali. Invece, nello schema definitivo del nuovo Codice, con riferimento alle singole fattispecie dei contratti nei settori speciali, sono espressamente contemplate ipotesi di esclusione dell'applicazione della disciplina codicistica.

Capitolo Undicesimo

La disciplina dei contratti sotto-soglia comunitaria

CARMENCITA GUACCI

SOMMARIO: 1. La soglia comunitaria per l'affidamento degli appalti. – 2. La disciplina nazionale in tema di contratti sotto-soglia. – 3. Il potere discrezionale delle stazioni appaltanti nel ricorso alla procedura semplificata. – 4. Procedure semplificate previste per i contratti sotto-soglia. – 4.1. Le procedure di affidamento lavori, servizi e forniture di importo inferiore a euro 40.000. – 4.2. Le procedure per l'affidamento di contratti di lavoro di importo pari o superiore a euro 40.000 e inferiore a euro 150.000 (contratti di servizi forniture di importo superiore a euro 40.000 e inferiore alle soglie di rilevanza europea). – 5. I principi generali dell'affidamento sotto-soglia. – 6. La motivazione rafforzata degli affidamenti sotto-soglia. – 7. Il principio di rotazione. – 8. Ambito di applicazione del principio di rotazione. – 9. La Commissione di gara. – 10. L'evoluzione giurisprudenziale sul riparto di giurisdizione. – 11. Le procedure sotto-soglia nello schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici.

1. La soglia comunitaria per l'affidamento degli appalti

Gli affidamenti sotto-soglia rappresentano ancora oggi un istituto di particolare complessità, alla continua ricerca di un punto di equilibrio tra l'esigenza di semplificare le procedure per gli affidamenti di modico valore e la necessità di evitare che tali affidamenti possano costituire strumenti di elusione della legge.

Semplificazione e legalità sono, dunque, i due termini fondamentali che caratterizzano gli affidamenti sotto-soglia, laddove la legalità risulta assicurata dalla intensa attività di controllo e sanzionatoria dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (quest'ultima ha poteri di vigilanza, regolazione, amministrazione attiva e precontenziosa) [1].

[1] E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, 499 ss.

In premessa occorre evidenziare che la previsione di una soglia quantitativa riferita al valore economico dell'importo del contratto, ha costituito il parametro per confermare la rilevanza sovrannazionale dell'appalto e, quindi, per circoscrivere l'ambito di applicazione della normativa europea [2].

Il legislatore nazionale, infatti, secondo una regola gerarchica, è tenuto ad adeguarsi alle soglie e alla disciplina europea, senza poter, tra l'altro, adottare disposizioni più rigorose in attuazione del divieto di *gold plating* (*il divieto impone al legislatore delegato di non introdurre livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla normativa europea*) [3].

Le soglie, dunque, rappresentano uno dei criteri che concorre ad individuare il perimetro della portata oggettiva dei contratti cui si applicano le direttive europee e, conseguentemente, determinate norme del nuovo Codice dei contratti pubblici da esse derivate (ai contratti sotto-soglia non si applicano le norme che prevedono obblighi di pubblicità di comunicazione dei bandi di gara e degli avvisi a livello comunitario) [4].

Il legislatore sovranazionale, nello stabilire le soglie di rilevanza europea, ha introdotto un meccanismo c.d. mobile che impone l'aggiornamento biennale degli importi da parte della Commissione europea [5].

A tal proposito, l'art. 35, terzo comma, del Codice dei contratti pubblici, stabilisce che le soglie sono periodicamente rideterminate con provvedimento della Commissione europea, che trova diretta applicazione alla data di entrata in vigore conseguente alla pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* dell'Unione Europea [6].

L'art. 35, primo comma, stabilisce la medesima soglia per gli appalti di lavori e per le concessioni, mentre per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione, fissa soglie differenti, in relazione alla diversa natura dell'amministrazione aggiudicatrice, stabilendo importi più bassi, con riferimento agli appalti di servizi, forniture e concorsi di progettazione, aggiudicati

---

[2] E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, 174-175.

[3] Il *gold plating* è una pratica che impone costi che potrebbero essere evitati M. PAOLELLI, *Divieto di gold plating e affidamento in house providing: costituzionalmente legittima la previsione dell'obbligo per le Stazioni appaltanti di motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato*, in *Riv. Corte conti*, 3, 2020, 182 ss.; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 2015, 1157.

[4] A. ILACQUA, *L'affidamento sotto-soglia alla luce delle nuove Linee Guida ANAC. Note sul potere della stazione appaltante e sulla motivazione delle scelte discrezionali*, in *L'amministrativista*, 9.5.2018; G. FIDONE, *Le direttive del 2014: l'obiettivo dell'efficienza attraverso un ulteriore aumento della flessibilità delle procedure e il c.d. uso strategico degli appalti*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Totino, 2019, 30 ss.

[5] P. CLARIZIA, *Rilevanza comunitaria e contratti sotto-soglia*, in *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza,* Milano, 2019, 101.

[6] R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblic*i, Torino, 2017, 1696.

dalle amministrazioni aggiudicatrici, che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato III (Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministeri), rispetto a quelli previsti in relazione alle medesime tipologie di appalti per le amministrazioni *sub* governative.

Il secondo comma dell'art. 35 del Codice stabilisce, invece, le soglie di rilevanza comunitaria nei settori speciali, [7] che per gli appalti di servizi, di forniture e per i concorsi di progettazione sono più elevate rispetto a quelle previste per le medesime tipologie di appalti nei settori ordinari.

A seguito di una serie di interventi, la Commissione europea ha rideterminato i nuovi importi [8] che si traducono in:

a) euro 140.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato III;

b) euro 215.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati d'amministrazione aggiudicatrice sub-centrali;

c) euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e gli altri servizi specifici elencati nell'allegato IX (servizi sanitari, sociali e culturali, di ristorazione ecc., ovvero i servizi di cui agli artt. 140,143 e 144 a cui rinvia l'allegato IX).

Per i settori speciali, invece, la previsione è pari a:

a) euro 5.382.000 per gli appalti di lavori;

b) euro 431.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;

---

[7] Tali settori costituiscono segmenti di mercato in qualche misura "protetti" o, perlomeno, poco esposti nei confronti delle dinamiche concorrenziali. Essi, inoltre, si inquadrano nell'ambito di servizi di pubblica utilità o, secondo altra terminologia, di interesse economico generale. Cfr. M. PROTTO, Settori speciali a geometria variabile, in R. DE NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Normativa speciale per i lavori pubblici, settori speciali*, vol. III, Milano, 2007, 549, relativamente ai quali la responsabilità e l'influenza dei poteri pubblici può assumere un rilievo tale da attenuare la logica puramente economica. Cfr. L.R. PERFETTI, *Commento all'art. 114*, in ID. (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, 1036 ss.; C. PANETTA, P. MANTINI, *I settori speciali nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustamm.it – Riv. di dir. amm.*, 2, 2016.

[8] Le nuove soglie europee per gli appalti di lavoro e per le concessioni, nonché per gli appalti di servizi e forniture, decise dall'Unione Europea, con l'emanazione di ben quattro regolamenti, pubblicati nella *G.U.* dell'Unione Europea dell'11.11.2021: Regolamento Comm. UE 10.11.2021, n. 1950, che modifica la Direttiva 2009/81/CE sugli appalti nei settori della difesa e della sicurezza; Regolamento Comm. UE 10.11.021, n. 1951, che modifica la Direttiva 2014/23/UE sulle concessioni; Regolamento Comm. UE 10.11.2021, n. 1952, che modifica la Direttiva 2014/24/UE sugli appalti nei settori ordinari; Regolamento Comm. UE 10.11.2021, n. 1953, che modifica la Direttiva 2014/25/UE sugli appalti nei settori speciali. Le modifiche regolamentari, in vigore dal 1° gennaio 2022, sono obbligatorie e direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri e non necessitano di alcuna procedura di recepimento. Le nuove soglie sostituiscono integralmente quelle vigenti in precedenza.

c) euro 1.000.000 per i contratti di servizi, servizi sociali ed altri servizi specifici elencati nell'allegato IX (servizi sanitari, sociali e culturali, di ristorazione ecc., ovvero i servizi di cui agli artt. 140, 143 e 144 a cui rinvia l'allegato IX).

La complessità della determinazione del valore degli importi degli appalti sovranazionali risponde all'esigenza di impedire meccanismi elusivi della normativa ordinaria, in favore del regime meno gravoso previsto per i contratti sotto – soglia [9].

A finalità antielusive risponde, dunque, il sesto comma dell'art. 35 che prescrive il divieto di frazionamento artificioso dell'appalto [10].

In particolare, la suddetta norma dispone che un appalto non può essere frazionato, con l'intenzione di escluderlo dall'ambito di applicazione delle disposizioni del Codice relative alle soglie europee, a meno che sussistano ragioni oggettive che impongano il frazionamento.

In tale ultima ipotesi, occorrerebbe procedere all'accertamento delle ragioni che giustificano non tanto il frazionamento in sé, ma piuttosto la scelta di disapplicare la disciplina comunitaria (scelta da reputarsi non illegittima quando tale *scopo* sia *oggettivamente giustificato*) mediante la segmentazione della procedura in più appalti di valore inferiore alle soglie di riferimento [11]. La decisione di frazionare un appalto è espressione di una scelta discrezionale, sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità [12], oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria [13].

Merita un cenno, l'ultimo comma dell'art. 35, dedicato all'istituto dell'anticipazione, che consente di calcolare, sul valore del contratto, l'importo dell'anticipazione del prezzo pari al 20%, da corrispondere all'appaltatore entro 15 giorni dall'effettivo inizio dei lavori; l'erogazione dell'anticipazione è subordinata alla costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa di importo pari all'anticipazione maggiorata del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario al recupero dell'anticipazione stessa secondo il cronoprogramma di lavori [14].

---

[9] F. MANGANARO, R. PARISI, *I contratti pubblici sotto-soglia alla luce delle Linee Guida n. 4 dell'Anac*, in *Urb. e app*., 5, 2018, 589.

[10] M. LESTO, *I contratti pubblici*, a cura di M. CORRADINO, D. GALLI, D. GENTILE, M.C. LENOCI, C. MALINCONICO, Milano, 2017, 737.

[11] Cfr. T.a.r. Trieste, Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 9.12.2019, n. 514 (ud. 4.12.2019, dep. 9.12./2019).

[12] Per proporzionalità deve intendersi che la scelta concreta dell'Amministrazione sia idonea a conseguire l'obiettivo (idoneità del mezzo) e rappresenti il minor sacrificio possibile per gli interessi privati (stretta necessità), tale comunque da poter essere sostenuto dal destinatario (adeguatezza)" (in tali termini si è espresso il Cons. Stato, sez. V, sent. n. 5225/2020).

[13] Cons. Stato, sez. V, 21.6.2022, n. 5119.

[14] Comma così modificato dall'art. 1, ventesimo comma, lett. g), l. n. 55/2019, poi dall'art. 91, secondo comma, d.l. n. 18/2020, convertito dalla l. n. 27/2020) (per le procedure indette entro il

La garanzia è rilasciata da imprese bancarie autorizzate o assicurative autorizzate alla copertura dei rischi ai quali si riferisce l'assicurazione e che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano la rispettiva attività.

La garanzia può essere, altresì, rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nel relativo albo. L'importo della garanzia viene gradualmente ed automaticamente ridotto nel corso dei lavori, in rapporto al progressivo recupero dell'anticipazione da parte delle stazioni appaltanti. Il beneficiario decade dall'anticipazione, con l'obbligo di restituzione, se l'esecuzione di lavori non procede, per ritardi a lui imputabili, secondo i tempi contrattuali. Sulle somme restituite sono dovuti gli interessi legali con decorrenza dalla data di erogazione dell'anticipazione.

La predetta disposizione non trova applicazione in relazione ai contratti in corso o alle procedure già bandite, ma non ancora aggiudicate alla data di entrata in vigore del Codice.

2. La disciplina nazionale in tema di contratti sotto-soglia

Le direttive comunitarie non hanno previsto una disciplina specifica per le procedure sotto-soglia, queste ultime sono state sempre disciplinate dai principi fondamentali del Trattato, tra i quali il principio della concorrenza e la parità di trattamento degli operatori economici, attraverso procedure comparative trasparenti [15].

Il legislatore nazionale, invece, ha avvertito la necessità di normare in modo dettagliato le procedure di affidamento degli appalti sotto-soglia, al fine di combattere il fenomeno corruttivo che spesso si nasconde proprio in tali tipologie di contratti.

L'art. 36 [16] del nuovo Codice dei contratti pubblici (rubricato contratti sotto-soglia), oggi, detta una procedura per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, improntata ai criteri di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti.

31.12.2022, la misura dell'anticipazione "può" (non "deve") essere incrementata fino al 30% (compatibilmente con le disponibilità finanziarie) ai sensi dell'art. 207, primo comma, l. n. 77/2020, come modificato da ultimo dall'art. 3, quarto comma, d.l. n. 228/2021, convertito dalla l. n. 15/2022).

[15] Nell'ottica comparata, A. Di Feo, *Centrali di committenza, qualificazione delle stazioni appaltanti e tutela della concorrenza in Italia e nel Regno Unito*, in *Urb. e app.*, 2019, 33 ss.

[16] Per le procedure indette entro il 30.6.2023 si veda la disciplina sostitutiva di cui all'art. 1 della l. n. 120/2020 come sostituita dall'art. 51 della l. n. 108/2021).

La suddetta procedura affida all'ANAC [17] il compito di definire le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti nelle attività relative ai contratti di importo inferiore alla soglia di rilevanza europea e migliorare la qualità delle procedure delle indagini di mercato, nonché la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici e, più specificatamente, l'indicazione delle modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata. All'ANAC è affidato anche il compito di definire la normativa di dettaglio per l'effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intende avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale.

Inoltre, il legislatore, nella disciplina dei contratti sotto-soglia, introduce numerose eccezioni all'applicazione delle regole generali, giustificate dalla finalità di non aggravare eccessivamente il procedimento [18].

Ad esempio, è prevista una fase c.d. indagatoria, durante la quale l'Amministrazione attenziona il mercato per valutare eventuali operatori economici che possano soddisfare le esigenze richieste.

Una volta conclusa l'indagine di mercato, ovvero consultati gli elenchi di operatori economici, la stazione appaltante deve selezionare, in modo non discriminatorio, gli operatori da invitare, in numero proporzionato all'importo e alla rilevanza del contratto e, comunque, in numero almeno pari a quello individuato nell'art. 36 del Codice [19].

La stazione appaltante invita [20] contemporaneamente tutti gli operatori econo-

---

[17] C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC*: *una nuova fonte del diritto*?, in *www.giustamm.it*, 2016.

[18] P. CHIRULLI, *Principi generali in materia di selezione*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, I, Torino, 2017, 1277; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2018, 1910.

[19] Nel caso in cui non sia possibile procedere alla selezione degli operatori economici da invitare sulla base dei requisiti posseduti, la stazione appaltante procede al sorteggio, a condizione che ciò sia stato debitamente pubblicizzato nell'avviso di indagine esplorativo o nell'avviso si costituzione dell'elenco. In tale ipotesi, l'amministrazione deve rendere tempestivamente noto, con adeguati strumenti di pubblicità, la data e il luogo di espletamento del sorteggio, adottando gli opportuni accorgimenti affinché i nominativi degli operatori economici selezionati tramite sorteggio non vengano resi noti, mi siano accessibili, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte.

[20] L'invito contiene tutti gli elementi che consentono alle imprese di formulare un'offerta informata e dunque seria, tra cui almeno:

– l'oggetto della prestazione, le relative caratteristiche tecniche e prestazionali e il suo importo complessivo stimato;

– i requisiti generali di idoneità professionale e quell'economico finanziari/tecnico-organizzativi richiesti per la partecipazione alla gara o, nel caso di operatori economici selezionati da un elenco, – la conferma del possesso dei requisiti speciali in base ai quali sono stati inseriti nell'elenco;

– il termine di presentazione dell'offerta ed il periodo di validità della stessa; l'indicazione del termine dell'esecuzione della prestazione;

mici selezionati, compreso eventualmente l'aggiudicatario uscente, a presentare l'offerta a mezzo PEC ovvero, quando ciò non sia possibile, tramite lettera in conformità a quanto disposto dall'art. 75, terzo comma, del Codice oppure mediante le specifiche modalità previste dal singolo mercato elettronico [21].

L'invito deve essere rivolto contestualmente a tutti gli operatori. Conseguentemente, laddove sussistesse l'esigenza di invitare nuovi operatori, ovvero di effettuare nuovamente la comunicazione a causa di un errore di trasmissione, l'amministrazione dovrebbe riformulare i termini di presentazione delle offerte in relazione a tutti gli operatori.

Un ruolo nevralgico nel disciplinare i contratti sotto-soglia, come si è detto, è assunto dall'ANAC, che con delibera n. 1097 del 26.10.2016, ha adottato le linee guida n. 4, di attuazione del d.lgs. 18.4.2016, n. 50, recanti "*Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*" [22], pubblicate nella *G.U.*, Serie gen., n. 274 del 23.11.2016. Molto si è

– il criterio di aggiudicazione prescelto, mi limiti di quanto disposto dall'art. 95 del Codice. Nel caso si utilizzi il criterio del miglior rapporto qualità prezzo, gli elementi di valutazione e la relativa ponderazione;

– la misura delle penali;

– l'indicazione dei termini e delle modalità di pagamento;

– l'eventuale richiesta di garanzie;

– il nominativo del RUP;

– la volontà di procedere alla verifica di anomalia dell'offerta sensi dell'art. 97, ottavo comma, d.lgs. n. 50/2016 con l'avvertenza, che in ogni caso la stazione appaltante valuta la conformità di ogni offerta che in base ad elementi specifici appaia normalmente bassa;

– eventualmente, lo schema di contratto e il capitolato tecnico.

Ad integrazione di tali elementi indicati espressamente dall'ANAC nelle Linee guida, l'invito dovrebbe contenere anche:

– eventuali costi della sicurezza non soggetti a ribasso;

– eventuale pagamento ANAC per servizi e forniture di importo superiore a euro 150.000;

– eventuale fase di rilancio competitivo;

– eventuale riferimento, per le procedure con il criterio del prezzo più basso, all'applicazione dell'art. 97, ottavo comma, relativamente all'esclusione automatica delle offerte anomale, con l'avvertenza della non applicabilità dell'automatismo qualora le offerte valide siano inferiori a 10.

Le sedute di gara devono essere tenute in forma pubblica, ad eccezione della fase di valutazione delle offerte tecniche, e nella creatività devono essere verbalizzate.

[21] Secondo la giurisprudenza possono partecipare alla gara anche gli operatori economici che non siano stati "invitati" dalla stazione appaltante. In tal senso A. UBALDI, *Appalti, impresa "non invitata" presenta offerta: la partecipazione è valida*, in *Quotidiano giuridico*, 20.6.2019; in giurisprudenza T.a.r. Sicilia, Catania, 13.9.2017, n. 1380.

[22] Nello specifico le Linee guida hanno ad oggetto tre distinti procedimenti:

a) affidamento e esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 40.000 euro;

b) procedura negoziata per l'affidamento di contratti di lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro, nonché per l'affidamento di contratti di servizi e forniture di importo superiore a 40.000 euro e inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'art. 35;

discusso sulla natura giuridica delle suddette Linee guida, giungendo all'attribuzione di un valore pressocché non vincolante.

Tale assunto è condiviso dal Consiglio di Stato che, nel parere reso il 13.9.2016, n. 1903, ha asserito che le predette Linee guida rappresentano un provvedimento di attuazione del Codice e "*perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti*" e sono qualificabili come "atto amministrativo generale". La Commissione speciale del Consiglio di Stato, con il parere 30.8.2016, n. 1329, ha poi precisato che la disciplina dell'art. 36 del Codice è "*sufficientemente dettagliata*", con la conseguenza che le Linee guida costituiscono delle "*buone prassi*" dalla natura "*non integrativa*" e quindi "*non vincolante*" [23].

Ne consegue che le stazioni appaltanti possono discostarsi da quanto disposto dall'Autorità con le Linee guida, motivando puntualmente le ragioni della scelta difforme e purché abbiano operato nel rispetto dei principi dell'evidenza pubblica e della ragionevolezza.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione, il regime dei contratti sottosoglia previsto dal Codice dei contratti pubblici e dalle Linee guida dell'ANAC, si applica a tutte le amministrazioni aggiudicatrici degli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35, sia nell'ambito dei settori ordinari sia nell'ambito di quelli speciali.

Sono esclusi da tale regime le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi. Per questi soggetti trova applicazione il peculiare regime previsto dall'art. 36, ottavo comma, secondo il quale tali soggetti sono tenuti a ri-

---

c) procedura negoziata per l'affidamento di contratti di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000 e inferiore a 1.000.000 euro.

Riguardo all'ipotesi di cui alla lett. a), le Linee guida individuano una procedura semplificata in cui gli operatori economici partecipanti devono comunque essere in possesso dei requisiti generali previsti dall'art. 80 del Codice, nonché dei requisiti speciali di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale che la stazione appaltante individua in relazione al tipo di affidamento. Le Linee guida richiamano inoltre la necessità di un rigoroso onere motivazionale – in ottemperanza agli obblighi di motivazione sanciti all'art. 3 della l. n. 241/1990 – per la scelta del contraente, che diviene ancor più pregnante allorquando l'affidamento sia disposto in favore del contraente uscente. L'onere motivazionale relativo all'economicità dell'affidamento e al rispetto dei principi di concorrenza può essere soddisfatto mediante la valutazione comparativa dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici. Per gli affidamenti di modico valore, ad esempio inferiori a 1.000 euro, o per gli affidamenti effettuati nel rispetto di apposito regolamento (ad esempio regolamento di contabilità) già adottato dalla stazione appaltante, che tiene conto dei principi comunitari e nazionali in materia di affidamento di contratti pubblici, la motivazione può essere espressa in forma sintetica. [Linee guida ANAC punti 3.3.3 e 3.3.4]. Merita di essere segnalata, inoltre, l'inapplicabilità alla procedura de qua del termine dilatorio di stand still per la stipula del contratto, come dispone l'art. 32, c. 10, lett. b), del Codice. Con riferimento alle ipotesi di cui alle lett. b) e c).

[23] G. MORBIDELLI, L*inee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 3. 2016, 3273; M. DELLE FOGLIE, *Verso un "nuovo" sistema delle fonti? Il caso delle linee guida A.N.A.C. in materia di contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 5.7.2017.

spettare i regolamenti adottati, che devono essere conformi ai principi dettati dal trattato dell'Unione Europea e, in particolare, a quelli di non discriminazione in base alla nazionalità, parità di trattamento, trasparenza e tutela della concorrenza.

La suindicata disposizione normativa ha subito talune modifiche a seguito del decreto semplificazioni, in particolare l'art. 4, primo comma del d.l. n. 76/2020[24] riforma in due punti l'art. 36, ottavo comma, del Codice dei contratti pubblici. *In primis,* è stato rafforzato il valore cogente della disposizione codicistica, la quale prescrive un termine massimo di 60 giorni, dalla intervenuta aggiudicazione, per la stipula del contratto. Tale effetto è stato ottenuto mediante la sostituzione delle parole, contemplate nel menzionato art. 36, ottavo comma, d.lgs. n. 50/2016, "*ha luogo*" – collegate, per l'appunto, alla stipula del contratto – con quelle "deve aver luogo" (così è prescritto dall'art. 4, primo comma, lett. a), del decreto "semplificazioni"). Viene, dunque, introdotto un termine perentorio per la stipula del contratto di appalto, in ossequio ai principi di speditezza e celerità dell'azione amministrativa.

La volontà del legislatore di conferire natura perentoria al termine in questione è, altresì, desumibile dalla ulteriore precisazione, contenuta nel primo comma, lett. a), dello stesso art. 4, secondo cui la fissazione di un diverso termine è ammessa, oltre che nel caso in cui ciò sia stabilito nei documenti di gara, quando la deroga sia "*espressamente concordata con l'aggiudicatario*" e purché "*trovi giustificazione nell'interesse alla sollecita esecuzione del contratto*".

Il menzionato decreto semplificazioni ha riformato la materia anche sotto il profilo processuale, in particolare, si estende innanzitutto l'operatività dell'art. 125, secondo comma, c.p.a., alle controversie concernenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture sotto-soglia e a quelle aperte, ristrette e negoziate di importo pari o superiore alle soglie comunitarie, contemplate, rispettivamente, dagli artt. 1 e 2, secondo comma, del decreto "semplificazioni"[25]. Inoltre, il terzo comma dello stesso art. 4 stabilisce che alle impugnazioni relative ad atti adottati nelle procedure per l'affidamento dei contratti, con importo pari o superiore alle soglie comunitarie, espletate ai sensi dell'art. 2, terzo comma, d.l. n. 76/2020, è applicabile l'intera disciplina contenuta nell'art. 125 c.p.a.[26].

---

[24] F. GAVIOLI, *Appalti sotto e sopra soglia comunitaria mediante misure di semplificazione: chiarimenti dal Ministero*, in *Quotidiano giuridico*, 16.2.2021; M. PANATO, *Le novità del D.L. semplificazioni in tema di appalti e antimafia*, in *Quotidiano giuridico*, 24.9.2020; M. PORCU, *La rotazione nella bozza del nuovo Regolamento appalti pubblici*, 27.3.2020.

[25] R. CODEBÒ, *I contratti pubblici nel decreto "Semplificazioni",* in *Ig. & sic. lav.*, 11, 2020, 561.

[26] F. GAFFURI, *Il Decreto Semplificazioni alla prova dei fatti – La disciplina degli appalti pubblici dopo il "decreto semplificazioni"*, in *Giur. it.*, 5, 2021, 1242.

3. Il potere discrezionale delle stazioni appaltanti nel ricorso alla procedura semplificata

Le stazioni appaltanti sono titolari di un potere discrezionale di scelta tra il ricorso a procedure semplificate ovvero a quelle ordinarie.

Il secondo comma dell'art. 36, infatti, fa salva la facoltà delle stazioni appaltanti di ricorrere alle procedure ordinarie, senza stabilire alcuna preferenza rispetto ai procedimenti semplificati previsti dalla medesima disposizione per gli affidamenti sotto-soglia.

Tuttavia, le Linee guida dell'ANAC (4/2018), introducono un perimetro operativo, disponendo che "*le stazioni appaltanti possono ricorrere, nell'esercizio della propria discrezionalità, alle procedure ordinarie, anziché a quelle semplificate, qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale nell'esercizio della discrezionalità, alle procedure ordinarie, anziché a quelle semplificate*".

L'autorità sembra aver declinato una preferenza per le procedure semplificate, che tuttavia non trova riscontro nell'art. 36, secondo comma, condizionando il ricorso alle procedure ordinarie alla sussistenza di specifiche circostanze che suggeriscano sia più opportuno procedere al massimo confronto concorrenziale, con l'obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di darne specifico conto nell'atto di indizione della procedura.

L'indicazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, va ad integrare il dettato della legge, che si limita a fare genericamente salva la facoltà di ricorrere alle procedure ordinarie, e può ritenersi utile, dando spazio ai soggetti che comunque intendono avvalersi delle procedure ordinarie, di poterlo fare nel rispetto dell'obbligo per le stazioni appaltanti, in sede di determina a contrarre, motivando in modo dettagliato, in tutti i casi di appalto sotto-soglia, in ordine alle ragioni che le hanno indotte ad optare per un sistema di affidamento aperto alla partecipazione di tutte le imprese potenzialmente interessate [27].

Tuttavia, in un mercato sempre più rilevante in termini percentuali come quello del "sotto-soglia", l'introduzione di vincoli di motivazione aggiuntivi, rispetto a quanto previsto dalla legge, può apparire in contraddizione con le esigenze di semplificazione, come del resto sembra contrastare con il principio di efficientamento amministrativo l'imposizione di uno stringente onere motivazionale finanche "*in merito alla scelta della procedura seguita*", come nel caso degli affidamenti al di sotto di 40.000 euro.

Di avviso contrario è la giurisprudenza [28], che asserisce che l'onere di motivare

---

[27] D. GALLI, *I contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm*., 6. 2020, 727.

[28] T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 1.7.2020, n. 7418.

persino le ragioni della scelta della procedura, ed anche per importi minimi, non è tanto gravoso per la stazione appaltante se si considera che proprio in tali procedure si annida largamente il fenomeno sistemico della corruzione [29].

In particolare, secondo il Consiglio di Stato [30]: "*Appare, in definitiva, in ogni caso maggiormente equilibrato e congruo rispetto all'impianto della legge, scindendo i due momenti, riservare alle stazioni appaltanti nel momento preventivo della determina a contrarre, e quindi della scelta della procedura, un onere motivazionale sintetico, mentre trova giustamente spazio nella fase della scelta dell'aggiudicatario l'onere di dare dettagliata contezza del possesso da parte dell'operatore selezionato dei requisiti richiesti nella stessa determina a contrarre e della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante è chiamata soddisfare*".

La disciplina dovrebbe essere interpretata, dunque, nel senso che le stazioni appaltanti hanno un obbligo generale di illustrare, ai sensi dell'art. 3, primo comma della l. n. 241/1990, le ragioni per le quali hanno scelto di optare per qualsivoglia procedura, in modo da rendere esplicito l'*iter* logico seguito; laddove, però, la scelta sia in deroga al regime ordinario, la motivazione deve essere maggiormente dettagliata, assumendo i connotati di quella che viene considerata motivazione c.d. rafforzata.

4. Procedure semplificate previste per i contratti sotto-soglia

L'art. 36 di cui sopra, prevede molte procedure semplificate per l'aggiudicazione degli appalti pubblici inferiori alle soglie comunitarie [31]. Le procedure sono diversificate a seconda degli importi e della natura dei contratti, infatti: per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, si procede mediante affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta; per un importo compreso tra 40.000 e 150.000 euro, è previsto l'affidamento diretto, previa valutazione di 3 preventivi (ove esi-

---

[29] M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, 61; G.M. RACCA, S. PONZIO, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, in L. SCOMPARIN (a cura di), *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici. Strumenti di prevenzione e contrasto*, Torino, 2017, 109 ss.

[30] Cons. Stato, Comm. Speciale, Parere n. 1903/2016 pubblicato il 13.9., reso sulle Linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) in materia di procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria.

[31] D. MARRAMA, *L'organismo di diritto pubblico e gli appalti di servizi e di forniture sotto-soglia*, in *Dir. amm.*, 2004, 508.

stenti); per importo compreso tra 150.000 e 350.000 euro, si prevede la procedura negoziata (art. 63), previa consultazione di almeno 10 operatori economici (con rotazione degli inviti); per importo compreso tra 350.000 e un milione di euro, si prevede la procedura negoziata, previa consultazione di almeno 15 operatori economici (con rotazione degli inviti); per importo compreso tra un milione e soglia (5.382.000 euro) si sceglie la procedura aperta. Per quanto riguarda, invece, i servizi e le forniture: per importo inferiore a 40.000 euro, è previsto l'affidamento diretto anche senza consultazione di due o più operatori economici; per importo compreso tra 40.000 e soglia (431.000 euro), è previsto l'affidamento diretto previa valutazione di 5 operatori economici [32].

Il legislatore ha graduato dunque le diverse procedure in base agli importi dei contratti oggetto di affidamento, prevedendo una disciplina più snella per gli appalti aventi un valore più basso, e aumentando gradatamente gli aggravi procedimentali e le formalità con l'aumentare degli importi.

Resta ferma, tuttavia, la possibilità dell'amministrazione aggiudicatrice di adottare procedure più complesse e formalizzate, rispetto a quelle semplificate, quando lo richiedano esigenze di pubblicità e concorrenza prescritte dalla normativa sui contratti pubblici.

In ogni caso, la scelta della procedura semplificata deve essere motivata, seppur sinteticamente, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 241/1990, soprattutto nel caso degli affidamenti diretti.

L'ANAC, nella sua deliberazione, ha, tuttavia, chiarito che per gli affidamenti di modico valore, quali quelli inferiore ai 1.000,00 euro o per gli affidamenti effettuati nel rispetto di apposito regolamento (regolamento di contabilità) già adottato dalla stazione appaltante che tiene conto dei principi comunitari e nazionali in materia dei contratti pubblici, la motivazione della scelta dell'affidatario diretto può essere espressa in forma sintetica, anche richiamando il regolamento stesso nella determina ovvero nell'atto equivalente redatti in modo semplificato, in quanto "*il rispetto di una procedura già standardizzata all'interno della stazione appaltante consente di evitare che la discrezionalità di cui gode quest'ultima nella scelta del contraente si trasformi in arbitrio*" [33].

---

[32] Il secondo comma è oggetto di deroga fino al 30.6.2023 in base all'art. 1, primo comma del d.l. n. 76/2020 (decreto semplificazioni 2020 conv. dalla l. n. 120/2020) il quale è stato a sua volta modificato dall'art. 51 del d.lgs. n. 77/2021 (decreto semplificazioni 2021). La deroga prevede che per un importo inferiore a 150.000 euro è previsto l'affidamento diretto; per un importo compreso tra 150.000 euro e un milione di euro si prevede la procedura negoziata senza bando previa consultazione di almeno 5 operatori economici; per un importo compreso tra un milione di euro e 5.382.000 euro si prevede la procedura negoziata con almeno 10 operatori economici. Per quanto riguarda i servizi e le forniture, invece, per importo inferiore a 139.000 euro è previsto l'affidamento diretto; per importo compreso tra 139.000 euro e 431.000 euro si prevede la procedura negoziata senza bando previa consultazione di almeno 5 operatori economici.

[33] Assume, tuttavia, rilevanza la predisposizione dei criteri per l'affidamento da parte della Com-

Le Linee guida chiariscono, altresì, che restano fermi gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione anche telematici previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa, nonché la normativa sulla qualificazione delle stazioni appaltanti e sulla centralizzazione e aggregazione della committenza [34].

Si è detto, dunque, che la caratteristica essenziale degli appalti sotto-soglia, oltre al valore economico dell'appalto, attiene alla semplicità delle procedure, che si svolgono senza particolari formalismi.

Dalla semplicità di svolgimento della procedura degli affidamenti diretti (che non implicano una valutazione comparativa tra le offerte tecniche, ma un semplice confronto), deriva, allora, la possibilità, per gli operatori economici, di procedere all'invio delle offerte tramite Pec, senza che ne possa derivare pregiudizio alcuno al principio di segretezza [35]. Tale assunto muove dal presupposto che l'obiettivo dell'affidamento diretto è quello di snellire le procedure, sicché anche la modalità di presentazione delle offerte soggiace a tale esigenza.

4.1. Le procedure di affidamento lavori, servizi e forniture di importo inferiore a euro 40.000

L'art. 36, secondo comma, lett. a), stabilisce che "*l'affidamento dell'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore a euro 40.000 può avvenire tramite affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici, o, per i lavori, tramite amministrazione diretta*.

L'amministrazione diretta, istituto definito dall'art. 3, primo comma del Codice, è dunque una modalità di esecuzione dei lavori che si aggiunge all'affidamento diretto e alle ulteriori procedure semplificate e ordinarie previste dal Codice.

La procedura prende l'avvio con la determina contrarre, ovvero con atto a essa equivalente secondo l'ordinamento della singola stazione appaltante, che in applicazione dei principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza, deve contenere almeno:

– l'indicazione dell'interesse pubblico che si intende soddisfare;

---

missione Giudicatrice. In tal senso, F. GAVIOLI, *Affidamento diretto: i criteri e le regole di valutazione vanno fissati preventivamente*, in *Quotidiano giuridico*, 22.1.2019.

[34] Nel caso di indisponibilità di strumenti telematici le amministrazioni procedono mediante impiego di una centrale di committenza qualificata, o mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica. Cfr. L. FIORENTINO, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm*., 4, 2016, 443-450.

[35] F. GAVIOLI, *Affidamento diretto: l'invio del preventivo tramite PEC non viola il principio di segretezza*, in *Quotidiano giuridico*, 5.3.2020.

– e caratteristiche delle opere/beni/servizi che si intendono conseguire;
– i criteri per la selezione degli operatori, offerte;
– l'importo massimo stimato dell'affidamento e la relativa copertura contabile;
– le principali condizioni contrattuali.

L'art. 32, secondo comma, all'ultimo periodo prevede, infatti, che "*la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico professionali, ove richiesti*".

Le linee Guida prevedono, altresì, che prima dell'adozione della determina a contrarre, al fine di assicurare il rispetto dei principi di cui all'art. 30 del Codice e delle regole di concorrenza, la stazione appaltante, ove lo ritenga necessario, possa svolgere una preliminare indagine, semplicemente esplorativa del mercato, volta a identificare le soluzioni presenti sul mercato per soddisfare i propri fabbisogni e la platea dei potenziali affidatari.

Tale preliminare indagine non deve essere, tuttavia, confusa né con "*l'indagine di mercato*", prevista alle lett. b) e c) del secondo comma dell'art. 36 e disciplinata al par. 4.1 delle Linee guida, né con le "*consultazioni preliminari di mercato*", di cui all'art. 66 del Codice. Si tratta, infatti, di mere analisi informali finalizzate esclusivamente a comprendere se vi possono essere soluzioni più efficienti per soddisfare le medesime esigenze, ovvero altri operatori in grado di effettuare il medesimo servizio.

In determinate situazioni, come nel caso dell'ordine diretto di acquisto sul mercato elettronico o di acquisti di modico valore per i quali sono certi il nominativo del fornitore e l'importo della fornitura, si può procedere con una determina contraria, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore e le ragioni della scelta del possesso dei requisiti di carattere generale.

Le linee Guida prevedono altresì che il concorrente deve essere in possesso, oltre dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 del Codice, anche dei requisiti minimi di:

a) idoneità professionale (ad esempio: l'iscrizione al registro, industria, agricoltura e artigianato o ad altro Albo, ove previsto, capace di attestare lo svolgimento delle attività nello specifico settore oggetto del contratto);

b) capacità economica e finanziaria (quali ad esempio la dimostrazione di livelli minimi di fatturato globale, proporzionati all'oggetto dell'affidamento, o in alternativa, per permettere la partecipazione anche di imprese di nuova costituzione, o altra documentazione considerata idonea, quale un sufficiente livello di copertura assicurativa contro i rischi professionali);

c) capacità tecniche e professionali, stabilite in ragione dell'oggetto e dell'importo del contratto (quali ad esempio l'attestazione di esperienze maturate nello specifico settore, o in altro settore ritenuto assimilabile, nell'anno precedente o in altro intervallo temporale ritenuto significativo, ovvero il possesso di specifiche attrezzature).

Le Linee guida stabiliscono altresì che le stazioni appaltanti sono tenute a motivare adeguatamente in merito alla scelta dell'affidatario, dando dettagliatamente conto del possesso, da parte dell'operatore economico selezionato, dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché il rispetto del principio di rotazione.

L'obbligo di motivazione è attenuato per affidamenti di modico valore (affidamenti inferiore a 1.000 euro si veda Linea guida ANAC) o quando l'acquisizione avviene nel rispetto del regolamento di contabilità dell'amministrazione, ovvero nel caso in cui la stazione appaltante adotti un proprio regolamento per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture in economia, redatto nel rispetto dei principi contenuti nel Codice.

Nelle Linee guida si legge, inoltre, che gli oneri motivazionali relativi all'economicità dell'affidamento e al rispetto dei principi di concorrenza possono essere soddisfatti quando la stazione appaltante procede alla valutazione comparativa dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici. Tale previsione sembra imporre una descrizione eccessiva, incompatibile con la normativa primaria come modificata con il decreto correttivo.

In primo luogo, perché non si tratta di un onere motivazionale bensì di imporre un obbligo comparativo tra almeno due offerenti.

In secondo luogo, perché l'art. 36, secondo comma, non prevede tale necessità di comparazione.

In terzo luogo, perché il decreto correttivo ha espressamente previsto che la previa consultazione di tutti operatori economici non è obbligatoria. In tale prospettiva, dunque, lo specifico obbligo di motivare circa l'economicità dell'affidamento e la valutazione comparativa dei preventivi forniti da almeno due operatori, non sussiste, fermo restando che i principi di imparzialità e buon andamento suggeriscono che il responsabile del procedimento, se possibile, richieda sempre, seppure in via informale, una pluralità di preventivi, anche al fine di valutare se il prezzo è realmente conveniente. Resta fermo che, qualora l'amministrazione affidi il contratto senza ricorrere ad alcuna specifica comparazione, neppure informale, tra la molteplicità di offerte, dovrà specificatamente illustrare le ragioni alla base di tale scelta derogatoria dei generali principi concorrenziali, in quanto l'affidamento diretto è sempre una procedura eccezionale di scelta del contraente.

Un caso particolare di lavori di importo inferiore a 40.000,00 euro è costituito dai lavori da realizzare in amministrazione diretta. Si tratta dei casi in cui l'amministrazione esegue direttamente la prestazione con materiale e personale interno e in relazione ai quali si rende *in re ipsa* necessaria una procedura snella al fine di evitare un rallentamento dell'attività amministrativa ordinaria. Storicamente, nella vigenza del vecchio Codice, l'amministrazione diretta ha costituito una delle due procedure ammesse dal legislatore per l'acquisizione in economia accanto al cottimo fiduciario, ossia una tipologia particolare di procedura negoziata attraverso la quale l'amministrazione si procura lavori, beni e servizi presso terzi. A seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice, il cottimo fiduciario nei lavori di basso importo non è più previsto. Tramite l'amministrazione diretta possono invece effettuarsi le acquisizioni di lavori direttamente dal responsabile del procedimento (ovvero da un funzionario interno all'amministrazione) mediante l'utilizzo di uffici interni all'ente e, se necessario, attraverso l'acquisto o il noleggio di mezzi e materiali supplementari e l'assunzione *ad hoc* di ulteriore personale, da effettuarsi mediante la stipula di contratti privatistici (compravendita, noleggio). Ciò comporta, evidentemente, che i rischi e gli oneri derivanti dallo svolgimento di siffatte attività, rimane in capo all'amministrazione medesima ed in particolare al funzionario incaricato della gestione della specifica prestazione da acquisire (il responsabile del procedimento).

4.2. Le procedure per l'affidamento di contratti di lavoro di importo pari o superiore a euro 40.000 e inferiore a euro 150.000 (contratti di servizi forniture di importo superiore a euro 40.000 e inferiore alle soglie di rilevanza europea)

Ai sensi dell'art. 36, secondo comma, lett. b) del Codice, i contratti che hanno ad oggetto lavori di importo pari o superiore a euro 40.000 e inferiore a euro 150.000, ovvero servizi e forniture di importo pari superiore a euro 40.000 e inferiore alle soglie europee, possono essere affidati tramite procedura negoziata previa consultazione, rispettivamente, di almeno 10 o cinque operatori economici, ove esistenti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti.

La medesima disposizione stabilisce che le stazioni appaltanti possono eseguire i lavori anche in amministrazione diretta, fatta salva l'applicazione della procedura negoziata per l'acquisto e il noleggio di mezzi necessari.

La procedura si articola in quattro fasi:

– la procedura prende avvio con la determina contrarre, ovvero con atto a essa equivalente secondo l'ordinamento della singola stazione appaltante, che deve

contenere informazioni analoghe a quelle già indicate in relazione alle procedure per affidamento di contratti di importi inferiori a euro 40.000;

– svolgimento di indagini di mercato o di consultazione di elenchi per la selezione di operatori economici da invitare a confronto competitivo;

– confronto competitivo tra gli operatori economici selezionati e invitati;

– stipulazione del contratto.

5. I principi generali dell'affidamento sotto-soglia

Ai sensi dell'art. 36, primo comma, del Codice, l'affidamento di lavori, servizi e forniture, a prescindere dalla procedura semplificata o ordinaria alla quale l'amministrazione decide di ricorrere, deve rispettare i principi enunciati all'art. 30, primo comma, d.lgs. n. 50/2016, tra i quali sono elencati i principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, pubblicità e proporzionalità. L'affidamento deve, inoltre, essere svolto nel rispetto dagli artt. 34 e 42, che rispettivamente disciplinano i criteri di sostenibilità ambientale ed il divieto di conflitti d'interesse, nonché nel rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle micro, piccole e medie imprese [36].

Anche le Linee guida n. 4, al par. 2.2, prevedono il rispetto dei principi previsti dall'art. 30 del Codice tra cui:

a) **Principio di economicità**, che prescrive l'uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero dell'esecuzione del contratto;

b) **Principio di efficacia**, che rappresenta la congruità dei propri atti rispetto al conseguimento dello scopo e dell'interesse pubblico cui sono preordinati [37];

c) **Principio di tempestività**, che risponde all'esigenza di non dilatare la durata del procedimento di selezione del contraente in assenza di obiettive ragioni;

d) **Principio di correttezza**, che impone una condotta reale ed improntata alla buona fede, sia nella fase di affidamento sia in quella di esecuzione del contratto [38];

---

[36] T.a.r. Milano, Lombardia, sez. IV, 23.11.2017, n .2232; T.a.r. Campobasso, Molise, sez. I, 14.9.2018, n. 533.

[37] F. De Leonardis, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in A. Romano, *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 5; M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm*., 1-2, 2016, p. 73.

[38] G. Risovecchi, *Anche la virtù necessita di limiti: tutela della concorrenza vs libertà di iniziativa economica*, in *Giorn. dir. amm*., 4, 2022, 511.

e) **Principio di libera correttezza**, che presuppone l'effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati;

f) **Principio di non discriminazione di parità di trattamento**, che impone una valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e l'eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione;

g) **Principio di trasparenza e pubblicità**, da intendersi come la conoscibilità delle procedure di gara, nonché l'uso di strumenti che consentano un accesso rapido e agevole alle informazioni relative alle procedure. Il rispetto del principio di pubblicità e trasparenza comporta l'obbligo dell'amministrazione di garantire la conoscibilità delle procedure di gara, nonché un accesso agevole alle informazioni principali relative alle procedure indette, agli affidamenti effettivamente disposti e ai contratti sottoscritti;

h) **Principio di proporzionalità**, che implica l'adeguatezza e l'idoneità dell'azione rispetto alle finalità e all'importo dell'affidamento;

i) **Criteri di sostenibilità energetica ed ambientale**, ovvero la previsione, nella documentazione progettuale e di gara, dei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente tenendo conto di eventuali aggiornamenti [39];

j) **Principio di prevenzione e risoluzione di conflitti di interesse**, ovvero l'adozione di adeguate misure di prevenzione e risoluzione dei conflitti degli interessi sia nella fase di svolgimento della procedura di gara che nella fase di esecuzione del contratto, assicurando altresì una adeguata vigilanza sulle misure adottate nel rispetto della normativa vigente in modo coerente come le previsioni del piano anticorruzione elaborato dall'ANAC;

k) **Principio di rotazione**, da interpretarsi come il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contributo pubblico. La *ratio* del predetto principio [40], come si vedrà in seguito, è quella di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei. Ne deriva che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e deve essere

---

[39] L. Cioni, *L'inosservanza dei Criteri Ambientali Minimi è una causa di esclusione?*, in *Giur. it.*, 2020, 2237 ss.

[40] Cfr. T.a.r. Sicilia, Campania, sez. II, 20.4.2022, n. 1130 "*nelle gare pubbliche, il principio di rotazione di cui all'art. 36, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016, costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata; esso ha infatti l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio*".

adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento [41].

6. La motivazione rafforzata degli affidamenti sotto-soglia

In ottemperanza agli obblighi di motivazione del provvedimento amministrativo sanciti dalla l. n. 241/1990, e al fine di assicurare la massima trasparenza, la stazione appaltante motiva in merito alla scelta dell'affidatario, dando dettagliatamente conto del possesso, da parte dell'operatore economico selezionato, dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza, di quanto offerto all'interesse pubblico, che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'aggiudicatario, della congruità del prezzo in relazione alla qualità della prestazione, nonché nel rispetto del principio di rotazione.

L'obbligo di motivazione può essere soddisfatto anche mediante il ricorso alla comparazione dei listini di mercato, alle offerte precedenti per commesse identiche o all'analisi dei prezzi praticati ad altre amministrazioni.

Ad esempio, il confronto tra i preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici rappresenta una *best practive* anche alla luce del principio di concorrenza (punto 4.3.1 Linee guida), nonché dell'ottimizzazione delle risorse, se si considera che la Pubblica Amministrazione è tenuta a raggiungere il massimo risultato con il minimo sforzo in ossequio al principio del minor sacrificio. La decisione dell'Amministrazione può, dunque, rispettare i criteri della opportunità e della convenienza.

Per quanto riguarda i requisiti e i criteri da prendere in considerazione nell'affidamento di un contratto sotto soglia, l'ANAC, nella sua deliberazione n. 4/2018 (punto 3.3), in applicazione dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento, ha affermato che "*le stazioni appaltanti tengono conto delle realtà imprenditoriali di minori dimensioni, fissando requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che, senza rinunciare al livello qualitativo delle prestazioni, consentano la partecipazione anche delle micro, piccole e medie imprese, valorizzandone il potenziale*".

In altri termini, i requisiti di partecipazione, i criteri di valutazione, devono essere proporzionati al valore del contratto e non devono impedire o limitare, al di

[41] T.a.r. Catanzaro, Calabria, sez. I, 14.5.2018, n. 1007.

là del necessario, l'accesso delle micro, piccole, medie imprese, restringendo eccessivamente la concorrenza [42].

In particolare, per quanto riguarda la verifica dei requisiti, l'art. 36, quinto comma, stabilisce che, nel caso in cui la stazione appaltante abbia fatto ricorso alle procedure negoziate, la verifica dei requisiti ai fini della stipula del contratto riguarda l'aggiudicatario, ferma restando la facoltà di quest'ultima di estendere le verifiche agli altri partecipanti.

L'ultimo periodo del quinto comma prevede che "*le stazioni appaltanti devono verificare il possesso dei requisiti economici e finanziari e tecnico professionali richiesti nella lettera di invito o nel bando di gara*".

Con il decreto correttivo è stato chiarito che le stazioni appaltanti sono tenute a verificare il rispetto dei requisiti economici finanziari. Per quanto concerne il subappalto invece, il Codice non prevede alcuna disciplina *ad hoc*. Tuttavia, l'assenza di un'espressa previsione in merito, non può essere interpretata alla stregua di un divieto al ricorso di tale istituto per i contratti sotto-soglia, in quanto rappresenterebbe una restrizione ingiustificata del mercato, in pregiudizio alle micro e piccole imprese, incompatibile con gli obiettivi indicati nelle direttive.

7. Il principio di rotazione

Prima del nuovo Codice dei contratti, il principio di rotazione [43] non aveva una valenza precettiva assoluta e la sua mancata applicazione non valeva *ex se* ad inficiare gli esiti di una gara già espletata, laddove fosse provato che la gara si era svolta nel rispetto del principio di trasparenza e di parità di trattamento [44].

È con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, Codice dei contratti pubblici, che tale principio acquista un ruolo nevralgico negli appalti pubblici. Generalmente, per rotazione degli affidamenti [45], si intende l'impossibilità, per la stazione appaltante, di affidare direttamente un appalto all'impresa uscente, dovendone necessariamente individuare una nuova.

---

[42] D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblic*i, in *Foro amm. CDS*, 2003, 383.

[43] Delibera del Consiglio n. 206 del 1marzo 2018, pubblicata nella *G.U.*, Serie gen. n. 69 del 23.3.2018).

[44] *Ex multis*, T.a.r. Veneto, sez. I, 26.5.2017, n. 515.

[45] M. TERREI, *Sulla rotazione ovvero alla difficile ricerca di un equilibrio tra concorrenza e* favor partecipationis, in *Urb. e app.*, 5, 2020, 618; L. PRESUTTI, *Decorrenza del termine di impugnazione e principio di rotazione nelle gare per l'affidamento di contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 1, 2019, 83; REDAZIONE WALSTER KLUWER, *Il principio di rotazione nelle gare di appalto*, in *Quotidiano giuridico*, 22.1.2019.

Il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti di cui all'art. 36 del Codice dei Contratti Pubblici, risponde all'esigenza di "*evitare la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore ed ampliando le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti; in sostanza è finalizzato a evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente*" [46].

Appare evidente, allora, che, con il principio di rotazione [47], tra precedente e successivo aggiudicatario, si vuole impedire la formazione di rendite di posizione a favore di alcuni operatori economici, in violazione del principio di concorrenza, e di favorire la distribuzione delle opportunità degli operatori economici, specie se micro, piccole e medie imprese, di essere affidatari di un contratto pubblico.

D'altronde lo stesso art. 36 contiene una norma pro-competitiva, che favorisce l'ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti e che comprime, entro i limiti di proporzionalità, la parità di trattamento non solo del gestore uscente, ma anche di soggetti invitati nella precedente procedura. Permane, tuttavia, il principio, ormai consolidato in giurisprudenza, in base al quale la Pubblica Amministrazione, nella scelta del contraente, deve tenere in considerazione i requisiti di moralità inderogabili che operano a garanzia dell'ordine pubblico [48].

Il principio di rotazione degli affidamenti, di cui all'art. 36 d.lgs. n. 50/2016, trova giustificazione nell'esigenza di tutelare la concorrenza in un settore nel quale si ritiene possa essere maggiore il rischio del consolidarsi di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte degli operatori risultati in precedenza aggiudicatari (in particolare, nei contratti sotto-soglia), da cui, il divieto di ulteriore partecipazione alla procedura a carico del soggetto che sia stato già aggiudicatario o affidatario ovvero che sia stato già invitato alla selezione precedente [49].

Dunque, non si ravvisa alcun contrasto tra rotazione e libera concorrenza, ma anzi, un rapporto di conseguenzialità di un principio rispetto all'altro, anche in considerazione della preordinazione al soddisfacimento dell'esigenza di una maggiore apertura del mercato.

---

[46] Cfr. T.a.r. Sicilia, Catania, sez. II, 20.4.2022, n. 1130.

[47] Come osservato dal Consiglio di Stato il principio di rotazione "*dovrebbe preferibilmente assicurare proprio l'alternanza degli affidamenti e non delle mere occasioni di partecipazione alla selezione*" (Comm. spec., 30.3.2017, n. 782). Si precisa che la rotazione deve aver riguardo sia agli affidamenti che agli inviti. Infatti, se nelle procedure "ordinarie" (per esempio una procedura aperta) tale principio non rileva perché il mercato è aperto a tutti i concorrenti possibili, nelle procedure negoziate – particolarmente valorizzate nel Codice – la situazione è differente, perché possono partecipare solo coloro che sono individuati dalla stazione appaltante o tramite indagine di mercato o facendo riferimento ad elenchi precostituiti (art. 36 e 63 del Codice).

[48] Si rimanda a Cons. Stato, sez. VI, 21.5.2013, n. 2725; Cons. Stato, sez. VI, 27.6.2014, n. 3251.

[49] T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 4.4.2022, n. 847.

Il principio di rotazione, dunque, è una regola comportamentale della Pubblica Amministrazione, in qualche modo mitigata soltanto dalla c.d. "possibilità del reinvito" del precedente aggiudicatario, previa motivazione della stazione appaltante fondata sulla ragionevole aspettativa dell'idoneità dell'operatore, sicché quest'ultima assurge, in tal caso, ad elemento base della valutazione dell'Amministrazione.

Come si è avuto modo di affermare in precedenza, riveste particolare importanza l'attività di indagine che l'Amministrazione può effettuare preventivamente sul mercato al fine di conoscerne l'assetto [50] ovvero i potenziali concorrenti, gli operatori interessati e le relative caratteristiche soggettive, le soluzioni tecniche disponibili, le condizioni economiche praticate e le clausole contrattuali generalmente accettate, anche al fine di verificarne la rispondenza alle reali esigenze della stazione appaltante. È opportuno evidenziare che tale fase non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura.

Le indagini di mercato sono svolte secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, differenziate per importo e complessità di affidamento, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità, anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico proprio delle altre stazioni appaltanti, nonché di altri fornitori esistenti, formalizzandone i risultati, eventualmente ai fini della programmazione e dell'adozione della determina a contrarre o dell'atto equivalente, avendo cura di escludere quelle informazioni che potrebbero compromettere la posizione degli operatori sul mercato di riferimento.

La stazione appaltante assicura l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato, scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità, da valutare sulla base di parametri non solo economici [51]. Risponde alle esigenze di economicità dell'azione amministrativa, la possibilità, per le amministrazioni, di

---

[50] Si ritiene che trovino applicazione gli orientamenti elaborati dalla giurisprudenza nella vigenza del vecchio Codice, secondo cui la scelta delle imprese da invitare non rientra nell'ambito di una insindacabile discrezionalità dell'amministrazione, dovendo esse effettuare a tal fine un'accurata ricognizione del mercato [*ex multis* T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 6.12.2012, n. 2941].

[51] In particolare, l'indagine di mercato è avviata dalla stazione appaltante con la pubblicazione dell'avviso sul profilo di committente, nella sezione amministrazione trasparente" sotto la sezione "bandi contatti" o si ricorre ad altre forme di pubblicità. La durata nella pubblicazione è stabilita in ragione della rilevanza del contratto, per un periodo minimo identificabile in 15 giorni, salva la riduzione il suddetto termine per motivate ragioni di urgenza a non meno di cinque giorni.

L'avviso deve indicare almeno:

– il valore dell'affidamento;

– gli elementi essenziali del contratto;

– i requisiti di idoneità professionale, di capacità economica finanziaria e la capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione;

– il numero proprio ciclo minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura.

pubblicare anche un unico avviso, finalizzato a individuare i partecipanti in relazione a molteplici procedure per l'affidamento di diversi contratti caratterizzati da elevata ripetitività, fermo restando il divieto di frazionamento artificioso. In relazione a tali avvisi le stazioni appaltanti dovranno indicare l'ambito degli appalti, le indicazioni generali sui *range* di importi, i criteri di selezione e le modalità di presentazione dell'offerente.

L'ANAC, con le sue Linee guida [52], ha altresì individuato le modalità con le quali le stazioni appaltanti possono formare gli elenchi [53] (da pubblicare sul sito *web* della stazione appaltante), appositamente costituiti, e i criteri sulla base dei quali gli operatori economici possono essere selezionati. Gli elenchi predisposti possono essere soggetti a revisione, con cadenza prefissata al verificarsi di determinati eventi, con possibilità di escludere gli operatori economici che, secondo motivata valutazione della stessa stazione appaltante, hanno commesso una grave negligenza o abbiano agito in malafede nell'esecuzione della loro attività professionale.

Del pari possono essere esclusi gli operatori economici che non hanno presentato offerte a seguito di tre inviti nel medesimo biennio. La stazione appaltante procede alla valutazione dell'istanza di iscrizione nel termine ordinatorio di 30 giorni dalla ricezione dell'istanza. Nelle procedure negoziate vi è quindi la necessità di bilanciare il potere di scelta delle amministrazioni sugli operatori economici da invitare, con l'obbligo di rispettare il principio di rotazione, evitando che la Stazione appaltante rispetti solo formalmente l'obbligo di consultare più soggetti ma, nella sostanza, scegliendo sempre gli stessi, consolidando di fatto una posizione di vantaggio in capo a un determinato operatore.

In altri termini, il "principio di rotazione" [54] contemplato negli artt. 36, primo

---

[52] M. CHIARELLI, *La* Soft Regulation *e il caso delle nuove Linee Guida A.N.A.C.*, in *Federalismi*, 6.2.2019; I. NICOTRA (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016.

[53] Gli elenchi sono costituiti a seguito di avviso pubblico, nel quale è rappresentata la volontà della stazione appaltante di realizzare un elenco di soggetti da cui possono essere tratti i nomi degli operatori da invitare, reso conoscibile mediante pubblicazione sul profilo del committente nella sezione "*Amministrazione trasparente*" sotto la sezione "bandi e contratti", o altre forme di pubblicità. L'iscrizione degli operatori economici interessati provvisti dei requisiti richiesti è consentita senza limitazioni temporali. Tra l'altro l'iscrizione non sembra poter essere oggetto di una valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante dovendo l'amministrazione limitarsi ad accettare la sussistenza dei requisiti richiesti.

[54] La più recente giurisprudenza (*ex multis* Cons. Stato, sez. V, 12.9.2019, n. 6160) ha del resto sottolineato come detto principio costituisca un necessario contrappeso alla discrezionalità riconosciuta all'Amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate e ciò per evitare: "*il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento) e dell'applicazione del principio di concorrenza e massima partecipazione che, nella fattispecie, si esplica consentendo ad operatori, diversi da quelli fino a quel momento coinvolti, di accedere ad*

comma, e 63, sesto comma del Codice, vuole assicurare una piena turnazione degli operatori che potrebbero aspirare al contratto.

Dunque, in questa prospettiva, non sono ammessi al successivo invito anche gli operatori già partecipanti alle precedenti selezioni, ancorché non aggiudicatari, salvo le eccezioni del "reinvito" di cui in premessa. Il secondo comma dell'art. 36, invece, delinea le modalità di affidamento dei contratti sotto-soglia, prevedendo in particolare che se la commessa è di valore inferiore a 40.000 euro, il contratto può essere affidato mediante affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta [55]. Inoltre, la pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento non è obbligatoria [56].

8. Ambito di applicazione del principio di rotazione

Come espressamente previsto dalle Linee guida ANAC, il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti presenta un ristretto ambito di operatività, in quanto si applica alle procedure rientranti nel medesimo settore merceologico, nelle categorie di opere e settori di servizi di quelle precedenti, nelle quali la sta-

---

appalti di durata necessariamente limitata per il verificarsi di situazioni non prevedibili" (Cons. Stato, sez. VI, 4.6.2019, n. 3755).

[55] "*La disciplina varia a seconda degli importi: per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati; per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.*

L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati; c-bis); per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all'art. 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati; per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35, mediante ricorso alle procedure di cui all'articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8". Sempre con il decreto correttivo, l'art. 36 del Codice è stato modificato anche in altri commi, successivamente emendati dal decreto "sblocca cantieri".

[56] Art. 36, secondo comma, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 (comma così modificato dall'art. 1, comma cinque *bis*, l. n. 120/2020).

zione appaltante opera limitazioni al numero di operatori economici selezionati.

Pertanto, il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, si applica con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi [57].

Merita di essere attenzionata una pronuncia della giurisprudenza amministrativa secondo cui "*non vi è invece alcun addentellato normativo che consenta di ritenere esclusa, per gli operatori aggiudicatari di precedenti gare o partecipanti alle stesse, la possibilità di porre la propria capacità tecnica e/o amministrativa a disposizione di una diversa ditta invitata alla nuova procedura, rivestendo così il ruolo di ausiliari in un rapporto di avvalimento*", in tal modo si asserisce l'inapplicabilità del principio di rotazione all'istituto dell'avvalimento [58]. È, altresì, possibile che le stazioni appaltanti limitino l'applicazione del suddetto principio al valore degli affidamenti. A tal proposito, le stazioni appaltanti possono, mediante regolamenti interni, prevedere fasce, suddivise per valore, sulle quali applicare la rotazione degli operatori economici.

La stazione appaltante, in apposito regolamento, può suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia.

Il provvedimento di articolazione in fasce deve prevedere un'effettiva differenziazione tra forniture, servizi e lavori, e deve essere adeguatamente motivato in ordine alla scelta dei valori di riferimento delle fasce.

Nell'ipotesi di affidamento o reinvito al contraente uscente, ancora una volta assume rilevanza la motivazione rafforzata che impone alla stazione appaltante un onere motivazionale più stringente.

La stazione appaltante motiva tale scelta in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento [59].

---

[57] M.P. CHITI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, 436.

[58] G. DELLE CAVE, *Sulla inapplicabilità del principio di rotazione dell'istituto dell'avvalimento*, in *lamministrativista.it*, 3.3.2022, nota a T.a.r. Milano, sez. IV, 26.2.2022, n. 482.

[59] In dottrina, M. DI DONNA, *Rotazione degli inviti e degli affidamenti negli appalti "sotto soglia": il punto del Tar*, in *Quotidiano giuridico*, 30.9.2019. In giurisprudenza, si rinvia a Cons. Stato, sez. V, 12.6.2019, n. 3943; Cons. Stato, sez. VI, 4.6.2019, n. 3755; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 3.6.2019, n. 7062.

Sebbene, non sussista un divieto assoluto di invito del gestore uscente, non assurgendo il principio di rotazione a regola inderogabile, come testimoniato da una granitica giurisprudenza (più di recente T.a.r. Lombardia, Milano, sez. IV, 9.2.2018, n. 380), si va nella direzione di *qualificare, a carattere eccezionale e residuale, il reinvito all'operatore economico invitato in occasione del precedente affidamento, compreso il precedente affidatario*.

Una tale eccezionalità deve essere, inoltre, adeguatamente motivata sulla base di considerazioni che attengano all'assenza sul mercato di alternative, nonché al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale, all'affidabilità dell'operatore economico e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso.

9. La Commissione di gara

Anche per l'affidamento dei contratti sotto-soglia è prevista la nomina di una apposita Commissione che deve operare nel rispetto dei principi di terzietà, imparzialità e professionalità [60]. L'art. 36, primo comma, e le Linee guida, stabiliscono regole peculiari in relazione al soggetto cui spetta procedere alla valutazione delle offerte tecniche.

Ai sensi dell'art. 77, terzo comma, la stazione appaltante può, in caso di affidamento di contratti di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 36, nominare componenti interni alla stazione [61].

Ne deriva che, a differenza di quanto accade per i contratti sopra soglia, qui, per i contratti sotto-soglia aggiudicati con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non si deve fare ricorso al complesso procedimento del sorteggio dei commissari iscritti nell'albo istituito presso l'ANAC.

La commissione dovrà essere composta di un numero dispari di componenti, non superiore a cinque e la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

I commissari non devono aver svolto, né possono svolgere, alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.

---

[60] T.a.r. Lazio Roma, sez. II bis, 2.8.2022, n. 10886.

[61] Mentre per i contratti sopra soglia aggiudicati con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa la commissione deve essere costituita da commissari scelti nel nuovo albo istituito presso ANAC, per i contratti sotto-soglia la commissione può essere nominata dalla stessa stazione appaltante tra i suoi componenti interni (art. 77, primo comma).

Sussistono, altresì, delle incompatibilità per coloro che, nel biennio antecedente all'indizione della procedura di aggiudicazione, abbiano ricoperto cariche di pubblico amministratore, i quali non possono essere nominati commissari aggiudicatori relativamente ai contratti affidati dalle amministrazioni presso le quali hanno esercitato le proprie funzioni.

Al momento dell'accettazione dell'incarico, i commissari dichiarano ai sensi dell'art. 47 del d.p.r. n. 445/2000, l'inesistenza delle cause di incompatibilità e di astensione.

Il terzo comma dell'art. 77 stabilisce, tra l'altro, che la stazione appaltante può, in caso di affidamento di contratti per i servizi e le forniture di importo inferiore alle soglie di interesse europeo stabilite dall'art. 35, per i lavori di importo inferiore a un milione di euro, nominare alcuni componenti interni alla stazione appaltante, nel rispetto del principio di rotazione, escluso il Presidente. La stessa possibilità è riconosciuta – in realtà indipendentemente dal fatto che l'affidamento sia sopra o sotto-soglia – anche nel caso di affidamenti che non presentano particolare complessità, quali quelli svolti attraverso piattaforme telematiche di negoziazione. Al di fuori di queste ipotesi, a regime, la nomina delle commissioni, dovrà seguire le stesse regole che verranno dettate per il sopra soglia.

Per quanto riguarda i criteri di valutazione della Commissione, merita di essere approfondita la questione relativa alle c.d. offerte anomale.

L'art. 97, ottavo comma del Codice stabilisce che "*per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata sensi del comma 2. In tale caso non si applicano i commi 4,5 e 6. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a 10*".

Tale disposizione attribuisce, dunque, alla stazione appaltante la facoltà di escludere automaticamente le offerte che superano la soglia di anomalia [62] qualora sussistano tre condizioni: il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso; sia espressamente previsto *nella lex specialis* che le offerte anomale saranno escluse automaticamente, senza alcuna valutazione della congruità delle medesime; vi siano almeno 10 offerte ammesse [63].

Inoltre, nelle Linee guida, l'ANAC ha chiarito che l'esclusione automatica può

---

[62] P. ADAMI, *Prezzo più basso: verifica dell'anomalia e minimi tabellari*, in *Urb. e app*., 6, 2021, 800.

[63] Per un commento all'art. 47 del Codice si rinvia a P. CHIRULLI, *Principi generali in materia di selezione*, cit., 1277.

essere disposta soltanto in relazione ad affidamenti aventi un interesse transfrontaliero certo.

Tale regime pone tuttavia alcuni dubbi di compatibilità con la giurisprudenza europea che, in relazione a un appalto pubblico di lavori sotto-soglia, ha stabilito che l'esclusione automatica delle offerte anomale in base a un criterio matematico non deve vincolare la stazione appaltante, perlomeno quando le offerte valide non sono particolarmente numerose, in quanto la stazione appaltante deve essere sempre libera di valutare la possibile congruità dell'offerta.

Nell'ipotesi di appalto sotto-soglia con criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, non sussiste l'obbligo, secondo la disciplina prevista dall'art. 97 del Codice, per la stazione appaltante di attivare il procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse, e il provvedimento di esclusione dell'offerta può aversi anche all'esito di una valutazione connotata da discrezionalità tecnica da parte della stazione appaltante [64].

Tuttavia, la giurisprudenza comunitaria (CGCE n. 147/2006) ha dichiarato la normativa italiana incompatibile con la disciplina comunitaria, ribandendo che anche agli appalti sotto-soglia comunitaria sono applicabili i principi generali del trattato, tra cui il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, il cui rispetto è garantito, tra l'altro, dal contraddittorio sulle offerte anomale.

Nell'ipotesi di appalto sotto-soglia con criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, non sussiste l'obbligo per la stazione appaltante di attivare il procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse, secondo la disciplina prevista dall'art. 97 del Codice, e il provvedimento di esclusione dell'offerta può avvenire all'esito di una valutazione connotata da discrezionalità tecnica da parte della stazione appaltante (T.a.r. Campania, Napoli, 26.1.2017, n. 564).

A tale riguardo, si osservi che la normativa italiana, nel testo originario della l. n. 109/1994, prevedeva l'automatica esclusione delle offerte anomale in qualsiasi caso, a prescindere quindi dal valore dell'appalto, in cui si fosse adottato il criterio del prezzo più basso, richiedendo un controllo delle offerte anomale prima della loro esclusione dalla gara, salvo che gli appalti non avessero un valore inferiore a quello delle soglie comunitarie e non fossero pervenute almeno cinque offerte ammissibili.

10. L'evoluzione giurisprudenziale sul riparto di giurisdizione

La giurisdizione in materia di procedure di affidamento di lavori sotto-soglia è oscillata per lungo tempo fra giudice amministrativo e giudice ordinario, sulla ba-

[64] T.a.r. Campania, Napoli, 26.1.2017, n. 564.

se di diversi criteri interpretativi, elaborati sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza.

In particolare, la giurisprudenza si è interrogata sulla possibilità o meno di devolvere, alla giurisdizione esclusiva amministrativa ai sensi dell'art. 6, l. 21.7.2000, n. 205, le controversie aventi ad oggetto procedimenti comunque effettuati da amministrazioni che non erano tenute ad effettuarli, stante il valore del contratto inferiore alle soglie comunitarie.

Inizialmente, in materia, parte della giurisprudenza ha ritenuto che una controversia relativa ad un appalto di importo inferiore alla soglia comunitaria dovesse essere ricompresa tra le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 33, lett. d), d.lgs. n. 80/1998, come novellato dall'art. 7 della l. n. 205/2000, sulla scorta di un'interpretazione letterale dell'articolo citato secondo cui, quando un soggetto, che sarebbe astrattamente tenuto al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, decida di applicarle anche per procedure di gara per le quali, in concreto, non sussisterebbe alcun vincolo comunitario ad utilizzarle, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo.

Successivamente, la giurisprudenza sia civile che amministrativa, si è orientata nel senso contrario. In particolare, le Sezioni Unite della Cassazione [65] hanno ritenuto che non potesse esserci spazio per un'attrazione, nella giurisdizione amministrativa, anche di quelle controversie aventi ad oggetto procedimenti selettivi effettuati dalle amministrazioni non tenute all'applicazione dei procedimenti ad evidenza pubblica [66], poiché l'obbligo di applicare una determinata procedura alla selezione deve necessariamente discendere da specifiche disposizioni normative, ciò in quanto non può essere sufficiente, per radicare la giurisdizione amministrativa, che un'amministrazione aggiudicatrice sia tenuta ad osservare i principi fondamentali del Trattato CE per l'aggiudicazione degli appalti sotto soglia comunitaria, bensì sarà necessario che l'obbligo di osservare le specifiche procedure ad evidenza pubblica sia previsto dalla normativa.

Il Codice dei contratti pubblici ed il Codice del processo amministrativo sembrano aver spostato l'ago della bilancia in favore della giurisdizione del giudice amministrativo, privilegiando la discriminante del rispetto, da parte dell'amministrazione, dei principi di evidenza pubblica comunitaria e statale.

Tuttavia, sembrerebbe doversi propendere per la giurisdizione del giudice amministrativo, non solo perché l'art. 204 del Codice, occupandosi di "ricorsi giurisdizionali", rinvia espressamente solo al Codice del processo amministrativo, ma anche perché, l'art. 36, al primo comma, in tema di affidamento ed esecuzione di lavori sotto soglia, richiama espressamente l'art. 30 del Codice, e dunque il ri-

---

[65] Cass., sez. un., 20.11.2003, n. 17635, in *GCM*, 2003, 11 e Cons. Stato, sez. V, 18.11.2004, n. 7554, in *Foro amm. CD*S, 2004, 3243.

[66] In tal senso si è espresso anche il Cons. Stato, sez. V, con sent. 18.11.2004, n. 7554.

spetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità.

Dal richiamo a questi principi deve desumersi, anche per i contratti sotto-soglia, la giurisdizione del giudice amministrativo.

11. Le procedure sotto-soglia nello schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici

La disciplina dei contratti di importo inferiore alle soglie europee stabilita nel libro II dell'Appalto, parte I, artt. 48-55, dello schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici resta invariata. Del pari restano immutate le soglie di rilevanza europea (art. 14).

Significativa è la conversione "a regime" delle procedure sotto-soglia "emergenziali" già note nell'art. 1 del d.l. n. 76/2020: confermate quindi all'art. 50 le soglie dell'affidamento diretto e delle procedure negoziate, mentre è dedicato un articolo al principio di rotazione (art. 50), dove non si fa cenno (a differenza delle Linee guida ANAC n. 4) al triennio per la valutazione degli affidamenti e degli inviti.

Capitolo Dodicesimo

La progettazione nei contratti pubblici e il Building Information Modeling *(BIM)*

ENZA ROMANO

SOMMARIO: 1. L'introduzione del *Building Information Modeling* (BIM) nel settore dei contratti pubblici: il problema delle competenze e le questioni relative alla procedura di gara. – 2. Il quadro normativo vigente: criticità. – 3. Il BIM e l'organizzazione amministrativa. – 4. L'opportunità di un approccio collaborativo e "sistemico". – 5. L'art. 43 dello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della l. 21.6.2022, n. 78, recante "*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*".

1. L'introduzione del *Building Information Modeling* (BIM) nel settore dei contratti pubblici: il problema delle competenze e le questioni relative alla procedura di gara

L'introduzione del "*Building Information Modeling*" (BIM) nei contratti pubblici offre una importante occasione di riflessione per gli operatori del settore e per i giuristi [1].

[1] In Italia, va innanzitutto segnalata l'esperienza del "Centro di Construction Law and Management", primo ente di ricerca sul diritto e management delle costruzioni (che riunisce l'Università degli Studi di Milano, il Politecnico di Milano e l'Università degli Studi di Brescia), diretto dalla prof.ssa Sara Valaguzza, autrice di numerose pubblicazioni in materia (*ex multis*, *Governare per contratto*, Napoli, 2018). Sono stati attivati diversi Master universitari in materia di BIM (Università di Padova, Università di Firenze).

La Regione Campania ha stipulato un accordo POR con le Università campane per lo sviluppo del progetto "Progettazione automatizzata – Legal Bim", "finalizzato a supportare l'amministrazione regionale nella creazione delle modalità operative più efficaci per ottemperare agli obblighi normativi relativi all'utilizzo del BIM nella gestione delle opere pubbliche e trarre vantaggio dai nuovi strumenti e dai nuovi processi di gestione, in termini di efficienza ed ottimizzazione delle ri-

La possibilità di utilizzare strumenti elettronici specifici, quali gli strumenti di simulazione elettronica per le informazioni edilizie o strumenti analoghi, è stata sancita dall'art. 22, quarto comma, della Direttiva appalti 2014/24/UE.

Detta indicazione è stata recepita e sviluppata dall'art. 23, tredicesimo comma, del d.lgs. n. 50/2016 e dal relativo decreto di attuazione del MIT n. 560/2017.

Non esiste una vera e propria definizione di BIM [2].

In ogni caso, l'utilizzo della modellazione informativa consente di adoperare un modello virtuale dettagliatissimo dell'opera pubblica [3]; la progettazione BIM non si ferma al mero *rendering*, ma contiene le informazioni specifiche circa le funzionalità e le prestazioni di ogni oggetto della progettazione e, quindi, dell'opera pubblica da realizzare [4].

Le potenzialità del BIM sono significative: la modellazione informativa è in grado di "*superare sé stessa*", presentando un livello di dettaglio tale da prefigurare i possibili interventi di manutenzione di cui il bene necessiterà nel corso del suo ciclo-vita [5].

La caratteristica precipua del BIM è l'interoperabilità, vale a dire la capacità di utilizzare, gestire e comunicare i dati elettronici, relativi a un progetto, tra i vari partecipanti alle attività di progettazione, ingegnerizzazione, costruzione e manutenzione e ai processi di *business* correlati: l'interoperabilità in ambito BIM si può ottenere utilizzando uno schema aperto e gestito pubblicamente (dizionario) con un linguaggio *standard* [6].

---

sorse temporali ed economiche" (cfr. Progettazione esecutiva), al quale ha partecipato anche l'Università di Salerno.

[2] Cfr. *Manuale per l'introduzione del BIM da parte della domanda pubblica in Europa*, 28.

[3] A.L.C. CIRIBINI, *Il Decreto BIM: l'avvio dell'era digitale nel settore delle costruzioni in Italia*, in *www.ingenio-web.it*, 5.12.2017.

[4] In dottrina, sul tema del Legal BIM si vedano G. Mastrodonato, *La progettazione delle opere pubbliche a seguito delle modifiche e integrazioni apportate dal correttivo al Codice appalti,* in *Riv. giur. edil.*, 2017, 255 ss.; R. PICARO, *La modellazione informativa per l'edilizia e le infrastrutture*, *Riv. giur. edil.*, 2018, 393.

[5] Il BIM combina l'utilizzo della modellazione tridimensionale geometrica con informazioni alfanumeriche relative all'intero ciclo di vita del progetto e del bene al fine di migliorare la collaborazione, il coordinamento e il processo decisionale nella realizzazione e nella gestione di opere pubbliche (cfr. *Manuale per l'introduzione del BIM da parte della domanda pubblica in Europa*, 12).

[6] Come espressamente previsto dall'art. 4, d.m. n. 560/2017 "*Le stazioni appaltanti utilizzano piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari. I dati sono connessi in modelli informativi disciplinari e aggregati multidimensionali orientati a oggetti secondo le modalità indicate nei requisiti informativi di cui all'articolo 7 e devono essere richiamabili in qualunque fase e da ogni attore durante il processo di progettazione, costruzione e gestione dell'intervento secondo formati digitali aperti e non proprietari, normati, fatto salvo quanto previsto all'articolo 68 del codice dei contratti pubblici, a livello nazionale o internazionale e controllati nella loro evoluzione tecnica da organismi indipendenti. Le informazioni prodotte e condivise tra tutti i partecipanti al progetto, alla costruzione e alla gestione dell'intervento, sono fruibili senza che ciò comporti l'utilizzo esclusivo di applicazioni tecnologiche commerciali individuali specifiche*".

Grandissimi sono gli aspetti positivi, che si traducono in assoluti vantaggi per la pubblica amministrazione che, così, può rispettare i tempi dei cronoprogrammi senza sforare i preventivi dei costi. I vantaggi non sono soltanto economici, dal momento che è assicurata una maggiore comprensione e trasparenza del progetto, un maggiore coinvolgimento delle parti interessate [7] e una migliore sostenibilità ambientale dell'intervento.

Una tecnica così innovativa richiede conoscenze specifiche, che l'amministrazione deve acquisire.

Lo sviluppo del BIM e la sua diffusione sono fenomeni su scala mondiale; nel settore privato la nuova tecnica è già diffusa, ma la vera sfida è il settore pubblico, che rappresenta gran parte della realizzazione di opere edilizie.

Occorre soffermarsi sulle problematiche che si pongono in relazione all'acquisizione di competenze specifiche e di nuovissimi strumenti a livello di organizzazione amministrativa, problematiche che intercettano strettamente le questioni giuridiche che la tecnica BIM solleva nel contesto normativo dei contratti pubblici.

L'utilizzo del BIM può determinare una forte evoluzione nel settore dei contratti pubblici, di cui non è agevole prefigurare tutte le implicazioni; non si riesce neppure a cogliere a pieno come il BIM inciderà effettivamente sulla gestione del ciclo-vita dell'opera, né tantomeno quali saranno esattamente le implicazioni dal punto di vista giuridico sullo svolgimento delle gare e sull'esecuzione dei contratti.

Sorprende (nel senso che induce alla riflessione) sin da subito un aspetto: se dal punto di vista tecnico la modellazione informativa è una sorta di rivoluzione, dal punto di vista della regolamentazione nel settore dei contratti pubblici, invece, l'obbligatorietà dell'utilizzo del BIM passa quasi inosservato.

Invero, sarebbe necessario indagare fino a dove il legislatore possa spingersi, fino a dove vi sia effettivamente la necessità di disciplinare, dal punto di vista normativo, "la tecnica"; la questione, allo stato, non è stata (compiutamente) affrontata.

Il legislatore innesta nel Codice dei contratti pubblici la rivoluzione digitale dei processi di progettazione, esecuzione e gestione dei lavori pubblici; tuttavia, la disciplina è ancora evidentemente scarna, trascurando almeno due profili essenziali.

Innanzitutto, la questione della disciplina positiva si pone con riferimento alle figure professionali coinvolte nei processi, ai loro compiti e alle conseguenti responsabilità. Il processo di adeguamento dell'amministrazione si presenta, innanzitutto, come un'operazione di acquisizione e/o conversione di conoscenze e competenze, alla quale, però il legislatore fa soltanto cenno.

Il punto è che se il quadro normativo è scarno, l'organizzazione amministrativa fa decisamente fatica nella "messa a regime" del nuovo istituto.

Dunque, l'amministrazione non solo deve risolvere il problema del *deficit* di

---

[7] Cfr. *Manuale per l'introduzione del BIM da parte della domanda pubblica in Europa*, 12.

competenze tecniche e giuridiche, ma deve affrontare anche le questioni riguardanti le modalità di acquisizione di dette competenze, l'esercizio, la gestione dei processi informativi e dei conflitti che si possono verificare, nonché le responsabilità, in una risonante assenza di indicazioni legislative chiare.

In secondo luogo, occorre verificare l'impatto determinato dall'utilizzo di una diversa tecnica di modellazione per la progettazione e la gestione di opere pubbliche rispetto agli strumenti giuridici del procedimento di affidamento dei contratti pubblici.

Esiste un problema di ordine generale, che riguarda l'indeterminatezza della disciplina giuridica della modellazione informativa nei contratti pubblici, dal quale derivano questioni particolari che investono l'organizzazione e l'attività amministrativa.

2. Il quadro normativo vigente: criticità

Analizziamo le norme.

L'art. 23, tredicesimo comma, del Codice dei contratti [8] stabilisce che "*Le stazioni appaltanti possono richiedere, per le nuove opere nonché per interventi di recupero, riqualificazione o varianti, prioritariamente per i lavori complessi, l'uso dei metodi e strumenti elettronici specifici di cui al comma 1, lettera h). Tali strumenti utilizzano piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari, al fine di non limitare la concorrenza tra i fornitori di tecnologie e il coinvolgimento di specifiche progettualità tra i progettisti. L'uso dei metodi e strumenti elettronici può essere richiesto soltanto dalle stazioni appaltanti dotate di personale adeguatamente formato*".

La norma contempla la possibilità di ricorrere a metodi e strumenti elettronici specifici, quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture, rinviando ad un decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti la determinazione delle modalità e dei tempi di introduzione dell'obbligatorietà dei suddetti metodi presso le stazioni appaltanti, le amministrazioni e gli operatori economici, "*valutata in relazione alla tipologia delle opere da affidare e della strategia di digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche e del settore delle costruzioni*".

Genericamente, inoltre, l'art. 23, tredicesimo comma, stabilisce che "*l'utilizzo di tali metodologie costituisce parametro di valutazione dei requisiti premianti di cui all'articolo 38*".

---

[8] S. VILLAMENA, *Pianificazione, programmazione e progettazione», commento agli artt. 21, 23, 24, 25, 26, 27 Codice dei contratti pubblici*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, 142-148 e 152-157.

In sintesi, il Codice dei contratti pubblici ha previsto l'opportunità, per le stazioni appaltanti, di ricorrere a metodi e strumenti elettronici [9], ad esempio alla modellazione per l'edilizia, riservando ad un decreto ministeriale la scansione temporale circa l'introduzione della obbligatorietà di detti strumenti.

Già ad una prima lettura della norma emergono le prime perplessità: il BIM è obbligatorio o no? In particolare, quali sono i metodi e gli strumenti elettronici a cui fa riferimento l'art. 23, tredicesimo comma e qual è la relativa disciplina?

Quest'ultimo resterà l'interrogativo più complesso al quale fornire risposta, anche all'esito dell'esame delle altre disposizioni.

Il decreto ministeriale del MIT del 1.12.2017 n. 560 prevede un obbligo di utilizzo del BIM graduale ma totale, nel senso che a partire dal 1.1.2025 [10] riguarderà tutte le opere pubbliche [11]. Più nel dettaglio i termini per l'introduzione dell'obbligatorietà del BIM sono così individuati: per i lavori complessi relativi a opere di importo a base di gara pari o superiore a 100 milioni di euro, a decorrere dall'1.1.2019; per i lavori complessi relativi a opere di importo a base di gara pari o superiore a 50 milioni di euro, a decorrere dall'1.1.2020; per le opere di nuova costruzione ed interventi su costruzioni esistenti, fatta eccezione per le opere di ordinaria manutenzione, di importo a base di gara pari o superiore a 15 milioni di euro, a decorrere dall'1.1.2022; per le opere di nuova costruzione, ed interventi su costruzioni esistenti, fatta eccezione per le opere di ordinaria e straordinaria manutenzione, di importo a base di gara pari o superiore alla soglia di cui all'art. 35 del Codice dei contratti pubblici, a decorrere dall'1.1.2023; per le opere di nuova costruzione ed interventi su costruzioni esistenti, fatta eccezione per le opere di

---

[9] S. SCREPANTI, *I tempi delle opere pubbliche e la relatività del tempo nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2019, 1189.

[10] Va segnalato che l'art. 22, quarto comma, della Direttiva Appalti 2014/24/UE, nel prevedere la possibilità che gli Stati membri possano richiedere l'uso di strumenti di simulazione elettronica per le informazioni edilizie o strumenti analoghi, stabilisce espressamente che si debbano offrire modalità alternative di accesso fino al momento in cui tali strumenti non diventino "generalmente disponibili". Infatti, l'art. 22, primo comma, specifica che l'uso delle comunicazioni elettroniche non deve rivelarsi discriminatorio, ma deve trattarsi di strumenti o dispositivi generalmente in uso che non limitino l'accesso agli operatori. Dunque, la norma europea pone attenzione ad un aspetto fondamentale: l'uso delle tecnologie non deve essere ostativo al principio di massima partecipazione alle gare pubbliche.

Deve desumersi che l'obbligatorietà sancita dal d.m. n. 560/2017 sottintende un giudizio del legislatore di disponibilità e accessibilità totale degli strumenti. In tal senso, viene stabilito – ad esempio – che si debbano utilizzare piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari.

[11] L'obbligo di utilizzare la metodologia BIM riguarderà tutte le opere pubbliche, non soltanto i lavori complessi. in ogni caso, la dottrina ha evidenziato che la scelta del legislatore di introdurre solo gradualmente l'obbligo di utilizzo del BIM è "*una scelta certamente condivisibile in considerazione della precaria diffusione che si registra sul piano conoscitivo, e dunque formativo, rispetto al BIM*", evitando così "*una frattura netta e forse anche traumatica con l'impostazione seguita nelle procedure concorsuali pregresse*".

ordinaria e straordinaria manutenzione, di importo a base di gara pari o superiore a 1 milione di euro, a decorrere dall'1.1.2025 [12].

Tutto ciò in assenza di una compiuta disciplina.

Né tantomeno ci si poteva aspettare che il D.M. risolvesse il problema, in quanto la delega legislativa demanda al decreto solo le modalità e i tempi di progressiva introduzione dell'obbligatorietà dei suddetti (anche se non meglio precisati) metodi.

Il problema di fondo è: stante siffatto quadro normativo, come può/deve l'organizzazione amministrativa adeguarsi?

La digitalizzazione richiede innanzitutto la precisazione dei contenuti e degli strumenti, intorno ai quali definire ruoli e costruire nuovi processi.

Le scadenze relative all'introduzione dell'obbligo del BIM sono fondamentali, perché rappresentano le *deadlines* per adeguare l'organizzazione amministrativa e porre in essere gli adempimenti preliminari di cui al d.m. del 2017, ma non sono sufficienti.

L'assetto normativo attuale in materia presenta un ulteriore *vulnus*, destinato a importanti conseguenze sull'organizzazione della pubblica amministrazione.

Il BIM [13] è stato innestato nella parte del Codice dei contratti pubblici dedicata alla progettazione delle opere pubbliche, mentre per quanto attiene la disciplina delle fasi successive non interviene alcuna modifica legislativa legata a detta innovativa tecnica.

Orbene, si può intuitivamente ipotizzare che non solo il progettista, ma anche tutti gli altri soggetti che sono chiamati ad interfacciarsi con la nuova metodologia nel corso della procedura di affidamento e del contratto, abbiano la necessità di acquisire adeguate competenze in materia, considerando che devono gestire l'intervento e controllarlo in BIM. Le norme sul punto non dicono nulla, con il rischio così che l'innesto del BIM non attecchisca. In altri termini, il BIM si rende obbligatorio nella fase della progettazione (senza precisarne i contenuti), mentre la sua introduzione non sembrerebbe avere alcuna conseguenza nelle fasi del procedimento di affidamento o nella fase di esecuzione del contratto.

---

[12] I suddetti termini per l'introduzione dell'obbligatorietà del Bim sono stati introdotti dal d.m. 2.8.2021, n. 312, pubblicato sul sito del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili. Il provvedimento è rubricato "*Modifiche al decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 1° dicembre 2017, n. 560*" e subito denominato: "nuovo Decreto BIM".

[13] Il BIM è una metodologia basata su dinamiche collaborative che trova espressione anche nei contratti pubblici. Per un approfondimento si rinvia a S. VALAGUZZA, *Innovazione di processo nei contratti pubblici: dalla modellazione digitale agli accorsi collaborativi*, in L. FIORENTINO, A. LA CHIMIA, *Il procurement delle Pubbliche Amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, Bologna, 2021.

3. Il BIM e l'organizzazione amministrativa

Per quanto riguarda l'organizzazione amministrativa, il problema di adoperare la … modellazione informativa nei contratti pubblici è particolarmente urgente da risolvere.

L'art. 23 del d.lgs. n. 50/2016, infatti, stabilisce che "*l'uso dei metodi e degli strumenti elettronici può essere richiesto soltanto dalle stazioni appaltanti dotate di personale adeguatamente formato*". Dunque, la formazione dei funzionari diventa il fulcro della prospettata riforma in materia di progettazione, esecuzione e gestione delle opere pubbliche.

Vi è la necessità della creazione di percorsi di formazione e di affiancamento per gestire le procedure che richiederanno l'utilizzo della metodologia BIM, nonché il monitoraggio di detti processi, per verificare l'acquisizione delle competenze, con la previsione di aggiornamenti continui.

Inoltre, l'art. 3 del d.m. del 2017 prescrive una serie di "*adempimenti preliminari*" [14] che le stazioni appaltanti devono inserire nella programmazione, così come previsto dall'art. 5, d.m. n. 560/2017 [15].

L'art. 3 del d.m. del 2017 stabilisce, infatti, che ciascuna amministrazione debba adottare un "*piano di formazione del personale*" e "*un atto organizzativo che espliciti il processo di controllo e la gestione dei conflitti*"; in secondo luogo, è necessario un piano di acquisizione o di manutenzione degli strumenti di gestione dei processi decisionali e informativi, adeguati; infine, l'amministrazione dovrà adottare un atto organizzativo che espliciti il processo di controllo e gestione, i gestori dei dati e la gestione dei conflitti, in relazione alla natura delle opere e dei cespiti comprensivi degli aspetti tecnici e procedurali adottati.

Si tratta di adempimenti che riguardano sia le risorse umane sia quelle strumentali.

La prima condizione per l'utilizzazione della modellazione BIM è la presenza di personale adeguatamente formato.

---

[14] Tali adempimenti non sono obbligatori per le amministrazioni che intendano adottare facoltativamente il BIM per appalti non rientranti nella soglia della obbligatorietà come previsto dalla neoformulazione dell'art. 5 del d.m. 2.8.2021, n. 312, c.d. "Nuovo Decreto BIM".

[15] La predetta disposizione normativa è stata riformata dal "Nuovo decreto BIM" che ha previsto l'obbligo per le stazioni appaltanti di "inserire nella programmazione gli adempimenti preliminari". La vigente disposizione normativa prevede che "*a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, le stazioni appaltanti, purché abbiano programmato di adempiere agli obblighi di cui all'articolo 3, possono richiedere l'uso dei metodi e degli strumenti di cui all'articolo 23, comma 1, lettera h), del codice dei contratti pubblici per le nuove opere nonché per interventi di recupero, riqualificazioni o varianti, indipendentemente dalla fase progettuale e dal relativo valore delle opere*". Da tale enunciato normativo si evince, dunque, che è sufficiente per la stazione appaltante aver inserito nella programmazione gli adempimenti preliminari.

La precisazione del legislatore – oltre a individuare uno dei presupposti applicativi del nuovo istituto – muove dalla constatazione che l'apparato difetti di conoscenze di tal genere: è logico che non si possa imporre l'utilizzazione di uno strumento, renderlo quindi obbligatorio, se non si è in grado di utilizzarlo.

Sennonché le caratteristiche di questa formazione, e soprattutto i contenuti, non sono precisati.

Viene soltanto specificato che le competenze necessarie si riferiscono, sia alla gestione informativa, sia alle attività di verifica, utilizzando i metodi di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture.

Questa indeterminatezza è il precipitato di una vaghezza ancora più rilevante, vale a dire l'assenza di definizione e di fissazione dei ruoli e dei compiti dei funzionari, o comunque dei soggetti che devono operare in BIM, anche con riferimento all'appaltatore.

Nel Codice dei Contratti pubblici e nel d.m. del 2017 non vi sono riferimenti alle nuove figure professionali né ai riflessi applicativi della metodologia BIM rispetto ai compiti del RUP; non vi è una disciplina dei profili professionali, appartenenti agli operatori economici, che devono relazionarsi con l'amministrazione in fase di esecuzione del contratto.

La rivoluzione digitale comporta una riarticolazione dei ruoli e dei compiti, che non può avvenire soltanto a livello di atti interni di organizzazione, ma dovrebbe essere effettuata a livello di diritto positivo [16].

L'assenza di definizione delle figure crea sia un problema interno all'amministrazione, sia un problema nelle relazioni e nella valutazione degli operatori economici che con essa si relazionano, in termini di controlli e responsabilità.

L'utilizzazione del BIM richiede una revisione degli assetti organizzativi e dei processi decisionali tesi alla realizzazione e alla gestione dell'opera pubblica, dalla fase della progettazione fino alla sua ultimazione e all'utilizzo.

Si richiede un approccio organizzativo di tipo collaborativo [17].

Lungo tutto il nuovo processo si impongono ruoli, figure e competenze assolutamente nuovi, che vanno tutti definiti chiaramente, in modo che, sia l'amministrazione, sia gli operatori economici, possano attrezzarsi e adeguarsi.

Così come vanno definiti gli strumenti tecnici e i programmi che le nuove figure devono utilizzare.

Il quadro normativo deve precisare ruoli e responsabilità sia sul versante della committenza pubblica sia su quello delle imprese.

---

[16] Cfr. S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 398.

[17] R. PICARO, *La modellazione informativa*, cit., in *Riv. giur. edil.*, 2018, 393 ss., il quale fa riferimento ad "*un modello di lavoro aggregato – che trova applicazione nel settore edile ma che è utilizzabile nella realizzazione delle opere complesse in generale – spendibile nella fase della progettazione, in quella esecutiva ed anche post-realizzativa.* (…) *originale*".

In particolare, i pubblici funzionari non devono soltanto saper "visualizzare" un'offerta in BIM presentata da un operatore economico, ma devono saper progettare in BIM, devono saper risolvere i conflitti che possono generarsi tra i flussi informativi, devono saper operare con i computi metrici in BIM, in altri termini devono saper gestire in BIM l'immobile nel corso del suo ciclo-vita.

D'altronde, se così non fosse, l'amministrazione non sarebbe nemmeno in grado di prevedere e giustificare i costi da sostenere.

Nelle Linee guida n. 1, l'ANAC ha precisato "*di non essere il soggetto più idoneo alla definizione delle diverse figure professionali e delle relative competenze*", indicando che debba essere il legislatore a "*fornire indicazioni più specifiche in merito alle competenze dei soggetti coinvolti nel processo di ricorso ai metodi e agli strumenti elettronici*".

Eppure, la normativa tecnica di tipo consensuale, vale a dire la Norma UNI 11337-7, parte 7, "*Requisiti di conoscenza, abilità e competenza delle figure coinvolte nella gestione della modellazione informativa*" è molto dettagliata circa le figure professionali che operano in ambiente BIM.

La norma UNI 11337-7 individua quattro figure: il CDE manager, gestore dell'ambiente di condivisione dei dati; il BIM manager, Gestore dei processi digitalizzati; il BIM coordinator, Coordinatore dei flussi informativi di commessa; il BIM specialist, Operatore avanzato della gestione e della modellazione informativa [18].

La Norma UNI individua i requisiti di conoscenza, di abilità e di competenza di ciascuna figura.

Il Codice dei contratti pubblici, invece, non vi fa riferimento e non opera alcun richiamo, né tantomeno lo fa il Decreto ministeriale.

L'esigenza fondamentale è quella di considerare l'interoperabilità e la necessità della cooperazione tra i vari soggetti coinvolti nel progetto.

Si pone, tra l'altro, anche il problema della certificazione delle competenze BIM, che allo stato non esiste.

In sintesi, la mancata definizione dei ruoli e dei nuovi profili professionali connessi al BIM, rischia di tradursi in un problema di competenza per un verso, e di responsabilità o di controllo dall'altro.

I ruoli nella gestione dei processi BIM vanno definiti sia quando la pubblica amministrazione assume le vesti di committente sin dalla fase della progettazione e, pertanto, ricerca sul mercato il miglior offerente anche per la progettazione, sia quando pone a base di una gara un progetto redatto in BIM.

Nel primo caso si pone il problema della valutazione delle offerte e quello (ancora più importante) del controllo da parte della stazione appaltante/contraente; nel secondo, invece, la questione arretra fino alla necessità che l'apparato ammi-

[18] Si rinvia alla norma UNI per la specificazione dei compiti di ciascuna figura professionale.

nistrativo sia dotato di adeguate competenze e sia organizzato a tal fine per la progettazione dell'opera pubblica.

Con siffatto quadro normativo, si pongono questioni anche rispetto agli operatori economici, i quali, al pari dell'amministrazione, non sono in grado di adeguare la propria organizzazione e di formulare l'offerta nel modo migliore. L'utilizzo del BIM richiede un sistema organizzativo in cui devono esserci necessariamente collaborazione e interazione tra i soggetti da regolamentare. È, tuttavia, opportuno che tutte le stazioni appaltanti si dotino di un sistema informativo, ciò ancor più se si considera che l'art. 7 *bis* del d.m. n. 560/2017 prevede la facoltà, per le stazioni appaltanti, di attribuire, nell'ambito dei criteri di aggiudicazione [19] dell'offerta e nel rispetto di quanto previsto dall'art. 95 del medesimo Codice, punteggi premiali, per l'uso di metodi e strumenti elettronici specifici.

4. L'opportunità di un approccio collaborativo e "sistemico"

La tecnologia infonde, per mezzo della modellazione informativa, forte dinamismo al sistema dei contratti pubblici, che va incentivato ma al tempo stesso adeguatamente regolamentato a livello di diritto positivo. Tuttavia, allo stato, si registra solo un timido tentativo di disciplinare "*il capitolato informativo e specifiche tecniche*" (art. 7 del d.m. n. 560/2017), specificando però che, con l'introduzione obbligatoria del BIM, la prevalenza contrattuale dei contenuti informativi è definita dal modello elettronico, nella misura in cui ciò sia praticabile tecnologicamente. La norma prevede, inoltre, che i contenuti informativi devono, comunque, essere relazionati al modello informativo all'interno dell'ambiente di condivisione dei dati.

Viene offerta una mera definizione del "*Piano di gestione informativa*", che secondo l'art. 2, lett. g-*bis*) del d.m. n. 560/2017, è da intendersi come un documento redatto dall'aggiudicatario sulla base dell'offerta di gestione informativa, da sottoporre alla stazione appaltante dopo la sottoscrizione del contratto e prima dell'esecuzione dello stesso e che può essere aggiornato nel corso dell'esecuzione del contratto. Il carattere generico di tale disposizione probabilmente risponde all'auspicio che le innovazioni possano essere automaticamente assorbite e recepite dal consolidato procedimento di affidamento dei contratti pubblici.

Orbene, solleva qualche interrogativo la circostanza che gli strumenti giuridici restino immutati a fronte di un'opera pubblica che, sin dal suo concepimento, diventa "vitale".

---

[19] P. CLARIZIA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: lo stato dell'arte,* in *Giorn. dir. amm*., 2, 2022, 273.

Il punto è che, con la modellazione informativa, l'edificio da realizzare diventa un "organismo" architettonico, conformato dalla programmazione alla dismissione.

Si tende ad una sorta di "approccio sistemico" dell'opera pubblica, che vive nel tempo e si relaziona con l'ambiente esterno.

In questa nuova prospettiva qualche sforzo di regolamentazione sul piano del diritto positivo va fatto, sia rispetto al procedimento di affidamento, sia rispetto agli strumenti contrattuali [20].

Il caso dell'introduzione del BIM ha il pregio di richiamare l'attenzione degli studiosi sui temi dell'organizzazione amministrativa e dei modelli possibili, facendo leva su alcuni concetti chiave capaci effettivamente di trasformare l'amministrazione, quali la collaborazione [21] e l'innovazione.

Tutte le informazioni [22] confluiscono in un unico modello "interoperativo".

I progettisti – a vario titolo – cooperano in maniera sinergica nell'ottica del miglioramento dei risultati.

La prevedibilità dei rischi è fortemente mitigata; diventa possibile l'elaborazione del ciclo-vita di un edificio, prima ancora che venga costruito.

L'amministrazione è parte attiva di questo processo, anche nelle ipotesi in cui svolga mere funzioni di controllo.

I progettisti costruiscono in un mondo virtuale l'opera che progettano [23].

In siffatto quadro, il problema delle competenze non può essere soltanto una questione di tecnica.

In che modo le informazioni [24] devono e/o possono essere gestite? Come "dialogano" i diversi progettisti tra di loro? Come tutelare le informazioni, la proprietà intellettuale e la *privacy*? Come predisporre un accordo di collaborazione?

Ognuno dei predetti quesiti necessita di risposte sul piano del diritto positivo.

---

[20] La necessità di sviluppare il quadro giuridico e normativo costituisce una priorità della politica europea. In tal senso, si rinvia all'esperienza del Regno Unito e al programma di adozione del BIM. Cfr. *Manuale*, cit., 49.

[21] Cfr. S. VALAGUZZA, *Collaborare nell'interesse pubblico. Perché passare dai modelli antagonisti agli accordi collaborativi*, Napoli, 2019.

[22] R. PICARO, *La modellazione informativa*, cit., in *Riv. giur. edil.*, 2018, osserva che la giurisprudenza amministrativa coglie nel segno individuando nell'informazione (e non nella tridimensionalità) l'elemento qualificante della modellazione informativa.

[23] Cfr. Accordo Cur Regione Campania – Università della Regione Campania "Progettazione automatizzata".

[24] Sulla nozione di "informazione" come opera dell'ingegno si veda P. PERLINGIERI, *Informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ*., 1990, 339 ss.

5. L'art. 43 dello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della l. 21.6.2022, n. 78, recante "*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*"

Lo schema definitivo del Codice dei contratti pubblici conferma la scelta dell'utilizzo dei metodi e degli strumenti di gestione informativa delle costruzioni.

Invero, l'art. 43 stabilisce che "*a decorrere dal 1° gennaio 2025, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni per la progettazione e la realizzazione di opere di nuova costruzione e per gli interventi su costruzioni esistenti per importo a base di gara superiore a ... euro. La disposizione di cui al primo periodo non si applica agli interventi di ordinaria e straordinaria manutenzione, a meno che essi non riguardino opere precedentemente eseguite con l'uso dei suddetti metodi e strumenti di gestione informativa digitale*".

Inoltre, viene prevista la possibilità per le stazioni appaltanti di avvalersi dei predetti metodi anche al di fuori delle ipotesi di obbligatorietà, eventualmente prevedendo nella documentazione di gara un punteggio premiale relativo alle modalità d'uso di tali metodi e strumenti.

Viene confermata la scelta di utilizzare piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari al fine di non limitare la concorrenza tra i fornitori di tecnologie e il coinvolgimento di specifiche progettualità tra i progettisti, nonché di consentire il trasferimento dei dati tra pubbliche amministrazioni e operatori economici partecipanti alla procedura aggiudicatari o incaricati dell'esecuzione del contratto.

Per quanto riguarda la disciplina, viene prevista l'adozione dell'Allegato I.9 all'interno del quale dovranno essere definiti: "*a) le misure relative alla formazione del personale, agli strumenti e alla organizzazione necessaria; b) i criteri per garantire uniformità di utilizzazione dei metodi e strumenti digitali per la gestione dell'informazione; c) le misure necessarie per l'attuazione dei processi di gestione dell'informazione supportata dalla modellazione informativa, ivi compresa la previsione dell'interoperabilità dell'anagrafe patrimoniale di ciascuna stazione appaltante o ente concedente con l'archivio informatico nazionale delle opere pubbliche; d) le modalità di scambio e interoperabilità dei dati e delle informazioni; e) le specifiche tecniche nazionali ed internazionali applicabili; f) il contenuto minimo del capitolato informativo per l'uso dei metodi e degli strumenti di gestione informativa digitale*" (art. 43, quarto comma).

Infine, l'art. 43, quinto comma, stabilisce che "*in sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.9 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice*".

Orbene, la previsione dell'Allegato I.9 e del corrispondente regolamento ministeriale risponde alle esigenze di definire sul piano normativo la disciplina del Legal BIM.

Si tratta di un importante novità, che potrebbe chiarire le modalità operative e i meccanismi di funzionamento della modellazione informativa in concreto, risolvendo i dubbi e le perplessità che il Codice dei contratti pubblici attualmente vigente ha sollevato.

Capitolo Tredicesimo

Il bando di gara e l'interesse diretto, concreto ed attuale, quale presupposto per la legittimazione ad impugnare

CARMENCITA GUACCI

SOMMARIO: 1. Il procedimento ad evidenza pubblica. – 2. Il bando di gara e l'invito a partecipare alle gare. – 3. Gli allegati al bando. – 4. La natura giuridica del bando di gara. – 5. Contenuto del bando di gara. – 6. Deroghe alle procedure di scelta del contraente indette con bando di gara. L'avviso di preinformazione. – 7. La tutela dei partecipanti alla gara. L'impugnabilità del bando di gara. – 8. L'interesse diretto, concreto ed attuale, quale presupposto per la legittimazione ad agire. – 9. Il bando di gara nello schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici.

1. Il procedimento ad evidenza pubblica

L'attività negoziale della Pubblica Amministrazione presenta una natura dicotomica, in quanto si esplica in due fasi: la prima "ad evidenza pubblica" [1], la seconda, invece, è disciplinata dalle regole di diritto privato. Il procedimento ad evidenza pubblica accompagna la conclusione dei contratti [2] stipulati tra la Pub-

[1] C. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, S. PERONGINI, *Le gare preliminari alla trattativa privata. Ipotesi di procedimenti amministrativi atipici*, Napoli, 1990, 15.

[2] In tema di contratti pubblici è copiosa la dottrina. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, 2021; F. CARDARELLI, *Brevi considerazioni sui procedimenti telematici di evidenza pubblica*, Napoli, 2004; A. MALTONI (a cura di), *I contratti pubblici. La difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Napoli, 2020; A. MASSERA, *Perplessità e interrogativi sul diritto dei contratti pubblici in epoca di crisi sanitaria ed economica*, in *Astrid Rassegna*, 8, 2020; M. CLARICH, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010; C. FRANCHINI, *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010; C. VOLPE, *Le procedure aperte, ristrette e negoziate*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, vol. III, Milano, 2008, 1855; P. SANTORO, *Ma-*

blica Amministrazione ed il privato cittadino [3] ed è governato dai principi tipici dell'azione amministrativa quali l'imparzialità e la trasparenza [4] nella scelta del miglior contraente.

La prima fase, ovvero quella ad evidenza pubblica, comprende la deliberazione a contrarre, la redazione del bando, la scelta del sistema per l'individuazione del contraente, la scelta del criterio di selezione della migliore offerta, l'espletamento della relativa gara e la predisposizione delle clausole contrattuali. La seconda fase, invece, si caratterizza per la stipulazione di un contratto tra la Pubblica Amministrazione ed il privato cittadino e segue le regole privatistiche [5]. Questa distinzione rileva ai fini dell'individuazione del giudice competente a risolvere eventuali controversie: per quelle relative alla fase anteriore alla stipula del contratto è competente il giudice amministrativo, per quelle successive la competenza è attribuita al giudice ordinario.

La collocazione normativa del procedimento ad evidenza pubblica è rinvenibile nell'art. 32 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), il quale individua, appunto, quattro momenti: 1) la c.d. deliberazione a contrarre; 2) la scelta del contraente, 3) la conclusione del contratto; 4) l'approvazione del contratto.

La deliberazione a contrarre è l'atto con cui la P.A. dichiara lo scopo da perseguire e il modo con cui si intende realizzarlo. Tale atto costituisce il presupposto del futuro negozio, pertanto, sussiste un rapporto di strumentalità con il provvedimento finale.

In particolare, la delibera a contrarre è l'atto con cui quale la P.A., manifesta la

---

nuale dei contratti pubblici, Rimini, 2007, 780; G. DE GIORGI, *Appalti pubblici e sistema delle fonti*, in E. STICCHI DAMIANI, *Gli appalti pubblici*, Milano, 1998; F. CARINGELLA, G. DE MARZIO, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, 901-939; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007; R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm*., 2010, 325; C. FRANCHINI *Pubblico e privato nei contratti delle amministrazioni*, in *Una nuova pubblica amministrazione: prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, a cura DI C. FRANCHINI, F. TEDESCHINI, Torino, 2009, 1; C. FRANCHINI, A*ppalto di lavori, servizi e forniture stipulato con le pubbliche amministrazioni*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. FRANCHINI, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, E. Gabrielli, Torino, 2010, 3; A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999; A. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche,* Milano, 1982; L. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, 225.

[3] Sul punto si rinvia a M. FERRANTE, C. GUCCIONE, A. SERAFINI, *I contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm*., 6, 2021, 753; S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 101 ss.

[4] M. CALARESU, F. PIGNATIELLO, *La nullità del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, coordinato da F. APERIO BELLA, Milano, 2020, 521 ss. Sul principio di trasparenza, G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur*., XXXI agg., Roma, 1995, 89; S. FOA, *La nuova trasparenza*, in *Dir. amm*., 2017, 65; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1998, 122.

[5] Non mancano, tuttavia, anche in questa fase situazioni che richiedono la valutazione del pubblico interesse e che possono generare nuove determinazioni della P.A.

propria volontà di concludere un contratto, in esso sono contenuti gli elementi essenziali del futuro contratto, la procedura di scelta del contraente che l'amministrazione intende adottare, nonché il criterio da seguire per selezionare l'offerta migliore.

La delibera costituisce tradizionalmente un atto meramente interno all'amministrazione, avente natura programmatica e, pertanto, non direttamente impugnabile in sede giurisdizionale.

Sulla base della delibera a contrarre ha luogo il vero atto della procedura ad evidenza pubblica, ossia quello della predisposizione e successiva pubblicazione del bando di gara, che contiene la disciplina speciale regolante la singola procedura concorsuale e costituisce pertanto, la *lex specialis* della procedura.

Il secondo momento del procedimento ad evidenza pubblica è quello in cui la pubblica amministrazione, attraverso l'espletamento della gara, procede alla scelta dell'operatore economico con cui stipulare il contratto. La stazione appaltante quindi, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'art. 33, primo comma, provvederà all'aggiudicazione [6].

L'aggiudicazione si presenta, dunque, come atto di scelta del contraente da parte dell'Amministrazione procedente ed è l'ultimo atto del procedimento ad evidenza pubblica, dopo di esso, infatti, si colloca la stipulazione del contratto con il contraente aggiudicatario. La stipulazione del contratto, fatti salvi i poteri di autotutela della P.A., deve avvenire entro 60 giorni da quando è divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva. Il contratto non può comunque essere stipulato prima di 35 giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione. L'esecuzione del contratto, inoltre, può essere subordinata ad approvazione da parte della competente autorità; in tal caso, il contratto di appalto si considera condizionato sospensivamente all'esito positivo dell'eventuale approvazione dello stesso e degli altri controlli previsti dalla natura delle norme proprie delle stazioni appaltanti.

2. Il bando di gara e l'invito a partecipare alle gare

Il bando di gara e l'invito a partecipare alle gare rientrano nell'ambito degli atti amministrativi preventivi, con i quali l'amministrazione regola la sua attività nella materia contrattuale.

---

[6] Cfr. N.A. TOSCANO, *Il provvedimento di aggiudicazione tra pubblicità e accesso agli atti*, in *Urb. e app*., 3, 2021, 293; F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, 2019; A. MEALE (a cura di), *Manuale breve di diritto dei contratti pubblici*, Pisa, 2019; G.M. RACCA, S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm*., 2019, 33 ss.; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2016*, Bologna, 2017.

Con essi l'attività dell'amministrazione si esteriorizza e viene portata a conoscenza dei terzi; caratteristiche, queste, che differenziano il bando di gara e l'invito da tutti gli altri atti posti in essere nella fase anteriore alla deliberazione di contrattare (ad esempio, redazione del progetto dell'opera, del progetto di contratto e dei capitolati).

Con il bando e con l'invito si apre il procedimento diretto alla scelta del soggetto con cui l'amministrazione intende procedere alla stipula del contratto. Con essi l'amministrazione innesca un contatto con la platea dei possibili contraenti, stabilisce le regole del procedimento di scelta al fine di garantire la *par condicio* dei concorrenti e l'efficacia massima della gara, e sollecita gli interessati a formulare le proprie offerte.

Più nel dettaglio, il bando di gara è l'atto con cui si inizia una pubblica gara e riveste la natura giuridica di provvedimento amministrativo preparatorio. Esso costituisce sempre una dichiarazione di volontà e in quanto tale rientra tra i provvedimenti amministrativi generali a contenuto prescrittivo. Per quanto riguarda i destinatari, il bando non si rivolge a soggetti determinabili a priori, ma solo a quelli individuabili *ex post*, in sede di esecuzione dell'atto [7]. Il paradigma normativo del bando di gara è l'art. 71 del nuovo Codice dei contratti.

Ai sensi del predetto articolo, le procedure di scelta del contraente devono essere indette con bando di gara, fatti salvi i casi in cui l'appalto sia aggiudicato mediante procedura ristretta o procedura competitiva con negoziazione, in tal caso, infatti, è previsto un avviso di preinformazione. Il legislatore prevede che i bandi di gara debbano essere redatti dalle amministrazioni aggiudicatrici in conformità al bando-tipo adottato dall'ANAC, obbligando le amministrazioni stesse a motivare i casi in cui volessero derogare il tipo disciplinato.

La creazione dei modelli unici, validi su tutto il territorio nazionale, ha come finalità quella di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti, rendendo omogenee le condotte, semplificando le modalità di partecipazione [8] alle gare e garantendo la corretta concorrenza tra i partecipanti.

Dalla lettura del nuovo Codice dei contratti pubblici si desume l'intenzione del legislatore di voler procedere ad una vera e propria restrizione della discrezionalità in capo alla P.A. che, solo in via residuale, potrà discostarsi dai bandi-tipo adottati dall'ANAC.

Tale *ratio* è alla base della previsione normativa rinvenibile anche, e soprattutto, nell'art. 83, ottavo comma, secondo cui i bandi e le lettere di invito non posso-

---

[7] I bandi non hanno natura normativa, poiché mancano del carattere dell'astrattezza, non essendo volti alla disciplina generale e astratta di un numero indeterminato di situazioni, e di quello della novità, non avendo capacità di innovare al diritto oggettivo. Per un approfondimento si rinvia a L. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, 67.

[8] F. CARDARELLI, *Requisiti di partecipazione*, in AA.VV., *Appalti, contratti, convenzioni, Enciclopedia degli enti locali*, Milano, 2008, 56.

no contenere ulteriori prescrizioni rispetto a quelle previste dal presente Codice e da altre disposizioni di legge vigenti, pena la nullità delle stesse.

Merita di essere attenzionata la c.d. lettera di invito, tipica delle procedure di gara cc.dd. ristrette (*ex* licitazione privata e appalto concorso). Essa si inserisce nell'ambito di quel subprocedimento in cui i concorrenti presentano le domande di partecipazione, l'amministrazione sceglie i soggetti da invitare ed invia ai prescelti gli inviti a partecipare.

Essa presenta un contenuto di incerta natura: di provvedimento amministrativo e di atto negoziale (che ha chiara natura giuridica di invito a offrire). In tale ultima ipotesi il meccanismo attraverso il quale si esterna la scelta preventiva dell'amministrazione si caratterizza, rispetto al bando di gara, dall'*intuitu personae*.

La lettera di invito è assimilabile, sotto il profilo strutturale e funzionale, al bando di gara; quest'ultimo però ha una propria autonomia, poiché assolve alla funzione di fornire legale conoscenza della possibilità di concorrere all'aggiudicazione di un determinato lavoro. In altri termini, esso deve comprendere tutti gli elementi utili agli eventuali soggetti interessati per consentire loro di valutare l'opportunità di prendere parte alla gara.

A differenza del bando, inoltre, l'invito si indirizza a soggetti determinati e, in quanto atto recettizio, non produce alcun effetto se non giunge a conoscenza dei destinatari. Il bando invece è di per sé conoscibile da parte di tutti dal momento della sua pubblicazione.

3. Gli allegati al bando

Merita di essere attenzionato anche l'allegato al bando, il c.d. disciplinare di gara, che si configura come uno degli allegati del bando, e la prima differenza che risalta fra i due documenti, è che il disciplinare[9] non è soggetto alle medesime formalità del bando di gara, ossia non è previsto dal Codice la pubblicazione del disciplinare sui mezzi di comunicazione indicati dall'art. 72 del Codice; oltre a questo dettaglio formale, per visionare il disciplinare bisogna collegarsi al sito internet dell'ente appaltante indicato nel bando di gara e scaricare la copia. In alcuni casi, per ottenere la copia del disciplinare, bisogna inoltrare una richiesta a mezzo e-mail all'indirizzo dell'ente appaltante. Le differenze tra il bando di gara e relativo disciplinare si possono evidenziare anche in base ai loro contenuti tipici, e da

[9] Il disciplinare di gara è uno degli allegati e sotto molti aspetti è il più importante, oltre a essere un documento corposo che a volte supera le 10 pagine nel quale, si evidenzia il tipo di procedura ed altre disposizioni che possono variare di volta in volta, in funzione del tipo di appalto e necessità dipendenti dall'oggetto contrattuale.

questo confronto si può affermare che esiste una gerarchia fra i due documenti. Il disciplinare, da un punto di vista gerarchico-subalterno al bando pubblicato, è un documento complesso, perché descrive i particolari della gara che il concorrente deve rispettare e richiama molte norme del Codice. Nel disciplinare sono invece indicate le norme in merito alle modalità di partecipazione dei concorrenti e le regole di compilazione, ma in particolare, vengono fornite le istruzioni in merito ai documenti che bisogna consegnare insieme all'offerta ed ai termini e le modalità per la presentazione dell'offerta.

4. La natura giuridica del bando di gara

Per quanto riguarda la natura giuridica, il bando è lo strumento con il quale la stazione appaltante rende nota l'intenzione di aggiudicare un appalto pubblico e costituisce la *lex specialis* del procedimento di gara [10], ovvero la regola di base del singolo procedimento di selezione del contraente, mediante disposizioni di natura vincolante, anche per la stessa amministrazione. Le prescrizioni contenute nel bando di gara hanno una vincolatività generale, in quanto ad esse sono assoggettate non solo le imprese partecipanti e la commissione di gara, ma anche l'amministrazione, che non conserva alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione né può disapplicarle, neppure nel caso in cui risultino inopportune o incongruamente formulate, salva la possibilità di procedere all'annullamento in autotutela del bando stesso. La natura vincolante del bando di gara è confermata dalla stessa giurisprudenza [11], a tenore della quale: "*Nel corso delle procedure di gara è vietata la modifica dei criteri di valutazione delle offerte previsti dal bando, atteso che ritenere sussistente tale potere significherebbe disapplicare il bando in ordine a clausole alle quali la stessa amministrazione si è autovincolata nel momento in cui ha adottato la disciplina di gara e la stazione appaltante non può, in sede di chiarimenti, modificare le previsioni della legge di gara, introducendo prescrizioni vincolanti non desumibili dalla* lex specialis". Secondo la giurisprudenza le clausole del bando devono essere interpretate privilegiando non il significato che può essere dato da un imprenditore particolarmente avveduto, ma il senso che determinati termini rivestono nel linguaggio comune per la maggior parte dei soggetti che operano in un determinato settore e che siano interessati a

[10] P. PATRITO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici e il primo decreto correttivo (in corso di approvazione): primi spunti di riflessione*, in *Resp. civ. e prev*., 1, 2017, 0335B; L. BERTONAZZI, *Bando di gara e procedura di scelta*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA, Padova, 2014, 664.

[11] T.a.r. Lazio, Roma, sez. I *quater*, 22.2.2018, n. 2058, Cons. Stato, sez. V, 17.5.2018, n. 2952.

contrarre con una P.A., secondo il principio di cui all'art. 1366 c.c. Le clausole contenute all'interno del bando di gara devono essere interpretate restrittivamente, in ossequio al principio di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento, sicché va preclusa qualsiasi esegesi non giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato. Ne deriva che, in presenza di clausole equivoche e di dubbio significato, deve preferirsi l'interpretazione [12] che favorisce la massima partecipazione. A tutela dell'affidamento degli interessati in buona fede deve essere, in ogni caso, preferita una interpretazione letterale [13]. D'altra parte, la giurisprudenza ha sottolineato che le clausole poste a pena di esclusione devono essere chiare e puntuali e che in caso di incertezza interpretativa deve essere favorita, anche nell'ottica della più ampia partecipazione una interpretazione meno restrittiva della stessa, purché non sia lesa la *par condicio* tra i concorrenti.

Sulla natura giuridica del bando di gara non vi sono, tuttavia, tesi univoche e, pertanto, è possibile isolare due teorie: l'una privatistico-negoziale e l'altra pubblicistica. Nell'ambito delle tesi privatistico-negoziali, un primo orientamento considera il bando assimilabile all'invito ad offrire, cioè il bando viene visto come un invito agli interessati a presentare un'offerta, con l'indicazione di tutti quegli elementi del contratto che l'amministrazione non ha indicato. Sicché sarà poi la P.A. che, accettando la proposta della controparte, perverrà alla conclusione del contratto. Orbitando sempre nelle tesi privatistiche, il bando di gara potrebbe essere considerato come un'offerta al pubblico ai sensi dell'art. 1336 c.c., vale a dire come proposta di contratto rivolta ad una generalità di destinatari, sicché l'offerta del privato diventa una dichiarazione negoziale mista, consistente nell'accettazione dell'oggetto della prestazione indicato nel bando di gara e nella formulazione di una proposta di prezzo.

È da escludere, invece, che possa essere considerato una proposta, intesa quale atto prenegoziale tipico della fase di formazione del contratto; ciò poiché esso tende a provocare le offerte, ossia le proposte, da parte dei soggetti che intendono divenire contraenti dell'amministrazione. Inoltre, il bando di gara si discosta dalla proposta contrattuale, in quanto quest'ultima contiene tutti gli elementi del contratto alla cui conclusione è diretta, mentre il bando di gara risulta privo della determinazione del prezzo, che viene definito solo a seguito della scelta dell'offerta. Né il bando è revocabile *ad nutum*, essendo la revoca sottoposta ai consueti limiti dell'esercizio del potere di autotutela da parte della pubblica amministrazione; a differenza della proposta contrattuale che è revocabile sino a quando l'accettazione giunge a conoscenza del proponente. Per le teorie pubblicistiche, invece, si configurano due orientamenti contrastanti: l'uno considera il bando di gara come

---

[12] T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 6.4.2022, n. 2355 che sostiene che l'interpretazione del bando di gara soggiace alle stesse regole dettate dall'art. 1362 c.c. per i contratti.

[13] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 8.7.2021, n. 5203; Cons. Stato, sez. VI, 23.6.2021, n. 4817.

atto normativo e, quindi, quale *lex specialis* della gara; l'altro, invece, riconosce al bando di gara la natura di atto amministrativo generale. Quest'ultimo indirizzo è prevalente e muove dall'assunto che il bando di gara non possa essere considerato atto normativo, in quanto privo dei requisiti che caratterizzano tale atto, cioè la generalità, l'innovatività e l'astrattezza. Non avendo carattere normativo, i bandi di gara si differenziano pure dai regolamenti. Tale premessa comporta come conseguenza che non è consentito al giudice, e tanto meno all'amministrazione, disapplicare le disposizioni di un bando di gara se contrarie a norme di legge o di regolamento. Ciò sia in quanto la disapplicazione, nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, è possibile solo con riguardo ad atti normativi, sia poiché la pubblica amministrazione non può non applicare un atto amministrativo autoritativo, a meno che non lo annulli, esercitando un potere discrezionale nella sussistenza dei presupposti di legge, e fino a quando esso non sia annullato dal giudice amministrativo.

Secondo consolidato orientamento della giurisprudenza, le regole contenute nel bando di gara vincolano rigidamente l'operato dell'amministrazione procedente, la quale è obbligata alla loro applicazione, senza alcun margine di discrezionalità, per preservare i principi di affidamento e di parità di trattamento tra i concorrenti che sarebbero pregiudicati ove si consentisse di modificare le regole (o anche disapplicarle) a seconda delle varie condizioni dei partecipanti [14]. Le regole fissate nel bando devono essere applicate dall'amministrazione, anche se illegittime o divenute non conformi allo *jus superveniens*. In particolare, il richiamo operato dal bando ad una determinata norma, come regola per il futuro agire dell'amministrazione, ha carattere materiale e non dinamico. La norma, fatta propria dalla stazione appaltante come regola del procedimento di gara, diviene indifferente ai mutamenti successivamente intervenuti a livello normativo, anche se aventi decorrenza retroattiva, ossia dal momento dell'emanazione dell'atto che vi ha dato applicazione. In tale ipotesi, come in genere in ogni caso di bando o di invito illegittimi, sarà facoltà dell'amministrazione provvedere all'annullamento della gara e, semmai, procedere alla conseguente rinnovazione; ed è evidente che l'interesse pubblico all'annullamento sarà più o meno rilevante a seconda dello stato iniziale o avanzato del procedimento e dell'esigenza di considerare l'eventuale affidamento dei terzi. La natura di atto generale del bando comporta comunque alcune deroghe rispetto alla disciplina ordinaria del procedimento amministrativo e del diritto di accesso ai documenti amministrativi fissata dalla l. 7.8.1990, n. 241. In particolare, non si richiede la motivazione [15] (art. 3, secondo comma); non

[14] Cons. Stato, sez. III, 7.6.2021, n. 4295.

[15] Secondo il T.a.r. Roma, Lazio, sez. II, 21.11.2017, n. 11517: "*Il bando di gara non richiede una pedissequa motivazione. In particolare, il bando di gara, in quanto atto generale, non sconta una pedissequa motivazione. Le ragioni giustificatrici, pertanto, ben possono evincersi dal comples-*

devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere (art. 3, quarto comma); non si applicano le disposizioni, in tema di partecipazione al procedimento amministrativo, contenute nel capo III della l. 7.8.1990, n. 241 (art. 13, primo comma, della stessa) e non è consentito l'accesso agli atti preparatori nel corso della sua formazione (art. 24, sesto comma).

5. Contenuto del bando di gara

Per quanto concerne il contenuto del bando di gara, il legislatore all'art. 71 ha stabilito che esso debba contenere le informazioni di cui all'allegato XIV, Parte I, lett. C), e, altresì, i criteri ambientali minimi di cui all'art. 34 ovvero il nome, il numero di identificazione, ove previsto, l'indirizzo comprensivo del Codice NUTS [16], il telefono, il fax, la posta elettronica e l'indirizzo internet dell'amministrazione aggiudicatrice e, se diverso, del servizio al quale rivolgersi per le informazioni complementari, la posta elettronica o indirizzo Internet al quale i documenti di gara saranno disponibili per l'accesso gratuito, illimitato e diretto.

Il bando di gara deve, inoltre, contenere il tipo di amministrazione aggiudicatrice e la principale attività esercitata. Se del caso, l'indicazione che l'amministrazione aggiudicatrice è una centrale di committenza o che è coinvolta una qualsiasi altra forma di appalto congiunto e i Codici CPV [17].

Se l'appalto è suddiviso in lotti, tali informazioni sono fornite per ogni lotto. Ancora, il bando di gara [18] deve contenere le condizioni di partecipazione, un

---

so quadro amministrativo e tecnico su cui le decisioni si fondano (disciplinare di gara, capitolato, condizioni di fornitura, natura delle prestazioni, determina di indizione della gara, ecc.)".

[16] La nomenclatura delle unità territoriali statistiche, in acronimo NUTS (dal francese: Nomenclature des unités territoriales statistiques) identifica la ripartizione del territorio dell'Unione europea a fini statistici. È stata ideata dall'Eurostat nel 1988 tenendo come riferimento di base l'unità amministrativa locale. Da allora è la principale regola per la redistribuzione territoriale dei fondi strutturali della UE, fornendo uno schema unico di ripartizione geografica, a prescindere dalle dimensioni amministrative degli enti degli Stati e basandosi sull'entità della popolazione residente in ciascuna area.

[17] Il CPV è un sistema di classificazione unico per gli appalti pubblici volto a unificare i riferimenti utilizzati dalle amministrazioni e dagli enti appaltanti per la descrizione dell'oggetto degli appalti.

[18] Il bando di gara per produrre i suoi effetti deve essere pubblicato sulle gazzette ufficiali (art. 72 del Codice). Nella pubblicazione del bando di gara non si possono escludere errori ed in questi casi, bisogna procedere con una rettifica. Se il testo pubblicato del bando di gara indica elementi diversi rispetto al disciplinare e non si è provveduto alla rettifica, non si possono escludere controversie fra ente appaltante e concorrente per il motivo che, l'effetto della pubblicazione sulla gazzetta ufficiale è di far prevalere il bando rispetto al disciplinare, in ossequio al principio generale che la pubblicazione è fatta in buona fede e nell'interesse pubblico, quindi, il vincolo sorge non appena

elenco e una breve descrizione dei criteri riguardanti la situazione personale degli operatori economici che possono comportarne l'esclusione, dei criteri di selezione, nonché tutte le altre informazioni richieste (autocertificazioni, documentazione). È chiaro che il bando deve descrivere nel dettaglio anche il contratto di appalto, con l'indicazione dei tempi di consegna o di fornitura di beni, lavori o servizi e, per quanto possibile, la durata del contratto.

Esso, inoltre, deve indicare il tipo di procedura di aggiudicazione; eventualmente, la motivazione del ricorso alla procedura accelerata (in caso di procedure aperte e ristrette e di procedure competitive con negoziazione) ed i relativi criteri di aggiudicazione dell'appalto o degli appalti. Infine, deve contenere l'indicazione del termine ultimo per la ricezione delle offerte (procedure aperte) o delle domande di partecipazione e, infine, l'indirizzo al quale le offerte o le domande di partecipazione sono trasmesse.

Tra le prescrizioni del bando di gara, sono rinvenibili anche i doveri comportamentali stabiliti dal c.d. "Patto di integrità", consistente in un accordo, fra i partecipanti e l'amministrazione, con cui si stabiliscono, ad integrazione delle previsioni contenute nel bando, alcune regole dirette a garantire il corretto svolgimento della gara, in particolare la leale concorrenza e le pari opportunità di accesso a tutti i partecipanti alle gare in fase concorsuale.

La carenza della dichiarazione di accettazione del patto di integrità o la mancata produzione dello stesso debitamente sottoscritto dal concorrente, possono considerarsi regolarizzabili attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, nono comma, del d.lgs. n. 50/2016, con applicazione della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara. Secondo la giurisprudenza sono legittime le clausole sanzionatorie poste a carico del concorrente che abbia tenuto un comportamento scorretto nel corso della gara.

La loro legittimità si fonda, oltre che sull'autonomia privata dell'amministrazione, sulla conformità delle regole in essi contenute ai principi dell'ordinamento, come la buona fede e la correttezza nelle trattative.

In quanto predisposti unilateralmente dall'amministrazione, i Patti di integrità sono affidati a condizioni generali di contratto, sicché essi devono essere approvati per iscritto. La disciplina risente dei riflessi privatistici di cui all'art. 1341, se-

---

questa è resa pubblica. Infatti, il disciplinare è uno degli allegati del *bando e la prima differenza* che risalta fra i due documenti, è che il disciplinare non è soggetto alle medesime formalità del bando di gara ossia, non è previsto dal Codice la pubblicazione del disciplinare sui mezzi di comunicazione indicati dall'art. 72 del Codice; oltre a questo dettaglio formale, per visionare il disciplinare bisogna collegarsi al sito internet dell'ente appaltante indicato nel bando di gara e scaricare la copia; in alcuni casi per ottenere la copia del disciplinare bisogna inoltrare una richiesta a mezzo e-mail all'indirizzo dell'ente appaltante. Le differenze tra il bando di gara e relativo disciplinare si possono evidenziare anche dai loro contenuti tipici e da questo confronto, si può affermare che esiste una gerarchia fra i due documenti.

condo comma, c.c. che prescrive l'obbligo di approvazione per iscritto delle clausole vessatorie, con la conseguenza che in mancanza dell'accettazione del privato, sono inefficaci le clausole penali in essi contenute anche se richiamate dal bando. Per quanto riguarda la competenza nell'adozione dei bandi-tipo, si ravvisa una modifica rispetto alla disciplina previgente (contenuta nel d.lgs. n. 163/2006). Infatti, prima della riforma intervenuta con l'attuale d.lgs. n. 50/2016, i modelli di bando venivano predisposti dalla Stazione appaltante e poi approvati dall'AVCP. Invece, nel nuovo Codice, i bandi tipo sono "predisposti" dall'Autorità "*al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti*".

Il legislatore ha riconosciuto un margine di discrezionalità [19] in capo alle amministrazioni, ammettendo anche deroghe al bando-tipo, purché queste siano espressamente motivate nella delibera a contrarre [20].

Per il resto, la disciplina delle procedure è caratterizzata da un elevato formalismo, nell'ottica di renderne trasparente lo svolgimento e di porre i concorrenti sullo stesso piano partecipativo, così da richiedere a ciascuno uguale impegno di diligenza, attenzione e rispetto verso le clausole dei bandi e dei capitolati. In tale prospettiva, il nuovo Codice ha aumentato i poteri di controllo dell'ANAC [21] e ne ha previsto un processo di informatizzazione teso al raggiungimento di alti *standard* di trasparenza. La suddetta Autorità, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, a cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi, e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche (art. 213 del Codice).

---

[19] L. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 3, 2013, 30.

[20] In definitiva, accanto ad un contenuto necessario specificato dal legislatore e dall'ANAC, il bando di gara può contenere un contenuto eventuale a discrezione della singola stazione appaltante, che può discostarsi dalla previsione dei bandi tipo con adeguata motivazione.

[21] Vedasi M. CORRADINO, G.F. LICATA, *Autorità nazionale anticorruzione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, vol. I, Milano, 2019, 415; A. NARDONE, *I poteri di vigilanza, controllo e regolazione dell'A.N.A.C.: natura giuridica e strumenti di tutela*, in *Foro amm*., 2019, 1131 ss.; E. FREDIANI, *Vigilanza collaborativa e supporto in itinere alle stazioni appaltanti. La funzione "pedagogica" dell'A.N.A.C*., in *Dir. proc. amm*., 2018, 151 ss.; L. TORCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm*., 2016, 605.

6. Deroghe alle procedure di scelta del contraente indette con bando di gara. L'avviso di preinformazione

L'art. 70 del d.lgs. n. 50/2016 (*ex* art. 63, d.lgs. n. 163/2006)[22], rubricato "*Avviso di preinformazione*", si presenta quale diretta attuazione dell'art. 48, della Direttiva 2014/14/Ue. La suddetta disposizione sostituisce il previgente art. 63 del d.lgs. n. 163/2006. Nella precedente normativa, l'avviso di preinformazione non era utilizzato per l'indizione di una procedura di scelta del contraente, vale a dire come metodo alternativo per indire una gara. L'adempimento della preinformazione, invero, era finalizzato all'esercizio, da parte delle singole amministrazioni, della facoltà di ridurre il termine di ricezione delle offerte nel caso in cui avessero poi proceduto all'indizione di una procedura di scelta del contraente aperta o ristretta mediante bando di gara.

L'avviso, dunque, a differenza della nuova normativa, doveva essere seguito dal bando di gara con l'indicazione della data o delle date di pubblicazione dell'avviso di preinformazione nella *Gazzetta Ufficiale* delle Comunità europee. L'avviso in esame aveva una finalità informativa meramente preventiva, infatti, non produceva alcun effetto giuridico nel caso in cui non fosse stato seguito dagli atti di esecuzione (lettera d'invito e bando di gara), posto che l'amministrazione, nonostante l'intendimento manifestato con la suddetta comunicazione, era libera di non dar seguito alla gara, ovvero di indire una gara parzialmente diversa, sicché l'avviso si configurava come atto neutro, insuscettibile di ledere posizioni soggettive e comunque di per sé inidoneo a determinare un danno diretto, immediato e attuale.

In definitiva, pur essendo configurato dalla norma come preliminare allo svolgimento dell'attività negoziale dell'amministrazione nelle ipotesi di cui all'art. 63, primo comma, lett. a) e b), l'obbligo di preinformazione era sostanzialmente estraneo ai procedimenti di gara attuati dalle stazioni appaltanti nel corso dell'anno, potendo comunque le stesse non bandire una o più gare e, al limite, nessuna delle gare in relazione a cui era stata espletata la relativa preinformazione.

Nel vigente Codice, il vantaggio connesso all'utilizzazione dell'avviso di preinformazione, in luogo del bando per l'indizione di una gara, è quello di procedere all'invito degli operatori economici a presentare offerta senza ulteriore pubblicazione di un avviso di indizione di gara. In caso di indizione di gara tramite avviso, le stazioni appaltanti invitano simultaneamente e per iscritto, di norma con procedure telematiche, gli operatori economici che già hanno espresso interesse, a confermare nuovamente interesse.

Esso consente all'amministrazione committente di rendere note le caratteristi-

---

[22] F. CATALDO, *Sub art. 63*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, Milano-Molfetta, 2013, 928.

che fondamentali degli appalti di lavori, servizi e forniture che intende effettuare per l'anno successivo. In particolare [23], la predetta disposizione normativa consente agli operatori economici interessati di valutare la possibilità di prendere parte alle procedure ad evidenza pubblica che saranno indette nel territorio dell'Unione. Si tratta di un dovere di preinformazione generalizzato, in quanto il legislatore non ha previsto dei requisiti minimi o caratteristiche determinate, ma è previsto per ogni tipologia di contratto che il committente andrà a stipulare.

Il secondo comma dell'art. 70 del d.lgs. n. 50/2016 prevede che l'avviso di preinformazione sia utilizzato come indizione di un bando di gara. Le procedure di scelta del contraente, in alcuni casi, sono indette senza la predisposizione del bando di gara, (artt. 59, quinto comma, secondo periodo e 63 del d.lgs. n. 50/2016). Ciò è possibile quando l'appalto sia aggiudicato mediante procedura ristretta o procedura competitiva con negoziazione (art. 59, comma quarto) e quando l'amministrazione aggiudichi gli appalti mediante una procedura negoziata senza bando di gara (art. 63) [24]. Ne deriva che gli operatori economici che abbiano mostrato interesse al seguito della pubblicazione dell'avviso di preinformazione [25] sono chiamati a manifestare una conferma di interesse scritta [26].

L'avviso di preinformazione può restare pubblico per un tempo massimo di dodici mesi dalla data di trasmissione dell'avviso per la pubblicazione, salvo che si tratti di appalti pubblici per servizi sociali e altri servizi specifici, in tal caso può coprire un periodo più lungo di dodici mesi e non superiore a ventiquattro mesi [27].

Per quanto riguarda le tipologie di procedura di scelta del contraente, di cui all'art. 59, comma quarto, la volontà dell'amministrazione di rivolgersi all'esterno per l'affidamento di un contratto pubblico può essere manifestata con un avviso di preinformazione [28] purché l'avviso soddisfi tutte le seguenti condizioni: a) si riferisca specificatamente alle forniture, ai lavori o ai servizi che saranno oggetto del-

---

[23] L'avviso è pubblicato dalla stazione appaltante sul proprio profilo di committente. Per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia di cui all'art. 35, l'avviso di è pubblicato dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea o dalla stazione appaltante sul proprio profilo di committente. In quest'ultimo caso le stazioni appaltanti inviano al suddetto Ufficio un avviso della pubblicazione sul proprio profilo di committente.

[24] S. COCCHI, *La motivazione adeguata della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara: casi pratici e conseguenze*, in *Azienditalia*, 6, 2021, 1038.

[25] F. GALLO, *Appalti e costi della manodopera,* in *Ig. & Sic. lav.*, III, Milano, 7/2021, 3 ss.

[26] R. PROIETTI, *Le principali novità in tema di contratti e concessioni pubbliche*, in *Corr. giur.*, 8-9, 2016, 1041.

[27] D. GALLI, *Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici – I settori speciali*, in *Giorn. dir. amm*., 4, 2016, 436; G. DE GIORGI, *Appalti pubblici e sistema delle fonti*, in E. STICCHI DAMIANI, *Gli appalti pubblici*, Milano, 1998.

[28] J.F. ROCCO, *Sussidiarietà e mercato nell'affidamento dei servizi*, in *Foro amm*., 2, 2020, 361; G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. quadr. pubbl*., serv., 2, 1999, 24-25.

l'appalto da aggiudicare; b) indichi che l'appalto sarà aggiudicato mediante una procedura ristretta o una procedura competitiva con negoziazione senza ulteriore pubblicazione di un avviso di indizione di gara, invitando gli operatori economici interessati a manifestare il proprio interesse; c) contenga, oltre alle informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lett. B, sezione B.1, le informazioni di cui al medesimo allegato, sezione B.2; d) sia stato pubblicato non meno di trentacinque giorni e non oltre dodici mesi prima della data di invio dell'invito a confermare interesse di cui all'art. 75, primo comma.

Nel predetto caso le amministrazioni sono tenute a rendere nota, entro il 31 dicembre di ogni anno, l'intenzione di procedere alla indizione di una gara di appalto per l'anno successivo, pubblicando un avviso di preinformazione (art. 70).

Nelle procedure ristrette, nel dialogo competitivo, nei partenariati per l'innovazione, nelle procedure competitive con negoziazione, le stazioni appaltanti invitano simultaneamente e per iscritto, di norma con procedure telematiche, i candidati selezionati (ovvero in possesso dei requisiti previsti nel bando o nell'avviso di preinformazione) a presentare le rispettive offerte, a negoziare, o, nel caso di dialogo competitivo, a partecipare al dialogo. Con le stesse modalità le stazioni appaltanti invitano, nel caso di indizione di gara tramite un avviso di preinformazione, gli operatori economici che già hanno espresso interesse, a confermare nuovamente interesse. È l'invito, quindi, insieme alla necessaria fase di preselezione o di prequalificazione, a caratterizzare la licitazione privata e a differenziarla, quale procedura ristretta, da tutti gli altri sistemi di scelta del contraente. Con l'invito alla gara si avvertono determinati soggetti della data e del luogo della *ex* licitazione, delle modalità di espletamento della procedura ristretta e dei termini essenziali del contratto.

L'altra procedura di scelta del contraente, che può essere indetta senza bando, si ha quando, in presenza di determinati presupposti espressamente elencati all'art. 63, secondo e terzo comma, le amministrazioni aggiudicano gli appalti pubblici mediante una procedura negoziata, senza previa pubblicazione di un bando di gara, purché diano adeguata motivazione della sussistenza dei relativi presupposti nel primo atto della procedura, vale a dire nella delibera a contrarre. La procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando di gara *ex* art. 63 del Codice, è dunque assoggettata a regole procedimentali minime, quali l'obbligo di motivazione, il rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione [29].

Le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione

[29] Sul principio di rotazione si v. Cons. Stato, sez. V, 5.4.2022, n. 2525; Cons. Stato, sez. VI, 6.12.2021, n. 8081; Cons. Stato, sez. V, 23.11.2021, n. 7849; Cons. Stato, sez. V, 22.4.2020, n. 2551; Cons. Stato, sez. V, 24.1.2020, n. 579; Cons. Stato, sez. sez. V, 15.5.2019, n. 3151; Cons. Stato, sez. V, 4.2.2019, n. 827; T.a.r. Campania, Napoli, sez. II, 2.3.2022, n. 1425.

economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei.

L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'art. 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione (art. 59, sesto comma). Gli operatori economici selezionati vengono invitati di norma a mezzo posta elettronica certificata o strumento analogo negli altri Stati membri ovvero, quando ciò non è possibile, con lettera.

Tra le ipotesi in cui è consentito ricorrere agli inviti vi è il caso in cui, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura. Presupposto per la sua applicabilità è che vi siano state offerte presentate in gara ma che tutte siano state irregolari o inammissibili, avuto riguardo, rispettivamente, ai requisiti prescritti per le offerte (requisiti di forma e di validità delle stesse, posti a tutela della par condicio dei concorrenti) e per gli offerenti; presupposto di applicabilità, invece, dell'art. 57, secondo comma, lett. a), è che non sia stata presentata alcuna offerta o che tutte le offerte presentate siano state giudicate inappropriate, intendendosi per tali le offerte formalmente valide ma irrilevanti sul piano economico, assimilate dal legislatore alle offerte non presentate.

La procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara è senz'altro quella che più si avvicina alla trattativa privata, come intesa tradizionalmente, e può essere attivata per i casi e le situazioni previste dall'art. 63 del Codice, che recepisce pressoché fedelmente le posizioni assunte a livello europeo. L'art. 63 del Codice individua le ipotesi di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara e per il ricorso a tale procedura le stazioni appaltanti devono darne conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre. La predetta procedura negoziata senza bando presuppone che si svolga una negoziazione tra più operatori economici per arrivare alla scelta più conveniente in base al prezzo o alle condizioni di qualità prescelte dalla stazione appaltante. La procedura negoziata rappresenta un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorsualità.

7. La tutela dei partecipanti alla gara. L'impugnabilità del bando di gara

Al pari di ogni altro atto amministrativo, anche i bandi e gli inviti alla gara devono essere conformi a legge, in caso di difformità dallo schema normativo l'atto

sarà affetto da invalidità [30]. I vizi che determinano l'annullabilità degli atti sono quelli della violazione di legge, dell'incompetenza relativa, rientrante anch'essa nel *genus* della violazione di legge, e dell'eccesso di potere, vizio strettamente correlato all'esercizio del potere discrezionale [31], di cui il bando è pur sempre manifestazione. L'impugnativa dei bandi e degli inviti alla gara comporta l'esame di problematiche relative all'interpretazione ed alla concreta applicazione delle clausole della gara, di quelle inerenti al mancato invito, e, più in generale, a tutti i comportamenti adottati dall'amministrazione nel corso della prequalificazione, contrari anche ai principi della buona fede e della correttezza [32] e che abbiano dato luogo all'esclusione o all'ammissione di un determinato soggetto [33].

Il bando di gara e la lettera di invito, in considerazione della loro natura di atti generali e preliminari del procedimento concorsuale, generalmente, non sono di per sé idonei a ledere direttamente gli interessi dei soggetti partecipanti [34]. È invece l'attuazione delle prescrizioni e delle clausole contenute negli stessi (si pensi ad esempio a quelle che individuano i criteri che saranno adottati per l'aggiudicazione), ad incidere sulla sfera giuridica soggettiva dei partecipanti.

Conseguentemente, essi sono impugnabili solo congiuntamente [35] al provvedimento finale di aggiudicazione dell'appalto [36]. L'impugnazione c.d. congiunta è

---

[30] F. MANGANARO, *Nullità parziale di un bando di gara e termine per l'impugnazione*, in *Urb. e app*., 3, 2021, 387; A. BARONE, M. DI PACE, *Vitiatur sed non vitiat*: *la nullità "giurisprudenziale" nei bandi di gara pubblica*, nota a Cons. Stato, Ad. plen., 16.10.2020, n. 22, in *www.giustiziainsieme.it*; S. PERONGINI, *Le gare preliminari alla trattativa privata. Ipotesi di procedimenti amministrativi atipici*, Napoli, 1990, 15; P.L. PORTALURI, *Tutela della concorrenza e flessibilità delle relazioni contrattuali nella procedura negoziata previo bando di gara*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 403 ss.; G. LA ROSA, Il dies a quo *per l'impugnazione degli atti di gara secondo la Corte di giustizia, sez. V, 8 maggio 2014: nessun passo in avanti e uno indietro*?, in *www.giustamm.it*, 7, 2014; S. PERONGINI, *L'impugnazione nel processo amministrativo*, Milano, 2011, 98.

[31] S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 102.

[32] F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.

[33] D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.* 2010, 601 ss.

[34] La dottrina prevalente come abbiamo visto, qualifica il bando di gara in termini di atto amministrativo a carattere generale, le cui disposizioni sono suscettibili di incidere sulla sfera giuridica dei candidati solo a mezzo dei relativi atti applicativi – il bando di gara non è considerato immediatamente impugnabile in assenza di provvedimento che faccia concreta applicazione delle sue prescrizioni (tale potrebbe essere, per l'appunto, il provvedimento di esclusione o quello di aggiudicazione), secondo la regola della c.d. "impugnazione differita", come da importantissima pronuncia del Cons. Stato, Ad. plen., 29.1.2003, n. 1.

[35] G. RE FERRÈ, *Appalti* (*appalti pubblici di servizi – procedura di gara – servizi di sorveglianza aerea – ricorso di annullamento – carenza di interesse ad agire – irricevibilità – responsabilità extracontrattuale*), in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2022, 186.

[36] F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, *Manuale di diritto amministrativo*, IV, *I contratti pubblici*, Roma, 2014, 467.

affermata dalla stessa giurisprudenza di merito a tenore della quale "*I bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato. A fronte, infatti, della clausola illegittima del bando di gara o del concorso, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare*" [37].

È pur vero che possono esistere, tuttavia, prescrizioni del bando di gara che incidono direttamente sulle posizioni dei concorrenti, le quali devono essere impugnate nel termine di decadenza, decorrente dal momento della loro conoscenza o possibilità di conoscenza (coincidente con la pubblicazione del bando), senza dover attendere il conseguente atto di esclusione o di aggiudicazione.

L'onere di autonoma impugnativa del bando sorge solo se esso sia suscettibile di arrecare una lesione diretta ed immediata nei confronti dei soggetti interessati [38], occorre, però, che il requisito prescritto costituisca elemento assolutamente obiettivo e che gli interessati siano in grado di percepire immediatamente la portata lesiva della clausola che prescrive il requisito medesimo [39].

Diversamente, il ricorso proposto avverso il bando deve essere dichiarato inammissibile per mancanza di un interesse diretto, attuale e concreto. L'onere di immediata impugnazione degli atti relativi alla fissazione delle regole della gara

---

[37] T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 23.5.2022, n. 6628, in *Massima Redazionale*, 2022.

[38] L'onere di immediata impugnazione del bando di gara deve escludersi nei riguardi delle clausole dotate solo di astratta e potenziale lesività, la cui idoneità a produrre un'effettiva lesione potrebbe essere valutata unicamente all'esito della procedura selettiva, ove detto esito sia negativo per l'interessato. In tali casi il termine per impugnare gli atti di gara, che eventualmente abbiano concretizzato la lesione della posizione giuridica dedotta in giudizio, non può che decorrere dalla conoscenza del provvedimento di aggiudicazione in favore di terzi (in tal senso, T.a.r. Veneto, Venezia, sez. I, 28.5.2018, n. 585 in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[39] Secondo la giurisprudenza "in materia di gare pubbliche l'impugnazione diretta del bando è ammissibile solo in specifici casi, in particolare allorché questo osti, in modo evidente alla partecipazione alla gara del concorrente interessato: altrimenti detto, l'impugnazione diretta della *lex specialis* costituisce "*eccezione e consegue, tra l'altro, alla circostanza patologica della formulazione, da parte della stazione appaltante, di un bando chiaramente, evidentemente ed inequivocabilmente ad excludendum, ossia teso a limitare ex ante la platea dei possibili candidati. Rientra nell'onere della prova del soggetto interessato la dimostrazione di siffatta natura del bando, in difetto della quale l'azione demolitoria è in radice inammissibile: per principio generale, infatti, la difesa delle proprie aspettative concorrenziali si fa, da parte di ogni operatore economico, nella gara, non contro la gara*": Cons. Stato, sez. IV, 14.6.2021, n. 4561; Cons. Stato, sez. III, 19.7.2022, n. 6264; T.a.r. Basilicata, Potenza, sez. I, 15.6.2022, n. 486.

sussiste certamente quando il bando o la lettera di invito contengono prescrizioni dirette a precludere la stessa partecipazione dell'interessato al procedimento concorsuale. Qualora la lesione della sfera giuridica dei concorrenti derivi direttamente dalle clausole del bando che prescrivono determinati requisiti di ammissione, essi hanno l'onere di impugnare immediatamente dette clausole, poiché è con il bando che si produce la lesione del loro interesse a partecipare al concorso, e non con il provvedimento di esclusione, che è atto meramente conseguenziale e totalmente vincolato nel contenuto; rispetto al quale l'organo amministrativo preposto all'adozione dei provvedimenti conseguenti non ha alcun margine di discrezionalità. Tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato (Ad. plen. n. 3/2001) sostiene che l'immediata lesività delle clausole del bando appare, invece, doversi restringere ai casi in cui le stesse impediscono o limitano la partecipazione. Al di fuori di tali ipotesi, è nel momento in cui viene data applicazione alla clausola che la stessa può essere contestata.

Anche perché l'impresa ricorrente potrebbe poi conseguire l'aggiudicazione della gara oppure l'amministrazione potrebbe non applicare mai la clausola contestata, o applicarla in maniera diversa da quella supposta; con rilevanti conseguenze in ambito di sussistenza dell'interesse al ricorso. Sembra, tuttavia, pacifico affermare che i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito:

a) vanno impugnati, di regola, unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento e a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato, in quanto, a fronte della clausola illegittima del bando di gara o del concorso, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse all'impugnazione, non conoscendo se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in un'effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare;

b) di norma, devono essere impugnati immediatamente, in ordine alle clausole che prescrivono i requisiti di ammissione o di partecipazione alla procedura selettiva, poiché esse normalmente manifestano subito, per i soggetti interessati, la loro lesività ed operano immediatamente la lesione della situazione soggettiva degli aspiranti che hanno chiesto di partecipare alla procedura;

c) devono essere considerati immediatamente impugnabili allorché contengano clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione.

Si è detto, dunque, che a fronte di una clausola illegittima della *lex specialis* di gara, ma non immediatamente lesiva, il concorrente non è ancora titolare di un interesse concreto all'impugnazione, poiché non sa ancora se l'astratta o potenziale illegittimità della predetta clausola si tradurrà in un pregiudizio nei suoi confronti.

Al di là di tali eccezioni, la *regola iuris*, ammette l'impugnazione delle clauso-

le che prescrivano requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara con effetto immediatamente escludente [40] per il candidato che ne sia sprovvisto [41].

Una recentissima giurisprudenza del massimo consesso conferma tale orientamento, precisando che "*in tema di impugnazione di bandi di gara e di concorso, si afferma costantemente il principio secondo il quale l'onere di immediata impugnazione del bando è circoscritto al caso di contestazione di clausole escludenti* [42]*, cioè di clausole riguardanti requisiti di partecipazione, le quali sono* ex se *ostative alla partecipazione dell'interessato*" [43] e precludono *ab origine* la possibilità di conseguire l'aggiudicazione, indipendentemente dallo svolgimento delle operazioni di gara [44].

---

[40] Vanno fatte rientrare nel *genus* delle "clausole immediatamente escludenti" le fattispecie di: a) clausole che prevedono un importo a base d'asta insufficiente alla copertura dei costi (T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 3.3.2022, n. 2117); b) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (si veda T.a.r. Emilia Romagna, sez. II, 25.6.2021, n. 631); c) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (Tar Sicilia, sez. I, 14.6.2021, n. 1931); d) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7.6.2021, n. 4301); e) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. T.a.r. Palermo, sez. II, 7.6.2021, n. 1822; Cons. Stato, sez. V, 21.11.2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23.1.2015 n. 293); f) clausole impositive di oneri o termini procedimentali di impossibile soddisfazione o del tutto spropositati (cfr. T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 23.5.2022, n. 6628); g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3.10.2011, n. 5421).

[41] Cfr. Cons. Stato, sez. II, 8.4.2022, n. 2634: "*in tema di impugnazione di bandi di gara e di concorso, si afferma costantemente il principio secondo il quale l'onere di immediata impugnazione del bando è circoscritto al caso di contestazione di clausole escludenti, cioè di clausole riguardanti requisiti di partecipazione, le quali sono ex se ostative alla partecipazione dell'interessato). L'onere di immediata impugnazione del bando è circoscritto al caso della contestazione di clausole escludenti riguardanti i requisiti di partecipazione, che siano ostative all'ammissione dell'interessato o, al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura, dovendo le altre clausole essere ritenute lesive ed impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva che definisce la procedura ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva. È stato ribadito il principio generale secondo il quale le rimanenti clausole, in quanto non immediatamente lesive, devono essere impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282) e postulano la preventiva partecipazione alla gara*". In senso conforme, T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 30 marzo 2022, n. 2117; Cons. St., sez. VI, Sent. 8 febbraio 2016, n. 510; Tar lazio Roma, sez. III *bis*, 7 luglio 2021, n. 8000.

[42] M. GIOVANNELLI, *Suddivisione dell'oggetto dell'appalto in lotti e clausole "immediatamente escludenti*", in *Urb. e app*., 2019, 407 ss.

[43] Cons. Stato, sez. II, 8.4.2022, n. 2634.

[44] T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 28.4.2022, n. 940.

Quanto detto trova fondamento nel fatto che è il solo atto applicativo che identifica il soggetto leso dal provvedimento e rende concreta ed attuale la lesione della situazione giuridica dell'interessato [45]. I bandi di gara e concorso sono da impugnare unitamente agli atti applicativi, in quanto solo questi ultimi rendono concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato e come tale rendono individuabile l'interesse ad agire del soggetto leso dal provvedimento di aggiudicazione a terzi [46].

8. L'interesse diretto, concreto ed attuale, quale presupposto per la legittimazione ad agire

La legittimazione ad agire e l'interesse ad agire, nel processo amministrativo, rappresentano le condizioni dell'azione giudiziale per poter conseguire una tutela piena ed effettiva.

In particolare, la legittimazione ad agire, unitamente all'interesse ad agire e alla possibilità giuridica di ottenere il provvedimento richiesto, costituiscono le condizioni dell'azione, rilevabili *ex officio* dal giudice.

Esse devono essere presenti al momento della proposizione della domanda e la loro permanenza deve essere assicurata durante l'intera durata del giudizio; l'eventuale venir meno di una delle condizioni dell'azione impedisce l'esame nel merito della vicenda.

L'interesse ad agire nel processo amministrativo, in virtù del rinvio esterno operato dall'art. 39 del Codice del processo amministrativo [47] ai principi generali del processo civile ai sensi dell'art. 100 c.p.c., può descriversi come l'interesse al conseguimento di un'utilità o di un vantaggio non ottenibile in assenza di una pronuncia giurisdizionale.

Ne deriva che la *conditio sine qua non* per richiedere una tutela giudiziale è la sussistenza di un interesse c.d. qualificato, in quanto diretto, concreto ed attuale come previsto all'art. 100 cpc. Partendo, dunque, dal suddetto dato normativo, ri-

---

[45] A fronte, infatti, della clausola illegittima del bando di gara o del concorso, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse qualificato all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un pregiudizio per la sua partecipazione alla procedura concorsuale T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 23.5.2022, n. 6628.

[46] T.a.r. Piemonte, Torino, sez. II, 11.3.2022, n. 193.

[47] L'art. 39 del d.lgs. n. 104/2010 stabilisce che "*per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali*".

sulterebbero titolari di un interesse qualificato ad impugnare le clausole del bando, coloro che abbiano chiesto di partecipare alla gara o di essere invitati.

Questi ultimi sono titolari di un interesse giuridicamente qualificato ad impugnare sia il provvedimento contenente la decisione di non invitarli, che lo stesso bando di gara, qualora contenga clausole preclusive alla loro partecipazione [48].

Presupposto indefettibile per la proposizione del ricorso è, dunque, quello di aver presentato la domanda di partecipazione alla gara [49]; sarà, quindi, inammissibile, per difetto di interesse, il ricorso proposto contro un bando ove il ricorrente non abbia presentato domanda di partecipazione, né al momento della proposizione del ricorso (non essendo ancora trascorsi i termini prescritti dal bando), né successivamente ed entro i termini previsti [50]. Se, dunque, è pacifico che l'operatore economico che non abbia presentato domanda possa impugnare le clausole escludenti, di converso non può ammettersi l'impugnazione delle clausole che non abbiano portata escludente.

La giurisprudenza amministrativa ha più volte ribadito tale principio di diritto (Ad. plen. del Cons. Stato, 7.4.2011, n. 4) evidenziando che soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnare l'esito della medesima, in quanto soltanto a quest'ultimo è riconoscibile una posizione differenziata e qualificata.

Anche l'Adunanza plenaria n. 9 del 25.2.2014, dopo avere richiamato i propri precedenti orientamenti [51], ha rilevato che "*chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto affinché la competizione venga nuovamente bandita*".

Nello stesso filone si colloca l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2018 la quale ha affermato che non sussistano ragioni per ritenere che il soggetto che non abbia presentato la domanda di partecipazione alla gara sia legittimato ad impugnare clausole del bando che non siano "escludenti" [52]. In caso di impugnazione delle clausole escludenti, graverà in ogni caso sul ricorrente l'onere di

---

[48] F. SAITTA, *La legittimazione ad impugnare i bandi di gara: considerazioni critiche sugli orientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 527 ss.

[49] La legittimazione ad impugnare, inoltre, spetta anche alle associazioni di categoria nel caso in cui agiscano, oltre che per far valere gli interessi delle associazioni stesse quali enti giuridici, anche a difesa di interessi collettivi della categoria, in vista del raggiungimento dei quali l'associazione medesima si è costituita (ad esempio, ricorso proposto da un collegio di costruttori avverso una clausola di un bando ritenuta lesiva di interessi dell'intera categoria).

[50] La legittimazione ad impugnare l'atto di gara deve essere negata al soggetto che non abbia partecipato, salvo che si impugnino le clausole del bando immediatamente escludenti (T.a.r. Lazio, Roma, sez. III *bis*, 7.7.2021, n. 8000).

[51] Cons. Stato, Ad. plen., n. 4/2011, n. 1/2003 e n. 8/2013.

[52] M. BARBIERI, *Sull'orientamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in tema di ricorsi reciprocamente "escludenti"*, in *Dir. proc. civ.*, 4-5, 2014, 1060.

dimostrare di avere la titolarità della situazione legittimante al ricorso, sin dal momento della presentazione di questo [53].

I summenzionati approdi giurisprudenziali appaiono coerenti con la funzione svolta dalle condizioni dell'azione nei processi di parte, caratterizzati dal principio della domanda e dal suo corollario, rappresentato dal principio dispositivo [54].

È interessante evidenziare che una certa giurisprudenza amministrativa ha enucleato alcune eccezioni a tale principio generale, individuando taluni casi in cui, alla impugnazione immediata delle clausole del bando, debba ritenersi legittimato anche colui che non abbia proposto la domanda di partecipazione [55]. Secondo gli ermellini, la regola generale può essere derogata, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e, cioè, quando:

I) si contesti in radice l'indizione della gara;

II) all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto;

III) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti.

Ci si domanda allora quale situazione giuridico-soggettiva sorga in capo all'operatore economico che non abbia presentato richiesta di partecipazione alla gara.

Per fornire una risposta, appare quantomai opportuno richiamare la nozione di interesse ad agire [56]. *In primis*, si ribadisce che l'interesse ad agire è dato dal rapporto tra la situazione antigiuridica che viene denunciata e il provvedimento che si domanda, per porvi rimedio mediante l'applicazione del diritto, e questo rapporto deve consistere nella utilità del provvedimento, come mezzo per far acquisire, all'interesse leso [57], la protezione accordata dal diritto [58]. L'interesse ad agire, dunque, si fonda sulla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato [59].

---

[53] Cons. Stato, sez. V, 5.7.2021, n. 5097.

[54] Cass., sez. un., 22.4.2013 n. 9685; Cass. civ., sez. III, 3.3.2015, n. 4228, Cass. civ., sez. II, 9.10.2017, n. 23542.

[55] T.a.r. Sicilia, Catania, sez. I, 30.5.2022, n. 1454; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 2.22022, n. 1255; T.a.r. Lazio, sez. II, 1.4.2020, n. 3750 che individuano i casi in cui è possibile per l'operatore economico che non ha partecipato ad una pubblica gara di impugnare l'esito della procedura.

[56] S. PERONGINI, *L'impugnazione nel processo amministrativo*, Milano, 2011.

[57] F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e Teoria*, Torino, 2017; ID. (a cura di), *Gli appalti pubblici: profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2012.

[58] Tra le tante Cass. civ., sez. III, n. 12241/1998.

[59] Con. Stato, sez. IV, n. 20.10.1997, n. 1210; Cons. Stato, sez. V, 23.2.2015, n. 855, ma si veda anche Cass. civ., sez. un., 2.11.2007, n. 23031 secondo cui l'interesse a ricorrere deve essere, non

L'interesse alla base dell'impugnazione di una procedura di affidamento di un contratto pubblico [60], dunque, va rapportato ai possibili esiti satisfattori (ripristinatorio, restitutorio o risarcitorio, oltre la rinnovazione della gara) e può avere carattere finale ogniqualvolta l'interessato aspiri all'aggiudicazione della gara oppure, carattere strumentale, qualora sia finalizzato alla caducazione della gara ed alla sua riedizione [61].

Riconducendo la *quaestio iuris* a sistema, e richiamando il mentovato art. 100 c.p.c., si ritiene che l'operatore economico che non abbia presentato domanda di partecipazione, non possa proporre impugnazione avverso le clausole del bando di gara che non abbiano portata escludente. D'altronde, ammettere l'impugnazione da parte di un operatore che non abbia proposto domanda di partecipazione, significherebbe violare apertamente i requisiti tassativi indicati all'art. 100 c.p.c., che legittima all'impugnazione colui che sia titolare di un interesse diretto, concreto ed attuale. Come si è detto, l'interesse ad agire implica la sussistenza di un rapporto di utilità tra la lesione dell'interesse e la pronuncia giurisdizionale.

Ebbene, l'operatore economico che non abbia concorso all'aggiudicazione della gara non potrebbe ricavare alcuna utilità dalla pronuncia giurisdizionale, atteso che la gara non ha prodotto nei suoi riguardi alcuna lesione diretta ed effettiva, in quanto non concorrente.

Inoltre, la mancata presentazione della domanda di partecipazione comprova la mancanza *ab origine* in capo all'operatore economico di un interesse all'aggiudicazione della gara. Si potrebbe allora tratteggiare l'interesse dell'operatore non concorrente, quale interesse meramente potenziale che, tuttavia, non sarebbe riconducibile all'art. 100 c.p.c., i cui requisiti sono tassativi e tra i quali non vi rientra l'interesse c.d. potenziale. Inoltre, l'impugnazione indiscriminata di qualsiasi clausola del bando rischierebbe di produrre effetti pregiudizievoli che graverebbero sul procedimento, in aperto contrasto con il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo.

---

soltanto personale e diretto, ma anche attuale e concreto – e non ipotetico o virtuale – per fornire una prospettiva di vantaggio).

[60] A. BARONE, *L'affidamento dei contratti pubblici: modalità e principi comuni (artt. 28-34; artt. 44-58 d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016)*, in E. FOLLIERI (a cura di), *Corso sul codice dei contratti pubblici (aggiornato con il D.Lgs. 19 aprile 2017 n. 56)*, in corso di pubblicazione per i tipi della ESI (con R. DAGOSTINO. A. BARONE ha curato i parr. 1-4; R. DAGOSTINO ha curato i parr. 5-8 e 16) *Commento all'art. 54 del D.Lgs. n. 50/2016* (con F. CIMBALI), in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, II ed., Milano, 2017, 544-553.

[61] L'utilità finale che l'operatore economico intende conseguire attraverso il giudizio avverso gli atti della procedura di aggiudicazione è l'affidamento dell'appalto, quale che sia il provvedimento impugnato e, nel caso di atto diverso dall'aggiudicazione, quale che sia l'utilità strumentale immediatamente perseguita (nel caso, ad esempio, dell'impugnazione dell'esclusione è la riammissione alla procedura); passaggio necessario, a tal fine, è comunque l'eliminazione dell'aggiudicazione ad altro concorrente. Cfr. Cons. Stato, sez. III, 18.4.2019, n. 2534; Cons. Stato, 14.7.2014, n. 3656.

Se fosse riconosciuto il diritto ad impugnare in modo indiscriminato, tutte le offerenti che ritenessero di potere prospettare critiche avverso prescrizioni del bando, pur non rivestenti portata escludente, sarebbero incentivate a proporre immediatamente l'impugnazione (nella certezza che non potrebbero proporla successivamente) con conseguenti lungaggini procedimentali e, soltanto laddove non si rendessero aggiudicatarie, a quel punto, coltiverebbero l'interesse strumentale alla riedizione della procedura di gara incentrato sul ricorso già proposto avverso il bando.

Non si ravvisano ragioni, allora, per rivisitare il consolidato principio secondo cui l'operatore economico che non abbia partecipato alla gara non possa impugnare le clausole del bando che non abbiano portata escludente.

9. Il bando di gara nello schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici

Nello schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici [62], la disciplina dei bandi di gara è contenuta nell'art. 83 ss. del Titolo II, Parte V.

In particolare, il legislatore del nuovo Codice non si discosta dalla previsione attuale della norma sui bandi gara (art. 71, d.lgs. n. 50/2026) per quanto concerne il contenuto e le modalità di redazione. L'unica differenza concerne l'espressa previsione dell'inserimento, nei bandi o negli avvisi, del Codice Identificativo della Gara acquisito attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

Una novità di rilievo è sancita dall'art. 83, secondo comma, che stabilisce "*che i bandi di gara indicano altresì la durata del procedimento di gara, nel rispetto dei termini massimi di cui all'articolo 17, comma 3, e i criteri ambientali minimi di cui all'articolo 57, comma*".

Dunque, l'obiettivo del nuovo codice è di rendere conoscibili i tempi della fase di affidamento.

La concreta utilità della individuazione dei termini consiste non solo nella determinazione di una certezza temporale nella chiusura dei procedimenti di gara, ma anche nell'evidenziazione delle responsabilità risarcitorie a carico della P.A. ritardataria e dei funzionari che cagionino uno sforamento dei tempi non giustificato [63].

---

[62] Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1, l. 21.6. 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici" del 7.12. 2022, Roma.

[63] L'art. 17, terzo comma, dello schema definitivo del Codice stabilisce che "*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti concludono le procedure di selezione nei termini indicati nell'allegato I.3.*

Infine, importante è il chiarimento dell'Allegato I.3 (rubricato termini delle procedure di appalto) ai sensi del quale "*i termini decorrono dalla pubblicazione del bando di gara o dall'invio degli inviti a offrire, fino all'aggiudicazione alla miglior offerta*". Viene chiarito, infatti che le procedure di gara non decorrono dall'adozione della determina/delibera a contrattare, che ha solo valore interno, bensì dalla pubblicazione o invio dei documenti di gara (bando o lettera d'invito).

In altri termini, viene precisato che il bando di gara e non il provvedimento a contrarre è l'atto **amministrativo di natura generale a rilevanza esterna**, con il quale la stazione appaltante rende conoscibile la propria determinazione di addivenire alla conclusione del contratto.

Il superamento dei termini costituisce silenzio inadempimento e rileva anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso".

Capitolo Quattordicesimo

La pubblicità dei bandi di gara

CARMENCITA GUACCI

SOMMARIO: 1. Osservazioni generali. – 2. Modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi relativi agli appalti aggiudicati a livello europeo. Confronto con la precedente disciplina. – 3. La pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara a livello nazionale. – 4. La disciplina transitoria della pubblicità dei bandi e degli avvisi di gara. – 5. Le regole per la pubblicazione dei bandi. – 6. Avvisi di post-informazione. – 7. Fasi della pubblicazione. – 8. Modalità di pubblicazione degli avvisi post-informazione. – 9. Avvisi di pre-informazione. – 10. La pubblicità dei bandi nello schema del nuovo Codice degli appalti pubblici.

1. Osservazioni generali

Le norme sulla pubblicità dei bandi di gara sono dirette ad assicurare l'applicazione di alcuni principi cardine del sistema degli appalti pubblici ovvero quelli di pubblicità, di trasparenza dell'azione amministrativa, del corretto svolgimento delle operazioni di gara nel rispetto della *par condicio* fra i concorrenti, della tutela della concorrenza e della massima efficacia delle procedure.

Rispetto alle disposizioni previgenti, il nuovo Codice degli appalti amplia ancora gli obblighi di pubblicità a carico delle Stazioni appaltanti, nella prospettiva specifica della trasparenza. Sin dall'art. 29, infatti, si prevede che tutti gli atti relativi: a) alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture; b) alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, dovranno essere pubblicati ed aggiornati sul profilo del committente della stazione appaltante, all'interno della sezione "*Amministrazione trasparente*", con l'applicazione delle disposizioni di cui al d.lgs. 14.3.2013, n. 33. In generale, la pubblicità qualifica l'intero procedimento di valutazione comparativa concorrenziale, e caratterizza in primo luogo la fase preliminare all'indizione della gara.

Un rilievo prevalente deve essere riconosciuto alla pubblicazione del bando di gara, che costituisce adempimento essenziale per la realizzazione del mercato comunitario [1].

Le norme sulla pubblicità dei bandi sono inderogabili e la loro violazione comporta l'invalidità dell'intera procedura. In specie, la pubblicazione del bando ha come finalità precipua quella di garantire ai soggetti interessati, in possesso di idonei requisiti, la partecipazione alle procedure di selezione, realizzando, da un lato, l'interesse degli operatori stessi alla *par condicio* e, dall'altro, l'interesse pubblico alla massimizzazione delle domande presentate.

La disciplina sulla pubblicità riguarda anche il successivo svolgimento della gara, nel senso che pubbliche sono le sedute di gara nel corso delle quali si aprono le buste contenenti la documentazione amministrativa, le offerte economiche e le offerte tecniche [2]. Nel precedente regime, la disciplina della pubblicità era contenuta nel solo art. 66 del vecchio Codice, composto da 16 commi. Tale articolo dettava le modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi sia a livello comunitario, che a livello nazionale.

Con l'entrata in vigore del nuovo Codice, il legislatore ha previsto due distinte norme in materia di pubblicità dei bandi di gara, vale a dire l'art. 72 e l'art. 73. In particolare, l'art. 72 disciplina le modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi a livello comunitario. La pubblicità comunitaria ha la finalità di garantire la *par condicio* fra le imprese italiane e quelle degli altri Paesi membri della Comunità europea, e di consentire a queste ultime di partecipare alle gare indette dalle amministrazioni italiane, quanto più possibile alle stesse condizioni delle imprese nazionali.

Di conseguenza, la pubblicità del bando con cui è indetta una procedura di scelta del contraente a livello comunitario è obbligatoria e deve precedere qualsiasi forma di pubblicità in Italia.

Il nuovo Codice, come del resto la precedente disciplina, prevede un sistema di pubblicità preventiva dei bandi e degli avvisi (art. 72), e un sistema di pubblicità successiva all'espletamento della procedura di gara (art. 98 del Codice). Per quanto riguarda la pubblicità preventiva, il Codice disciplina le modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi allorquando la pubblica amministrazione manifesta la propria volontà di concludere un contratto.

---

[1] L. FOGLI, *Gare pubbliche: il principio di pubblicità delle sedute al tempo dell'intelligenza artificiale*, in *Azienditalia*, 8-9, 2022, 1373; D. GALLI, *I contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm*., 6, 2020, 727; F. MANGANARO, R. PARISI, *I contratti pubblici sottosoglia alla luce delle Linee guida n. 4 dell'ANAC*, in *Urb. e app*., 5, 2018, 589.

[2] Sulla rilevanza della pubblicità nelle sedute di gara si rinvia al contributo della Redazione di Walster Kluwer, *Appalti*: *la mancata pubblicità delle sedute di gara vizia la procedura*, in *Quotidiano giuridico*, 3.10.2018.

La pubblicazione dei bandi, infatti, è diretta a garantire la più ampia partecipazione e a creare una reale concorrenza tra le ditte partecipanti [3].

Allo stesso tempo, i bandi e gli avvisi devono essere sottoposti alle forme di pubblicità individuate dal legislatore al fine di consentire alla Stazione appaltante di scegliere il miglior contraente al quale affidare il servizio o i lavori, o dal quale acquisire i beni necessari all'espletamento della sua attività.

La pubblicazione preventiva dei bandi è attuata in forma cartacea, elettronica o telematica, secondo le indicazioni fornite dalla disciplina vigente.

La pubblicità successiva, che ha ad oggetto gli avvisi sui risultati della procedura di appalto, invece, ha la finalità di consentire un controllo posteriore sullo svolgimento della gara pubblica, e di permettere alle imprese non aggiudicatarie di valutare la legittimità degli atti della procedura dell'evidenza pubblica, per tutelare, eventualmente, le proprie ragioni mediante la proposizione di ricorsi davanti al giudice amministrativo, nel caso in cui la scelta del contraente non sia avvenuta correttamente.

I predetti avvisi sono pubblicati secondo le modalità di pubblicazione di cui all'art. 72 [4], conforme all'allegato XIV, Parte I, lett. D relativo ai risultati della pro-

---

[3] L'obbligo di pubblicazione rileva anche in ossequio al principio di trasparenza. Sul punto vedasi E. D'ALTERIO, *La prevenzione della corruzione sotto la lente dei giudici amministrativi*, in *Quotidiano giuridico*, 26.2.2016.

[4] "*[1] Gli avvisi e i bandi di cui agli articoli 70, 71 e 98, contenenti le informazioni indicate nell'allegato XIV, nel formato di modelli di formulari, compresi i modelli di formulari per le rettifiche, sono redatti e trasmessi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea per via elettronica e pubblicati conformemente all'allegato V.*

[2] Gli avvisi e i bandi di cui al comma 1 sono pubblicati entro cinque giorni dalla loro trasmissione, salve le disposizioni sulla loro pubblicazione da parte dell'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea.

[3] Gli avvisi e i bandi sono pubblicati per esteso in una o più delle lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione scelte dalle stazioni appaltanti; il testo pubblicato in tali lingue è l'unico facente fede. Le stazioni appaltanti italiane scelgono la lingua italiana, fatte salve le norme vigenti nella Provincia autonoma di Bolzano in materia di bilinguismo. Una sintesi degli elementi importanti di ciascun avviso o bando, indicati dalle stazioni appaltanti nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione, è pubblicata nelle altre lingue ufficiali.

[4] L'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea garantisce che il testo integrale e la sintesi degli avvisi di preinformazione di cui all'articolo 70, commi 2 e 3, e degli avvisi di indizione di gara che istituiscono un sistema dinamico di acquisizione, di cui all'articolo 55, comma 6, lettera a) continuino ad essere pubblicati:

a) nel caso di avvisi di preinformazione, per dodici mesi o fino al ricevimento di un avviso di aggiudicazione di cui all'articolo 98 che indichi che nei dodici mesi coperti dall'avviso di indizione di gara non sarà aggiudicato nessun altro appalto. Tuttavia, nel caso di appalti pubblici per servizi sociali e altri servizi specifici, l'avviso di preinformazione di cui all'articolo 142, comma 1, lettera b), continua a essere pubblicato fino alla scadenza del periodo di validità indicato inizialmente o fino alla ricezione di un avviso di aggiudicazione come previsto dall'articolo 98, indicante che non saranno aggiudicati ulteriori appalti nel periodo coperto dall'indizione di gara;

b) nel caso di avvisi di indizione di gara che istituiscono un sistema dinamico di acquisizione, per il periodo di validità del sistema dinamico di acquisizione.

cedura di aggiudicazione, entro trenta giorni dalla conclusione del contratto o dalla conclusione dell'accordo quadro.

Analogamente al sistema di pubblicità preventiva dei bandi e degli avvisi di cui all'art. 72, gli avvisi relativi agli appalti aggiudicati, di cui all'art. 98 del Codice, devono contenere le informazioni indicate nell'allegato XIV, Parte I, lett. D del Codice e vengono trasmessi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea per via elettronica e pubblicati conformemente all'allegato V del Codice. In buona sostanza, la pubblicità successiva ha ad oggetto le notizie sulla conclusione della procedura di affidamento di un contratto pubblico.

La diffusione delle predette notizie si prefigge, altresì, l'obiettivo di attuare i principi di efficacia, correttezza, di trasparenza, imparzialità e buon andamento dell'agire amministrativo fissati dall'art. 97 Cost., che impongono la massima divulgazione degli avvisi e dei bandi di gara per consentire la più ampia partecipazione dei soggetti interessati, unico strumento per l'individuazione del miglior contraente possibile.

2. Modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi relativi agli appalti aggiudicati a livello europeo. Confronto con la precedente disciplina

La pubblicità in ambito comunitario, ai sensi dell'art. 72 del Codice, viene curata dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea che riceve i documenti di gara (bandi e avvisi) dalla stazione appaltante e li pubblica.

L'art. 71 prevede che i bandi di gara sono pubblicati conformemente all'art. 72. In particolare, tale articolo, dispone che gli avvisi di pre-informazione, gli avvisi relativi agli appalti aggiudicati e i bandi nel formato di modelli di formulari, vadano trasmessi per via elettronica all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, con l'indicazione delle informazioni indicate nell'allegato XIV, del Codice, e debbano poi essere pubblicati in modo conforme all'allegato V.

Il formato e le modalità stabilite dalla Commissione per la trasmissione degli avvisi e dei bandi per via elettronica sono accessibili all'indirizzo *http://simap.europa.int*. Inoltre, le Stazioni appaltanti, possono divulgare tali informazioni

---

[5] La conferma della ricezione dell'avviso e della pubblicazione dell'informazione trasmessa, con menzione della data della pubblicazione rilasciata alla stazione appaltante dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea vale come prova della pubblicazione.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono pubblicare avvisi relativi ad appalti pubblici che non sono soggetti all'obbligo di pubblicazione previsto dal presente codice, a condizione che essi siano trasmessi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea per via elettronica secondo il modello e le modalità di trasmissione precisate al comma 1".

tramite internet, pubblicandole nel loro profilo di committente (allegato V, punto 1, secondo comma). L'Ufficio delle pubblicazioni, salvo sue diverse determinazioni, è tenuto a pubblicare i predetti atti nel termine di cinque giorni dalla loro trasmissione e a rilasciare alla stazione appaltante una ricevuta con l'indicazione della data della pubblicazione.

La conferma della ricezione dell'avviso e della pubblicazione dell'informazione trasmessa, con menzione della data della pubblicazione rilasciata alla stazione appaltante dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, vale come prova della pubblicazione. La trasmissione all'Ufficio dell'Unione europea costituisce un elemento di novità rispetto al passato.

L'art. 66 del d.lgs. n. 163/2016, infatti, prevedeva che i bandi e gli avvisi venissero trasmessi alla Commissione dell'Unione europea e che la pubblicazione fosse effettuata con spese a carico della Comunità europea. Anche nella precedente disciplina i bandi e gli avvisi erano redatti e trasmessi per via elettronica per poi essere pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità europea entro il termine di cinque giorni dalla loro trasmissione (art. 66, terzo comma).

Un termine più lungo, di dodici giorni, invece, era previsto per gli avvisi e i bandi non trasmessi per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione precisate nell'allegato X del d.lgs. n. 163/2006.

Sempre nel termine di cinque giorni dalla loro trasmissione dovevano essere pubblicati, altresì, i bandi relativi alle procedure ristrette e alle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, quando vi erano motivi di urgenza (art. 66, quarto comma).

Dunque, la fase dell'invio dei bandi nel d.lgs. n. 163/2006 si caratterizzava per il fatto che, a seconda di come avveniva la trasmissione dei documenti, il termine di pubblicazione da parte dell'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea era diverso. Infatti, se le stazioni appaltanti inviavano il bando o l'avviso secondo il formato e le modalità di trasmissione elettroniche, l'Ufficio delle pubblicazioni provvedeva a pubblicarli entro il termine di cinque giorni dalla trasmissione (art. 66, terzo comma).

Se invece il bando o l'avviso era trasmesso con modalità non elettroniche, il bando veniva pubblicato entro dodici giorni dall'invio. La modalità di trasmissione per via non elettronica addirittura incideva sul contenuto degli avvisi e dei bandi. Infatti, se la stazione appaltante non provvedeva a trasmettere i bandi per via elettronica, secondo il formato e le modalità di trasmissione precisate nell'allegato X, punto 3, il contenuto non poteva superare un massimo di 650 parole (art. 66, dodicesimo comma).

Nel nuovo Codice scompare la modalità di trasmissione non elettronica dei bandi da parte delle stazioni appaltanti; viene disciplinata solo la trasmissione in via elettronica perché chiaramente riduce i tempi di pubblicazione. Gli avvisi e i bandi, a differenza di quanto previsto nell'art. 66, quinto comma, sono pubblicati

per esteso – non più in una sola delle lingue ufficiali della Comunità – in una o più delle lingue ufficiali delle Istituzioni dell'Unione scelte dalle stazioni appaltanti. Il testo pubblicato in tali lingue è l'unico facente fede.

Le stazioni appaltanti italiane scelgono la lingua italiana, fatte salve le norme vigenti nella Provincia autonoma di Bolzano in materia di bilinguismo. Una sintesi degli elementi importanti di ciascun avviso o bando, indicati dalle stazioni appaltanti nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione, è pubblicata nelle altre lingue ufficiali sempre a carico dell'Ufficio delle pubblicazioni, dell'Unione europea, che ne garantisce la pubblicazione per determinati periodi. La stessa modalità di pubblicazione è prevista per gli avvisi relativi agli appalti aggiudicati.

Invero, le stazioni appaltanti che hanno aggiudicato un contratto pubblico o concluso un accordo quadro, inviano un avviso secondo le modalità di pubblicazione di cui all'art. 72, conforme all'allegato XIV, Parte I, lett. D, relativo ai risultati della procedura di aggiudicazione, entro trenta giorni dalla conclusione del contratto o dalla conclusione dell'accordo quadro. Se la gara è stata indetta mediante un avviso di pre-informazione e se l'amministrazione aggiudicatrice ha deciso che non aggiudicherà ulteriori appalti nel periodo coperto dall'avviso di pre-informazione, l'avviso di aggiudicazione conterrà un'indicazione specifica al riguardo.

L'art. 72, sesto comma, del Codice, al pari della previgente disposizione, prevede la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di pubblicare avvisi relativi ad appalti pubblici, che non sono soggetti all'obbligo di pubblicazione così come disciplinato dal Codice. Ciò è possibile a condizione che essi siano trasmessi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea per via elettronica, secondo il modello e le modalità di trasmissione indicate nell'allegato V del Codice.

La stessa disciplina si applica ai bandi e agli avvisi relativi agli appalti aggiudicati. La disposizione è simile a quella che era contenuta nell'ultimo comma del precedente art. 66, con l'unica differenza che quest'ultimo prevedeva anche forme aggiuntive e ulteriori di pubblicità dei bandi e degli avvisi di gara, diverse da quelle indicate nel corpo dello stesso articolo [5].

Dunque, il legislatore, accanto alle forme di pubblicità obbligatorie, consente anche forme di pubblicità alternativa, che non comportano costi per le stazioni appaltanti e che trovano la loro *ratio* nel rispetto dei principi di trasparenza e di non discriminazione [6].

---

[5] P. PATRITO, *Il Nuovo codice dei contratti pubblici e il primo decreto correttivo (in corso di approvazione): primi spunti di riflessione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2017, 0335B.

[6] Sussiste una deroga in caso di procedura negoziata, che può aversi anche senza pubblicazione del bando di gara. Sul punto si rinvia a M. PANATO, *Si alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara*, in *Quotidiano giuridico*, 3.3.2022, nota a T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, sent. 25.1.2022, n. 483 (ud. 10.1.2022). In giurisprudenza si rinvia alla pronuncia del Consiglio di Stato Cons. Stato, sez. VI, 23.7.2020, n. 4715.

3. La pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara a livello nazionale

La pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara a livello nazionale è disciplinata dall'art. 73 del d.lgs. 18.4.2016, n. 50[7].

Gli avvisi e i bandi di gara sono pubblicati in Italia solo dopo la pubblicazione in ambito comunitario. Tuttavia, le amministrazioni aggiudicatrici possono pubblicare i bandi e gli avvisi a livello nazionale, ovvero procedendo alla pubblicazione sul loro sito informatico (profilo di committente), anche prima che abbiano ricevuto la notifica dell'avvenuta pubblicazione a livello comunitario, purché siano trascorse quarantotto ore dalla conferma della ricezione dell'avviso e della pubblicazione dell'informazione trasmessa, rilasciata dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea.

Per quanto riguarda il contenuto, gli avvisi e i bandi pubblicati a livello nazionale non contengono informazioni diverse da quelle indicate negli avvisi o bandi

---

[7] "*[1] Gli avvisi e i bandi di cui agli articoli 70, 71 e 98 non sono pubblicati in ambito nazionale prima della pubblicazione a norma dell'articolo 72. Tuttavia, la pubblicazione può comunque avere luogo a livello nazionale qualora la stessa non sia stata notificata alle amministrazioni aggiudicatrici entro quarantotto ore dalla conferma della ricezione dell'avviso conformemente all'articolo 72.*

[2] Gli avvisi e i bandi pubblicati a livello nazionale non contengono informazioni diverse da quelle contenute negli avvisi o bandi trasmessi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea o pubblicate sul profilo di committente, ma menzionano la data della trasmissione dell'avviso o bando all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea o della pubblicazione sul profilo di committente.

[3] Gli avvisi di preinformazione non sono pubblicati sul profilo di committente prima della trasmissione all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea dell'avviso che ne annuncia la pubblicazione sotto tale forma. Gli avvisi indicano la data di tale trasmissione.

[4] Fermo restando quanto previsto all'articolo 72, gli avvisi e i bandi sono, altresì, pubblicati senza oneri sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC, in cooperazione applicativa con i sistemi informatizzati delle regioni e le piattaforme regionali di e-procurement. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con l'ANAC, da adottarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice, sono definiti gli indirizzi generali di pubblicazione al fine di garantire la certezza della data di pubblicazione e adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità, anche con l'utilizzo della stampa quotidiana maggiormente diffusa nell'area interessata. Il predetto decreto individua la data fino alla quale gli avvisi e i bandi devono anche essere pubblicati nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici, entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell'Ufficio inserzioni dell'Istituto poligrafico e zecca dello Stato. La pubblicazione di informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive rispetto a quelle indicate nel presente codice, avviene esclusivamente in via telematica e non comporta oneri finanziari a carico delle stazioni appaltanti. Fino alla data indicata nel decreto di cui al presente comma, si applica l'articolo 216, comma 11.

[5] Gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla data di pubblicazione sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC".

trasmessi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea o pubblicate sul profilo di committente, ma devono indicare la data della trasmissione dell'avviso o del bando all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea o della pubblicazione sul profilo di committente.

Per quanto concerne gli avvisi di pre-informazione, essi non sono pubblicati sul profilo di committente prima della trasmissione all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea dell'avviso che ne annuncia la pubblicazione sotto tale forma. Gli avvisi indicano la data di tale trasmissione. Gli avvisi e i bandi sono, altresì, pubblicati, senza oneri, sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC [8], in cooperazione applicativa con i sistemi informatizzati delle regioni e le piattaforme regionali di *e-procurement*.

Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con l'ANAC, sono stati definiti gli indirizzi generali di pubblicazione al fine di garantire la certezza della data di pubblicazione e adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità, anche con l'utilizzo della stampa quotidiana maggiormente diffusa nell'area interessata.

Il suindicato decreto individua la data fino a cui gli avvisi e i bandi devono anche essere pubblicati nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici, entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell'Ufficio inserzioni dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato. Secondo tale norma, fino alla data indicata nel decreto del MIT (Ministro delle infrastrutture e dei trasporti), gli avvisi e i bandi devono anche essere pubblicati nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, IV serie speciale relativa ai contratti.

Fino alla medesima data, le spese per la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale degli avvisi e dei bandi di gara sono rimborsate alla stazione appaltante dall'aggiudicatario entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione, e gli effetti giuridici, di cui al quinto comma del citato art. 73, continuano a decorrere dalla pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale*.

Inoltre, fino al 31.12.2016, si applica altresì il regime di cui all'art. 66, settimo comma, d.lgs. 12.4.2006, n. 163, nel testo applicabile fino alla predetta data, ai sensi dell'art. 26 del d.l. 24.4.2014, n. 66, come modificato dall'art. 7, settimo comma del d.l. 30.12.2015, n. 210 convertito, con modificazioni, dalla l. 25.2.2016, n. 21. Dunque, fino alla data che verrà indicati dal decreto del MIT di

[8] La pubblicazione rilevante ai fini della produzione degli effetti giuridici in ambito nazionale degli avvisi o dei bandi, anche per ciò che attiene alla individuazione della disciplina concretamente applicabile, è quella ivi prevista sulla piattaforma digitale presso l'ANAC. Cfr. T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. III, 26.5.2020, n. 1091; Cons. Stato, sez. III, 30.4.2019, n. 2787; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. III, sent. 30.9.2016, n. 1514.

cui all'art. 73, quarto comma, gli avvisi e i bandi devono anche essere pubblicati nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana, quarta serie speciale relativa ai contratti.

Gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale continueranno a decorrere dalla data di pubblicazione nella GURI; pertanto, il riferimento temporale da tenere in considerazione è quello dell'avvenuta pubblicazione del bando nella GURI.

Tuttavia, il legislatore, pur avendo reinserito l'obbligo della pubblicità cartacea, attribuisce una rilevanza principale alla pubblicazione telematica nell'ottica del recepimento di quanto dettato nelle direttive comunitarie. La pubblicità cartacea, infatti, viene prevista come una forma di pubblicità aggiuntiva da eseguire ulteriormente per garantire una adeguata conoscibilità da parte degli operatori economici [9]. La novità riguarda la decorrenza degli effetti giuridici della pubblicazione a livello nazionale introdotta dall'art. 73 del d.lgs. n. 50/2016.

A differenza della previgente disciplina (art. 66, ottavo comma), gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla data di pubblicazione sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC e non più dalla data di pubblicazione nella GURI.

Infine, il quarto comma, dell'art. 73 del d.lgs. n. 50/2016, alla stessa stregua del previgente quindicesimo comma dell'art. 66, del d.lgs. n. 163/2006, prevede la possibilità che vengano poste in essere forme aggiuntive e ulteriori di pubblicità dei bandi e degli avvisi di gara, forme però che sono irrilevanti sia per quanto riguarda la decorrenza del termine di presentazione delle offerte, sia per la decorrenza del termine processuale per l'impugnazione.

Nella nuova normativa, però, viene specificato che la pubblicazione di informazioni ulteriori e aggiuntive avviene esclusivamente in via telematica e non comporta oneri finanziari a carico delle stazioni appaltanti.

4. La disciplina transitoria della pubblicità dei bandi e degli avvisi di gara

L'art. 216, undicesimo comma, d.lgs. 18.4.2016, n. 50, rubricato "*Entrata in vigore, disposizioni transitorie e di coordinamento*", detta una disciplina transitoria della pubblicazione dei bandi gara in ambito nazionale e in ambito comunitario. In particolare, l'accennata norma, all'undicesimo comma, stabilisce che fino

[9] M. Macchia, *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessori,* in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 1, 2018, 153.

alla data che sarà indicata nel decreto del MIT sul riordino delle modalità di pubblicazione dei bandi, gli avvisi e i bandi di rilievo nazionale devono anche essere pubblicati nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti.

Fino alla medesima data, le spese per la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale degli avvisi e dei bandi di gara sono rimborsate alla stazione appaltante dall'aggiudicatario entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione, e gli effetti giuridici continuano a decorrere dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. Per quanto riguarda, invece, le modalità di pubblicazione dei bandi, a livello comunitario viene garantita l'effettività della previsione introdotta dall'art. 7, settimo comma, d.l. 30.12.2015, n. 210 (c.d. milleproroghe per il 2016), che prevede la persistenza dell'obbligo della pubblicità cartacea fino al 31.12.2016; in particolare, la norma di cui all'art. 216, undicesimo comma, secondo periodo, del d.lgs. n. 50/2016, garantisce la vigenza, fino al 31.12.2016, della previsione normativa di cui all'art. 66, settimo comma, del d.lgs. n. 163/2006, che stabilisce l'obbligo di pubblicazione dei bandi di rilievo comunitario "*sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e per estratto su almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno due a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i contratti*".

Quindi le modalità di pubblicazione cartacea dei bandi e degli avvisi comunitari dovranno essere adempiute fino al 31.12.2016 per poi essere completamente sostituite da una forma di pubblicità esclusivamente telematica (si rinvia al commento dell'art. 72 del Codice).

Diversa invece è la situazione della pubblicazione dei bandi a livello nazionale. Dalla lettura dell'art. 216, undicesimo comma, del d.lgs. n. 50/2016, sembra che il legislatore – nel dettare una disciplina transitoria della pubblicità dei predetti bandi sulla GURI, e non più sulla stampa quotidiana maggiormente diffusa fino alla data indicata nel decreto del MIT – abbia voluto, analogamente a quanto disposto per la pubblicazione a livello comunitario, eliminare la forma di pubblicità cartacea. In altri termini, la pubblicità cartacea sarebbe dovuta rimanere per un certo periodo, per poi cedere il passo alla oramai innovativa e meno dispendiosa forma di pubblicità *on line* [10].

Del resto, l'intento di sostituire la pubblicità cartacea con quella telematica era stato già manifestato precedentemente all'emanazione del nuovo Codice nell'art. 32 della l. 18.6.2009, n. 69, e in parte, nell'art. 66, settimo comma, del d.lgs. n. 163/2016, modificato dall'art. 26, primo comma, del d.l. n. 66/2014, convertito in l. n. 89/2014, con il quale il legislatore aveva eliminato l'obbligo di pubblicazione dei bandi, quanto meno sui quotidiani, fermo restando l'obbligo di pubblicazione sulla GURI.

---

[10] E. MORLINO, *Fuga dalla responsabilità: gli appalti delle istituzioni europee tra regole e prassi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2018, 161.

Pertanto, si sperava che il nuovo Codice, pur continuando a prevedere un periodo di ultravigenza transitorio della pubblicità dei bandi sulla GURI e sui quotidiani, avesse risolto, una volta per tutte, il problema del rapporto tra l'obbligo di pubblicazione cartaceo, vale a dire l'obbligo di pubblicazione sulla GURI e sui quotidiani, e l'obbligo della pubblicità telematica stabilito dall'art. 32, primo comma, della l. n. 69/2009, che aveva inutilmente stabilito il primato della pubblicità telematica su quella cartacea ai fini della produzione degli effetti legali. Invece così non è stato.

Tuttavia, l'art. 216, undicesimo comma, nel rinviare all'art. 73, quarto comma, del d.lgs. n. 50/2016, non solo conferma la modalità della pubblicazione dei documenti di gara sulla GURI, ma addirittura reinserisce la pubblicazione sui quotidiani, qualificandola come un ulteriore forma di pubblicità rispetto a quella classica, "*al fine di garantire la certezza della data di pubblicazione e adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità*".

5. Le regole per la pubblicazione dei bandi

Il decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 2/12/2016, recante "*Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli articoli 70, 71 e 98 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*", ha fissato le regole per la pubblicazione dei bandi. Il decreto è adottato "*al fine di garantire la certezza della data di pubblicazione e adeguati livelli di trasparenza* [11] *e di conoscibilità, anche con l'utilizzo della stampa quotidiana maggiormente diffusa nell'area interessata*", come previsto dall'art. 73, quarto comma, del d.lgs. n. 50/2016. Si ribadisce l'obbligo di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara sulla nuova piattaforma telematica istituita dall'ANAC, oltre che sul profilo del committente. Nell'attesa che la piattaforma diventi operativa, la pubblicazione deve essere effettuata, con le stesse modalità, nella *Gazzetta Ufficiale*. Restano fuori dalla suddetta previsione i lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro, la cui pubblicazione va effettuata nell'albo pretorio del comune dove si eseguono i lavori. Si rileva che permane l'obbligo di pubblicazione di un estratto dei bandi e degli avvisi sui quotidiani, con una differenziazione per importo dell'appalto. Difatti:

1. gli avvisi ed i bandi relativi ad appalti pubblici di lavori o di concessioni di importo compreso tra euro 500.000 e l'importo di cui alla soglia di cui all'art. 35,

[11] P. COSMAI, *La Guida operativa Itaca semplifica gli adempimenti per la trasparenza degli appalti dettata da MIT e ANAC*, in *Azienditalia*, 4, 2017, 426.

primo comma, lett. a) del Codice, devono essere pubblicati per estratto su almeno uno dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno uno a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i contratti;

2. gli avvisi ed i bandi relativi ad appalti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo superiore alle soglie di cui all'art. 35, primo e secondo comma del Codice, devono essere pubblicati per estratto su almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno due a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i contratti.

Come già detto sopra, per quanto riguarda gli avvisi e i bandi di gara relativi agli appalti di lavori di importo inferiore a euro 500.000 e di servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35, primo comma, lett. b), c) e d), e secondo comma, lett. b), l'art. 5, terzo comma, del predetto decreto stabilisce che con successivo decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentite l'ANAC e la Conferenza unificata saranno definite le relative modalità di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara. Fino a tale data continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'art. 36, nono comma del Codice.

In altri termini, le stazioni appaltanti continueranno a pubblicare gli avvisi e i bandi per i contratti relativi a lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro nell'albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori (art. 36, nono comma, d.lgs. n. 50/2006). Gli effetti giuridici in ambito nazionale decorrono dalla data di pubblicazione sulla piattaforma informatica dell'ANAC (art. 73, quinto comma, d.lgs. n. 50/2016) e, nella fase transitoria, dalla data di pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana, mentre per gli appalti di lavori di importo inferiore ai 500.000 euro, dalla data di pubblicazione nell'albo pretorio – di fatto l'efficacia giuridica è legata alle date di pubblicazione degli avvisi e bandi di gara nelle forme di pubblicità obbligatoria (art. 2, sesto comma e art. 5 del d.m. 2.12.2016).

Le spese di pubblicazione, anche con il decreto del MIT vengono inizialmente sostenute dalla Stazione Appaltante e poi rimborsate dall'aggiudicatario entro 60 giorni dall'aggiudicazione. La scelta del legislatore di far ricadere la spesa della pubblicazione a carico di che bandisce la gara non è esente da critiche: "*non si comprende il motivo – soltanto in Italia – per cui questa spesa, che deve essere a carico di chi bandisce la gara, come ogni altro onere di preparazione della gara, deve poi essere rimborsata dall'aggiudicatario. Accade spesso, specialmente per i bandi più piccoli, che l'onere del rimborso è pari all'utile di impresa di chi ha vinto la gara*".

Tuttavia, la nuova disciplina prevista nel decreto del MIT non solo conferma l'obbligo di pubblicazione sui quotidiani, ma addirittura viene ampliato rispetto al regime previgente e ricollegato alla proclamata finalità "*di garantire adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità delle procedure di gara e di favorire la concorrenza attraverso la più ampia partecipazione delle imprese interessate, anche nelle realtà territoriali locali*".

Tale previsione sembra porre in secondo piano la pubblicità telematica che, invece, è di gran lunga superiore, in termini di accessibilità e visibilità, rispetto a quella cartacea (ove il bando o avviso è, tra l'altro, pubblicato solo per estratto). Inoltre, il decreto del MIT sembra disattendere il contenuto della Comunicazione interpretativa della Commissione Europea C-179/2006 e la precedente normativa nazionale in merito alla completa eliminazione degli obblighi di pubblicità cartacea.

L'Unione Europea ha da tempo affermato che "*L'ampia disponibilità e la facilità di utilizzazione di Internet rendono gli avvisi pubblicitari di appalti pubblicati sui siti molto più accessibili, in particolare per le imprese di altri Stati membri e le PMI interessate ad appalti di importo limitato*". Internet offre un'ampia gamma di possibilità per la pubblicità degli appalti pubblici: gli avvisi pubblicitari sul sito Internet dell'amministrazione aggiudicatrice sono flessibili ed efficaci sotto il profilo dei costi. I portali Internet creati specificamente per gli avvisi pubblicitari di appalti hanno una visibilità più elevata e possono offrire maggiori opzioni di ricerca.

L'art. 32 della l. n. 69/2009 (legge sviluppo e semplificazione) aveva a suo tempo stabilito: "*1. A far data dal 1° gennaio 2010, gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale si intendono assolti con la pubblicazione nei propri siti informatici da parte delle amministrazioni e degli enti pubblici obbligati* (…)*. 2. Dalla stessa data del 1° gennaio 2010, al fine di promuovere il progressivo superamento della pubblicazione in forma cartacea, le amministrazioni e gli enti pubblici tenuti a pubblicare sulla stampa quotidiana atti e provvedimenti concernenti procedure ad evidenza pubblica o i propri bilanci, oltre all'adempimento di tale obbligo con le stesse modalità previste dalla legislazione vigente alla data di entrata in vigore della presente legge, ivi compreso il richiamo all'indirizzo elettronico, provvedono altresì alla pubblicazione nei siti informatici, secondo modalità stabilite con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione*".

Infine, la legge delega n. 11/2016 aveva contemplato, all'art. 1, lett. s), tra i criteri direttivi, la "*revisione della disciplina in materia di pubblicità degli avvisi e dei bandi di gara, in modo da fare ricorso a strumenti di pubblicità di tipo informatico; definizione di indirizzi generali da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con l'ANAC, al fine di garantire adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità prevedendo, in ogni caso, la pubblicazione su un'unica piattaforma digitale presso l'ANAC di tutti i bandi di gara*".

6. Avvisi di post-informazione

Anche gli avvisi di avvenuta aggiudicazione delle opere pubbliche seguono regole di pubblicazione graduate per importi. Per i lavori sopra la soglia UE bisognerà dare l'informazione oltre che sulla piattaforma ANAC anche sulla *Gazzetta Italiana*, dopo la pubblicazione in *Gazzetta Europea*, e (dopo 12 giorni o 5 in caso di appalti urgenti) su almeno due quotidiani nazionali e due locali. Per i lavori tra 500 mila e 5,22 milioni scatta l'obbligo di pubblicazione sulla piattaforma ANAC e resta l'obbligo di pubblicazione sulla Guri, entro 30 giorni dalla data di aggiudicazione. Entro 5 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta, l'avviso deve essere pubblicato anche su almeno un quotidiano nazionale e uno locale. Sotto i 500 mila euro l'esito deve essere pubblicato solo sull'albo pretorio del comune interessato dai lavori, sempre entro 30 giorni dall'aggiudicazione.

7. Fasi della pubblicazione

1. Pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* della Comunità Europea

Gli avvisi e i bandi sono pubblicati entro 5 giorni dalla loro trasmissione in conformità con le disposizioni sulla pubblicazione emanate dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione Europea, quindi in relazione alle soglie di cui all'art. 35 del Codice degli appalti sulla *Gazzetta Ufficiale* della Comunità europee con la relativa tempistica (5 giorni) o sulla *Gazzetta ufficiale* della Repubblica italiana con la relativa tempistica (6 giorni).

2. Pubblicazione sulla piattaforma ANAC

Successivamente, tutti gli avvisi e i bandi sono pubblicati sulla piattaforma *online* ANAC entro il 6 giorno dal ricevimento da parte dell'ANAC (per via telematica) della documentazione e (sempre entro il 6 giorno dalla data di ricevimento) nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana sono, inoltre, pubblicati, dopo due giorni successivi alla pubblicazione sulla piattaforma ANAC o *Gazzetta Ufficiale*, sul profilo del committente. Tutti gli avvisi devono restare pubblicati sulla piattaforma ANAC e sul profilo di committente fino alla loro scadenza.

3. Seconda piattaforma di pubblicazione

Tutti gli avvisi e i bandi (sia nel periodo transitorio che dopo l'entrata in funzione della piattaforma informatica dell'ANAC) devono essere pubblicati sulla piattaforma informatica del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti anche tramite i sistemi informatizzati regionali e le piattaforme regionali.

4. Pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale*

Fino alla data di funzionamento della piattaforma ANAC, gli avvisi e i bandi di gara sono pubblicati con le stesse modalità solo nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana, con esclusione degli avvisi e bandi di gara relativi a lavori di importo inferiore a 500.000 euro, che sono pubblicati nell'albo pretorio del comune dove si eseguono i lavori. Gli effetti giuridici in ambito nazionale decorrono dalla data di pubblicazione sulla piattaforma informativa dell'ANAC e nella fase transitoria dalla data di pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana, mentre per gli appalti di lavori di importo inferiore ai 500.000 euro, dalla data di pubblicazione nell'albo pretorio, di fatto quindi l'efficacia giuridica è legata alle date di pubblicazione degli avvisi e bandi di gara nelle forme di pubblicità obbligatoria

5. Bandi superiori alla soglia: *pubblicazione sui quotidiani*

Con decorrenza dall'1.1.2017, per gli avvisi e i bandi di gara aggiudicati con un importo superiore alle soglie comunitarie, dopo 12 giorni (5 giorni per la riduzione dei termini di cui agli artt. 60 e 63 del d.lgs. n. 50/2016) dalla trasmissione alla *Gazzetta Ufficiale* della Comunità europee, deve essere pubblicato un estratto di almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionali e almeno su due dei quotidiani a diffusione locale intendendo per locale la provincia cui afferisce l'oggetto dell'appalto

6. Bandi inferiori alla soglia comunitaria: *pubblicazione su un quotidiano*

Sempre con decorrenza dall'1.1.2017, per gli avvisi e i bandi di gara o appalti aggiudicati relativi ad appalti pubblici di lavori o concessioni con importo compreso tra 500.000 euro e inferiore alla soglia di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 50/2016, entro 5 giorni dalla pubblicazione avente valore legale (*Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana), deve essere pubblicato un estratto su almeno uno dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno uno a maggiore diffusione locale nel luogo dove si eseguono i contratti (art. 3, primo comma, punto a) del d.m. 2.12.2016).

8. Modalità di pubblicazione degli avvisi post-informazione

La pubblicazione degli avvisi di post-informazione di cui agli artt. 98 (settori ordinari) e 129 (settori speciali) del Nuovo Codice relativi ad appalti aggiudicati sono pubblicati (sulla piattaforma ANAC e sulle *Gazzette Ufficiali*) con le seguenti modalità:

• lavori superiori (il testo del decreto indica solo l'importo superiore ma, per coerenza con il disposto dell'art. 35 del d.lgs. 50/2016 deve intendersi pari o superiore) alla soglia comunitaria: sulla piattaforma ANAC e sulla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana solo dopo la trasmissione alla *Gazzetta Ufficiale* delle Comunità europee – per la pubblicazione sui quotidiani vale quanto indicato al precedente punto 5);

• lavori compresi tra 500.000 euro e la soglia comunitaria di cui all'art. 35 del Codice: sulla piattaforma ANAC e sulla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana entro 30 giorni dal decreto di aggiudicazione ed entro 5 giorni dalla data di pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana – per la pubblicazione sui quotidiani vale quanto indicato al precedente punto 6);

• lavori di importo inferiore ai 500.000 euro: solo sull'albo pretorio del comune dove si eseguono i lavori entro 30 giorni dal decreto di aggiudicazione.

Le spese di pubblicazione obbligatoria degli avvisi e dei bandi di gara sono rimborsate alla stazione appaltante dall'aggiudicatario entro il termine di 60 giorni dall'aggiudicazione (art. 5, d.m. 2.12.2016).

9. Avvisi di pre-informazione

Gli avvisi di pre-informazione, a differenza di quelli di post-informazione, non trovano ulteriori specificazioni nel d.m. 2.12.2016 rispetto a quelle già presenti nel Codice e che si riportano di seguito:

– l'avviso di pre-informazione degli appalti sottosoglia (art. 35, d.lgs. n. 50/2016) è pubblicato sul profilo di committente (art. 70, primo comma, d.lgs. n. 50/2016);

– l'avviso di pre-informazione degli appalti pari o sopra soglia è pubblicato sul profilo di committente e dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea (art. 70, primo comma, d.lgs. n. 50/2016).

10. La pubblicità dei bandi nello schema del nuovo Codice degli appalti pubblici

La disciplina in tema di pubblicità dei bandi e degli avvisi di gara a livello europeo non ha subito modifiche nello schema definitivo del nuovo Codice degli appalti.

In particolare, le modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi relativi agli

appalti aggiudicati a livello europeo sono stabilite e curate sempre dall'Ufficio delle pubblicazioni dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione Europea (art. 84) Invece, per quanto riguarda la pubblicazione dei bandi a livello nazionale il legislatore del nuovo Codice [12] stabilisce che "*i bandi e gli avvisi di gara* (…) *sono pubblicati sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC*" (art. 85).

Gli effetti giuridici degli atti oggetto di pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici (art. 85, quarto comma).

Dunque, la novità consiste nel fatto che la pubblicità digitale sostituisce la pubblicità cartacea. Obiettivo, in fondo, che il legislatore dell'attuale Codice ha cercato di realizzare con la previsione della pubblicità degli atti di gara sulla piattaforma digitale dell'ANAC che, però non essendo mai diventata operativa, viene ancora realizzata nelle forme tradizionali, vale a dire pubblicando i bandi di gara nazionali sulla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica Italiana (GURI) serie speciale dedicata ai contratti pubblici.

---

[12] Come noto, nella *G.U.* 24.6.2022, n. 146, è stata pubblicata la l. 21.6.2022, n. 78, recante "*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*", vigente dal 9.7.2022. Il provvedimento fissa i principi e i criteri direttivi sulla base dei quali dovranno essere adottati i nuovi decreti legislativi, mettendo in particolare evidenza la necessità di rispettare gli obiettivi delle direttive europee, mantenendo livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle stesse direttive. L'art. 1, lett. m) della legge delega, stabilisce che i nuovi decreti legislativi debbano essere adottati sulla base della "*riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, alla stipula dei contratti, anche attraverso contratti-tipo predisposti dall'Autorità nazionale anticorruzione, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici relativamente ai contratti-tipo di lavori e servizi di ingegneria e architettura, e all'esecuzione degli appalti, anche attraverso la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure, la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell'operatore economico, il superamento dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici, il rafforzamento della specializzazione professionale dei commissari all'interno di ciascuna amministrazione e la riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, nonché' di quelli relativi al pagamento dei corrispettivi e degli acconti dovuti in favore degli operatori economici, in relazione all'adozione dello stato di avanzamento dei lavori e allo stato di svolgimento delle forniture e dei servizi*;". Sulla base di questa legge, è stata resa nota la "prima" bozza del nuovo Codice dei contratti, di recente sostituita dallo schema definitivo del 7.12.2022, che andrà a convertire il d.lgs. n. 50/2016.

Capitolo Quindicesimo

La disponibilità elettronica dei documenti di gara

ENZA ROMANO

SOMMARIO: 1. Digitalizzazione e trasparenza delle procedure di gara. – 2. La disponibilità elettronica dei documenti di gara secondo il d.lgs. n. 163/2006. – 3. La disponibilità elettronica dei documenti di gara ai sensi dell'art. 74 del d.lgs. n. 50/2016. – 4. L'accessibilità alla documentazione di gara nelle ipotesi contemplate dall'art. 52, primo comma, terzo periodo. – 5. Le diverse misure di accesso per proteggere la natura riservata delle informazioni contenute in determinati documenti di gara. – 6. Osservazioni sull'accesso "gratuito, illimitato e diretto" previsto dall'art. 74. – 7. Il termine di invio delle "ulteriori informazioni" sul capitolato d'oneri e sui documenti complementari. – 8. L'art. 88 dello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della l. 21.6.2022, n. 78, recante "*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*".

1. Digitalizzazione e trasparenza delle procedure di gara

Risponde alle esigenze di trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione, nell'ottica della digitalizzazione delle procedure di gara, l'art. 74 del d.lgs. n. 50/2016, rubricato "*Disponibilità elettronica dei documenti di gara*". La predetta disposizione normativa, in ossequio ai criteri indicati all'art. 1, lett. i) e s), della l. delega n. 11/2016, stabilisce che le stazioni appaltanti (salve alcune deroghe espresse) offrono l'accesso gratuito, illimitato e diretto, per via elettronica, ai documenti di gara, secondo i principi generali di informatizzazione e trasparenza, introdotti dal Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005 ss.mm.ii.), dalla l. n. 190/2012 in materia di anticorruzione e dal d.lgs. n. 33/2013 (c.d. decreto trasparenza) [1]. Il citato Codice – nella sua originaria formulazione – introduce-

[1] L'art. 74, primo comma, d.lgs. n. 50/2016, prevede espressamente che "*le stazioni appaltanti offrono un accesso gratuito, illimitato e diretto, per via elettronica, ai documenti di gara a decorrere dalla data di pubblicazione di un avviso conformemente agli articoli 70 e 72 o dalla data di invio*

va un vero e proprio diritto all'uso delle tecnologie nei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini, vale a dire che "*i cittadini e le imprese hanno diritto a richiedere ed ottenere l'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni, con i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, e con i gestori di pubblici servizi ai sensi di quanto previsto dal presente codice*" (art. 3)[2]. A seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. 26.8.2016, n. 179, il diritto dell'uso delle tecnologie appare rafforzato e ampliato, dal momento che assurge a diritto ad utilizzare le soluzioni e gli strumenti di cui al CAD, con riferimento a qualsivoglia rapporto tra soggetti giuridici e amministrazione, ivi compresa la partecipazione al procedimento amministrativo (a tal proposito, si rinvia anche all'art. 52 del nuovo Codice appalti).

Viene in rilievo, inoltre, la disciplina in materia di pubblicità introdotta dalla l. del 6.11.2012, n. 190[3]. Innanzitutto, la trasparenza dell'attività amministrativa – qualificata come livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost. – deve essere assicurata mediante la pubblicazione, nei siti web istituzionali delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione, nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio e di protezione dei dati personali[4].

Nello specifico, tali obblighi di pubblicazione devono essere osservati con particolare riferimento ai procedimenti di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta, ai sensi del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (art. 1, quindicesimo e sedicesimo comma della l. n. 190/2012).

---

di un invito a confermare interesse. Il testo dell'avviso o dell'invito a confermare interesse indica l'indirizzo Internet presso il quale i documenti di gara sono accessibili".

[2] Sul Codice dell'amministrazione digitale si vedano, *ex multis*, M. QUARANTA, *Il codice della pubblica amministrazione digitale*, Napoli, 2006; E. BELISARIO, *La nuova pubblica amministrazione digitale*, Santarcangelo di Romagna, 2009; D. DE GRAZIA, *Informatizzazione e semplificazione dell'attività amministrativa nel 'nuovo' codice dell'amministrazione digitale*, in *Dir. pubbl*., 2011, 611 ss.; E. CARLONI, *La riforma del Codice dell'amministrazione digitale (comm. a d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 235)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 469 ss.; G. DUNI, *Principi fondamentali del diritto amministrativo e codice dell'amministrazione digitale*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, 393 ss.

[3] Cfr. A. BIAGINI, *Commento all'art. 66*, in S. BACCARINI, G. CHINÉ, R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015, 857 ss. Sulla l. n. 190/2012, si veda B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERA, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013.

[4] Sul principio di trasparenza si veda F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, *www.astrid-online.it*, pubblicato in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2009, il quale non manca di evidenziare che "*la trasparenza è un* quid pluris *sia rispetto alla pubblicità che allo stesso diritto di accesso, imponendo all'amministrazione il dovere di agire correttamente, al di là delle mere prescrizioni formali della norma, nella consapevolezza che la democrazia ha bisogno di un'esplicitazione comprensibile del potere*".

Vanno pubblicati anche i costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione di servizi erogati ai cittadini, tenendo conto che tali informazioni devono essere rese accessibili sulla base di uno schema base predisposto dall'Autorità di vigilanza che è onerata, a sua volta, di curarne la raccolta e la pubblicazione sul proprio sito web istituzionale [5].

Il d.lgs. n. 33/2013 (c.d. decreto trasparenza) ha dato attuazione alle previsioni della l. n. 190/2012, con riferimento agli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, introducendo nuove forme di pubblicità [6]. Con il d.lgs. n. 97/2016, ha poi trovato affermazione in maniera definitiva la nozione di "trasparenza" intesa come "*accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*" (art. 1, primo comma, d.lgs. n. 33/2013, così modificato dall'art. 2, primo comma, d.lgs. n. 97/2016) [7].

Tra gli obblighi di pubblicità *ex* d.lgs. n. 33/2013, sono contemplati anche quelli concernenti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. In via ulteriore rispetto alle previsioni del Codice degli appalti, il decreto trasparenza ha stabilito che ogni qualvolta l'amministrazione per l'affidamento di lavori, servizi e forniture proceda in assenza di gara pubblica, è tenuta a pubblicare la delibera a contrarre, in quanto atto sostitutivo del bando di gara.

La digitalizzazione elettronica delle procedure di affidamento dei contratti e l'accessibilità gratuita, illimitata e diretta ai documenti di gara, ai sensi dell'art. 74, si inseriscono nel quadro normativo sopra delineato. Le nuove tecnologie offrono possibilità innovative e rapide di comunicazione tra la stazione appaltante e i soggetti interessati, mirando – almeno virtualmente – alla riduzione delle distanze tra privati e pubblica amministrazione.

---

[5] La disciplina contenuta nella l. n. 190/2012 e nel d.lgs. n. 33/2013 faceva salvi gli obblighi di pubblicità legale previsti dal vecchio Codice degli appalti. Ne conseguiva che la pubblicità digitale delle procedure di gara non costituiva l'unica forma di pubblicità, ma si affiancava agli altri meccanismi di pubblicazione legale dei bandi e degli avvisi di gara. Sulla questione si veda A. BIAGINI, *Commento all'art. 66*, cit., 847 ss., 858 ss.

[6] A.G. OROFINO, *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Bari, 2013.

[7] Cfr. Cons. Stato, sez. consultiva atti normativi, 24.2.2016, n. 515.

2. La disponibilità elettronica dei documenti di gara secondo il d.lgs. n. 163/2006

Sotto la vigenza del d.lgs. n. 163/2006, le amministrazioni aggiudicatrici avevano la mera facoltà di garantire l'accesso libero, diretto e completo al capitolato d'oneri e a ogni documento complementare, precisando nel testo del bando l'indirizzo Internet presso il quale tale documentazione era accessibile (art. 70, nono comma). In tal caso, i termini di ricezione delle offerte potevano essere ridotti. Se le stazioni appaltanti non mettevano a disposizione *on line* la documentazione di gara, sorgeva l'obbligo in capo alle stesse di inviare la documentazione di gara – entro sei giorni dalla ricezione della domanda – agli operatori economici che ne facevano richiesta in tempo utile (art. 71) [8].

Con il Codice dei contratti pubblici del 2016, è stato superato il previgente regime facoltativo previsto dall'art. 70, nono comma, e viene prescritta una disciplina generale obbligatoria di disponibilità elettronica della documentazione di gara che ne garantisca l'accessibilità gratuita, illimitata e diretta, salvo le deroghe previste dallo stesso legislatore.

3. La disponibilità elettronica dei documenti di gara ai sensi dell'art. 74 del d.lgs. n. 50/2016

L'utilizzo delle tecnologie dell'informazione persegue obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione, nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione.

Sebbene il Codice non abbia determinato l'auspicata e definitiva eliminazione delle "costose" forme di pubblicità, è prevista come obbligatoria la messa a disposizione in via elettronica della documentazione di gara. Ciò si inserisce in un processo di evoluzione della disciplina inerente alla pubblicità dei bandi e degli avvisi di gara, scandito anche dalla necessità di recepire la normativa comunitaria sul piano del diritto interno, da ultimo l'art. 54 della Direttiva europea 24/2014 [9].

L'accessibilità elettronica dei documenti di gara mira a garantire che chiunque possa consultare la documentazione e possa verificare l'andamento dell'attività amministrativa, azzerando tendenzialmente i costi a carico della stazione appal-

[8] A. BIAGINI, *Commento all'art. 66*, cit., 885 ss., 891 ss.

[9] Si badi che la disponibilità elettronica costituisce uno strumento di conoscibilità di tutta la documentazione di gara diverso rispetto agli obblighi di pubblicità stabiliti dagli artt. 72 e 73 del nuovo Codice dei contratti pubblici, alla cui trattazione si rimanda.

tante. La disposizione in parola muove dalla considerazione che gli operatori economici, per poter presentare consapevolmente un'offerta, devono essere posti nella condizione di conoscere non solo il bando di gara, ma anche la documentazione che affianca il bando e che va a integrare la *lex specialis*, vale a dire il disciplinare di gara, il capitolato d'oneri, le specifiche tecniche e tutta la documentazione complementare.

La "*disponibilità*" richiamata dalla rubrica dell'articolo può essere intesa come "*la possibilità di accedere ai dati senza restrizioni non riconducibili a esplicite norme di legge*", analogamente a quanto stabilivano le definizioni contenute nel Codice dell'amministrazione digitale (art. 1, primo comma, lett. o), abrogato). Tale disponibilità deve essere elettronica e avviene secondo una duplice modalità: a) in via ordinaria, mediante la pubblicazione della documentazione di gara ad un indirizzo Internet, garantendo un accesso gratuito, illimitato e diretto ai cittadini; b) in particolari ipotesi, mediante l'invio della documentazione di gara per posta elettronica certificata o secondo altre modalità stabilite dalla stazione appaltante. La prima modalità costituisce la regola. La seconda modalità, invece, è contemplata solo ed esclusivamente in alcune ipotesi particolari, previste dall'art. 74, secondo e terzo comma, che dettano delle clausole di salvezza. In particolare, i suddetti commi prescrivono che "*se non è possibile offrire accesso gratuito, illimitato e diretto per via elettronica a determinati documenti di gara per uno dei motivi di cui all'articolo 52, comma 1, terzo periodo, le amministrazioni aggiudicatrici possono indicare nell'avviso o nell'invito a confermare interesse che i medesimi documenti saranno trasmessi per posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri ovvero, in caso di impossibilità, per vie diverse da quella elettronica secondo quanto previsto al comma 4*".

In tal caso, il termine per la presentazione delle offerte è prorogato di cinque giorni, tranne nei casi di urgenza debitamente dimostrati di cui agli artt. 60, terzo comma; 61, sesto comma e 62, quinto comma (secondo comma).

Qualora non sia possibile offrire accesso gratuito, illimitato e diretto per via elettronica a determinati documenti di gara, perché le amministrazioni aggiudicatrici intendono applicare l'art. 52, secondo comma, del presente Codice, esse indicano, nell'avviso o nell'invito a confermare l'interesse, quali misure richiedono al fine di proteggere la natura riservata delle informazioni e in che modo è possibile ottenere accesso ai documenti in questione. In tal caso, il termine per la presentazione delle offerte è prorogato di cinque giorni, tranne nei casi di urgenza debitamente dimostrati di cui agli artt. 60, terzo comma; 61, sesto comma e 62, quinto comma (terzo comma).

Le stazioni appaltanti sono tenute a rendere disponibile su Internet la documentazione di gara sin dalla data di pubblicazione di un avviso, in conformità a quanto previsto dagli artt. 70 e 72, o dalla data di invio di un invito a confermare l'interesse, in modo tale che chiunque sia interessato possa accedervi senza nep-

pure fare formale richiesta. È fatto l'obbligo che il testo dell'avviso o dell'invito a confermare interesse rechi l'indicazione dell'indirizzo Internet sul quale i documenti di gara sono accessibili, in modo che la disponibilità sia effettiva e utile. In altri termini, l'amministrazione deve mettere subito i soggetti interessati in condizione di consultare in via elettronica la predetta documentazione.

A differenza della previgente disciplina, non è previsto che, stante la pubblicazione *on line* della documentazione di gara, i termini di ricezione delle offerte possano essere ridotti.

In definitiva, l'art. 74 del d.lgs. n. 50/2016 garantisce l'accessibilità della documentazione di gara prima ancora che i soggetti interessati ne facciano richiesta. Questi ultimi sono posti in condizione di accedere alla documentazione di una gara nello stesso momento in cui hanno conoscenza di un avviso o di un invito a confermare l'interesse.

4. L'accessibilità alla documentazione di gara nelle ipotesi contemplate dall'art. 52, primo comma, terzo periodo

La previsione dell'accesso gratuito, illimitato e diretto per via elettronica della documentazione di gara subisce deroghe, nelle quali il legislatore ha previsto comunque un meccanismo diverso per garantire l'accesso alla documentazione di gara ai soggetti interessati, prevedendo la proroga del termine per la presentazione delle offerte.

La stazione appaltante, infatti, può trovarsi – in maniera giustificata – nell'impossibilità di garantire l'accesso gratuito, illimitato e diretto a determinati documenti di gara nelle ipotesi contemplate dall'art. 52, primo comma, terzo periodo, vale a dire per una delle seguenti ragioni: a) a causa della natura specialistica dell'appalto, l'uso di mezzi di comunicazione elettronici richiederebbe specifici strumenti, dispositivi o formati di file che non sono in genere disponibili o non sono gestiti dai programmi comunemente disponibili; b) i programmi in grado di gestire i formati di file, adatti a descrivere l'offerta, utilizzano formati che non possono essere gestiti mediante altri programmi aperti o generalmente disponibili ovvero sono protetti da licenza di proprietà esclusiva e non possono essere messi a disposizione per essere scaricati o per farne un uso remoto da parte della stazione appaltante; c) l'utilizzo di mezzi di comunicazione elettronici richiede attrezzature specializzate per ufficio non comunemente disponibili alle stazioni appaltanti; d) i documenti di gara richiedono la presentazione di un modello fisico o in scala ridotta che non può essere trasmesso per mezzo di strumenti elettronici; e) l'uso di mezzi di comunicazione diversi dai mezzi elettronici è necessario a causa di una violazione della sicurezza dei mezzi di comunicazione elettronici

ovvero per la protezione di informazioni di natura particolarmente sensibile che richiedono un livello talmente elevato di protezione da non poter essere adeguatamente garantito mediante l'uso degli strumenti e dispositivi elettronici che sono generalmente a disposizione degli operatori economici o che possono essere messi loro a disposizione mediante modalità alternative di accesso ai sensi del sesto comma dell'art. 52.

Nelle suddette ipotesi, la disponibilità su Internet della documentazione di gara non risulta tecnicamente possibile o è estremamente difficoltosa. Dunque, la stazione appaltante deve indicare, nell'avviso o nell'invito a confermare interesse, che "*i medesimi documenti saranno trasmessi per posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri ovvero, in caso di impossibilità, per vie diverse da quella elettronica secondo quanto previsto al comma 4*". Nelle fattispecie in esame, il termine di presentazione delle offerte è prorogato di cinque giorni, salvo urgenze documentate.

5. Le diverse misure di accesso per proteggere la natura riservata delle informazioni contenute in determinati documenti di gara

Il legislatore prevede misure di accesso alla documentazione di gara diverse rispetto a quelle contemplate dall'art. 74, primo comma, qualora, al fine di proteggere la natura riservata delle informazioni, la stazione appaltante non utilizzi mezzi di comunicazione elettronica con riferimento a determinati documenti di gara.

In tal caso, la garanzia dell'accesso illimitato deve essere contemperata con le esigenze di tutela della riservatezza.

L'amministrazione aggiudicatrice deve specificare nell'avviso o nell'invito a confermare interesse quali misure sono richieste al fine di proteggere la natura riservata delle informazioni e in che modo è possibile ottenere accesso ai documenti in questione. Anche in questa ipotesi il termine di presentazione delle offerte è prorogato di cinque giorni, salvo urgenze documentate.

6. Osservazioni sull'accesso "gratuito, illimitato e diretto" previsto dall'art. 74

Dall'esegesi dell'art. 74 si ricava l'impressione che il legislatore abbia posto una disciplina "agevolata" per l'accesso procedimentale alla documentazione nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, che riguarda specificatamente

la fase collocata tra la pubblicazione del bando di gara e la presentazione delle offerte da parte degli operatori economici interessati.

Si tratta della fase procedimentale, nella quale la conoscibilità della documentazione della gara è di maggiore interesse e urgenza. Una siffatta disciplina dell'accesso mira senz'altro a garantire l'effettiva "trasparenza" dell'attività della stazione appaltante.

Qualora vi siano ragioni ostative alla pubblicazione *on line* della documentazione di gara, il legislatore si è preoccupato di disciplinare comunque i modi di accesso. Ha procedimentalizzato l'accesso quando non può essere "*gratuito, illimitato e diretto*", garantendo una accessibilità ai documenti più snella rispetto a quella contemplata dalla l. n. 241/1990, senza particolari requisiti di legittimazione o oneri motivazionali da parte dell'istante.

7. Il termine di invio delle "ulteriori informazioni" sul capitolato d'oneri e sui documenti complementari

Viene disciplinata, infine, l'ipotesi in cui gli operatori economici richiedano "*ulteriori informazioni*" sulla documentazione di gara, per le quali non è stabilito l'obbligo di pubblicazione *on line*. La disposizione di cui all'art. 74, quarto comma [10], riproduce la disposizione contenuta nell'art. 72, secondo comma, del d.lgs. n. 163/2006. Come già osservato in passato, la formula "ulteriori informazioni" sul capitolato d'oneri e sui documenti complementari è generica e non consente di individuarne il contenuto. La dottrina ha sostenuto che può trattarsi di qualunque ulteriore elemento rispetto al disciplinare di gara e alla prestazione oggetto dell'appalto, la cui conoscenza si renda necessaria a seguito della consultazione della documentazione da parte dei soggetti interessati alla gara [11].

Orbene, l'amministrazione è tenuta a trasmettere le ulteriori informazioni richieste a tutti gli offerenti che partecipano alla gara almeno sei giorni prima della scadenza del termine stabilito per la ricezione delle offerte [12] (sempre che siano state richieste in tempo utile) [13].

---

[10] L'art. 74, quarto comma, prescrive che "*Sempre che siano state richieste in tempo utile, le ulteriori informazioni sul capitolato d'oneri e sui documenti complementari sono comunicate dalle stazioni appaltanti a tutti gli offerenti che partecipano alla procedura d'appalto almeno sei giorni prima della scadenza del termine stabilito per la ricezione delle offerte. In caso di procedura accelerata, ai sensi degli articoli 60, comma 3 e 61, comma 6, il termine è di quattro giorni*".

[11] A. BIAGINI, *Commento all'art. 66*, cit., 847 ss., 892.

[12] In caso di procedura accelerata, il termine è di quattro giorni.

[13] In passato, la giurisprudenza ha escluso che la comunicazione a tutti gli offerenti possa essere

Può condividersi l'orientamento della giurisprudenza in base al quale la disposizione normativa in commento è evidentemente rivolta, da un lato ad ampliare la platea dei partecipanti alla procedura concorsuale, e dall'altro a garantire l'interesse dell'amministrazione appaltante a veder presentate offerte le più vicine possibili alle sue esigenze [14].

8. L'art. 88 dello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della l. 21.6.2022, n. 78, recante "*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*"

L'art. 88 dello schema del Codice dei contratti pubblici, rubricato "*Disponibilità digitale dei documenti di gara*", prevede che "*a decorrere dalla data di pubblicazione di un avviso o da quella di invio di un invito a confermare l'interesse, i documenti di gara sono resi disponibili in forma digitale, in modo gratuito, illimitato e diretto. L'avviso e l'invito a confermare l'interesse indicano il collegamento ipertestuale presso il quale i documenti di gara sono accessibili*".

Viene, inoltre, stabilito che "*Nei casi di impossibilità di utilizzare mezzi di comunicazione elettronica previsti dal codice l'avviso o l'invito a confermare l'interesse ne danno conto e indicano le modalità con cui i documenti sono trasmessi. In questi casi il termine per la presentazione delle offerte è prorogato di non oltre cinque giorni. Le ulteriori informazioni richieste sui documenti di gara sono comunicate a tutti gli offerenti oppure rese disponibili sulla piattaforma di approvvigionamento digitale e sul sito istituzionale almeno sei giorni prima della scadenza del termine stabilito per la ricezione delle offerte e almeno quattro giorni prima quando il termine per la ricezione delle offerte è ridotto*".

In buona sostanza, lo schema riproduce le previsioni dell'art. 74 del Codice dei contratti pubblici attualmente vigente.

---

sostituita dalla pubblicazione sul sito internet dell'amministrazione, "*non essendo siffatta modalità di generica diffusione delle informazioni, contemplata dall'art. 71 del d.lgs. n. 163/2006, né assicurando la stessa che l'informazione complementare o il chiarimento interpretativo sia effettivamente entrato nella sfera di conoscenza dell'impresa concorrente*". A tal proposito, si veda T.a.r. Torino, Piemonte, sez. I, 30.11.2009, n. 3190.

[14] Cfr. sentenza T.a.r. Napoli, Campania, sez. II, 29.1.2003, n. 454 secondo la quale, inoltre, "*ai sensi dell'art. 7 comma 5, d.lg. n. 358 del 1992, così come novellato dall'art. 6, d.lg. n. 402 del 1998, l'amministrazione appaltante in presenza del presupposto di fatto ivi previsto (tempestività della richiesta in relazione alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte), ha un preciso obbligo giuridico di fornire i chiarimenti richiesti, il cui mancato assolvimento, incidendo su una specifica posizione di vantaggio riconosciuta dall'ordinamento in favore del soggetto partecipante, determina irreversibilmente l'illegittimità dell'intera procedura successivamente posta in essere*".

Capitolo Sedicesimo

L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici per difetto dei requisiti di ordine generale

ENZA ROMANO

SOMMARIO: 1. I requisiti di ordine generale. Introduzione. – 2. L'assetto normativo. L'art. 80 del Codice dei contratti pubblici. – 3. L'esclusione dalla gara per difetto dei requisiti di ordine generale nell'ottica della tassatività delle cause di esclusione. – 4. Ambito di applicazione: tipologie di contratti e soggetti partecipanti alla "gara". – 5. Finalità delle cause di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale: affidabilità morale e professionale dell'operatore e tutela dell'ordine pubblico economico. – 6. L'esclusione derivante da condanne penali definitive. – 7. L'esclusione dalla gara per ragioni cautelari antimafia. – 8. L'esclusione dalla gara per gravi violazioni fiscali o contributive. – 9. Il potere dell'ANAC di accertare "*il dolo o la colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa dichiarazione*".

1. I requisiti di ordine generale. Introduzione

Gli atti amministrativi della procedura di affidamento dei contratti pubblici si inseriscono in una fase della regolamentazione dei rapporti giuridici tra soggetti tradizionalmente connotata dal diritto civile e dall'autonomia negoziale [1].

[1] Cfr. G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, *Lezioni*, Milano, 2013, 170. Secondo E. PICOZZA, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 39, il contratto pubblico sarebbe "*una creatura schizofrenica, cioè una procedura che si trasforma in un negozio giuridico, come la farfalla dal bozzolo*"; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 4, invece, parla di un istituto "*in bilico tra diritto comune e diritto speciale*". Si veda anche E. STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico*, Milano, 1999, 10 ss. La letteratura sui contratti pubblici è vastissima. In questa sede ci si limita a richiamare *ex multis* soltanto alcune tra le opere più recenti. In tal senso, si vedano F. SAITTA (a cura di), *Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*,

Vi è un intreccio tra diritto amministrativo e diritto civile [2].

A ciò si aggiunga che i lavori, i servizi e le forniture affidati dall'amministrazione comportano l'impiego di risorse pubbliche e il sostenimento di costi al fine di garantire l'erogazione di prestazioni alla collettività [3].

Il provvedimento di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale va inquadrato in siffatto sistema.

Nell'ambito dei rapporti di diritto privato ciascun soggetto è libero nell'individuazione e nella scelta del contraente [4]: è libero di contrattare, ad esempio, con un soggetto che non è in grado di offrirgli garanzie di "moralità"; l'amministrazione, invece, non può non tener anche conto di tali garanzie.

È fin troppo noto che la formazione procedimentalizzata della volontà dell'amministrazione deriva dalla necessità di tutelare l'interesse pubblico al buon andamento e alla imparzialità dell'attività amministrativa, da tradursi nella stipulazione del "miglior" contratto e nell'individuazione del "miglior contraente".

Allo stesso tempo, tuttavia, i meccanismi che presiedono alla partecipazione alla gara delle imprese, devono garantire anche la più ampia partecipazione agli operatori economici, in ossequio agli artt. 41 e 3 Cost. e, in misura ancora più esplicita, sulla scorta della legislazione europea [5].

Milano, 2008; M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFALO (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008; S. ALBERTO ROMANO, *L'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2011; M. ANDREIS, *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali: mercato, ambiente, responsabilità*, Milano, 2012; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2012; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012; C.E. GALLO, *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive*, Torino, 2014; D. SORACE (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013; R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMINICHELLI, G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014; F. ASTONE, *Dalla direttiva ricorsi al codice del processo amministrativo*, Milano, 2015; S. BACCARINI, G. CHINÉ, R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015; F. SAITTA (a cura di), *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Milano, 2016; S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici: aggiornato allo schema del decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017; M. CORRADINO, D. GALLI, D. GENTILE, M.C. LENOCI, C. MALINCONICO, *I contratti pubblici*, Milano, 2017.

[2] Cfr. A. SANDULLI, *Diritto amministrativo applicato*, Milano, 2005, 217 ss.

[3] M. BERTOLISSI, *I contratti pubblici. Discorso introduttivo intorno ad un sistema che non è ordinamento*, in R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMINICHELLI, G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, 23-24. In giurisprudenza, si veda anche T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 26.1.2017, n. 1345.

[4] R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 6, evidenza che "*il diritto dei privati sostanzialmente si disinteressa dei modi impiegati per individuare il partner contrattuale (...) di norma, non impone procedimenti, forme, l'assunzione di pareri, non organizza sistemi di controllo*".

[5] G. BERGONZINI, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMINICHELLI, G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e fornitura*, cit., 299, osserva che "in sede di ammissione dei candidati a concorrere alle procedura di affidamento dei contratti pubblici coesistono esigenze potenzialmente contrapposte, ma che vanno ben coordinate per raggiungere il miglior bilanciamento di interessi pubblici e privati".

La sussistenza dei requisiti soggettivi (tradizionalmente suddivisi in requisiti morali, tecnico-organizzativi ed economico-finanziari) è richiesta affinché si pongano dapprima le basi del rapporto fiduciario tra amministrazione e contraente e, solo in un secondo momento, quelle del rapporto contrattuale vero e proprio.

L'instaurazione del rapporto fiduciario tra l'amministrazione e l'eventuale aggiudicatario viene fissata sulla scorta di parametri individuati dalla legge.

Il difetto dei requisiti soggettivi, dunque, si traduce in una mancanza di affidabilità soggettiva dell'operatore economico, ostativa alla stipulazione di un contratto pubblico, prima ancora che venga presa in considerazione l'offerta.

I requisiti di ordine generale rappresentano situazioni o condizioni soggettive dell'operatore economico partecipante alla gara, in mancanza dei quali quest'ultimo deve essere escluso dalla procedura [6].

La disciplina attuale degli istituti in esame è profondamente cambiata rispetto al passato, e tale processo è stato catalizzato dall'intervento del legislatore comunitario, che ha imposto agli Stati membri di adeguare la legislazione interna alla predeterminazione europea dei criteri di partecipazione, al fine di garantire l'effettiva concorrenza degli operatori economici [7].

L'ottica comunitaria ha profondamente modificato le ragioni dell'evidenza pubblica, traghettandola da strumento di perseguimento di interessi pubblici dell'amministrazione a mezzo per rimuovere gli ostacoli alla libera concorrenza nel mercato europeo.

Tutto ciò ha inciso anche sull'apprezzamento da parte dell'amministrazione della affidabilità dell'impresa che partecipa alla gara: da momento riservato all'insindacabile giudizio della stazione appaltante, è diventato un "luogo" nel quale tutelare l'apertura al mercato e la *par condicio partecipatorum,* nel rispetto dell'ambiente e nell'ottica di garanzia della sicurezza sul lavoro [8].

---

[6] Cfr. R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici.* II*. L'organizzazione. La programmazione. I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, 2008, 1267 ss.; F. CARDARELLI, *Art. 38*, in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 418 ss.; G. BERGONZINI, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., 305 ss.; R. PROIETTI, *Commento all'art. 38*, in S. BACCARINI, G. CHINÉ, R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015, 480 ss.

[7] Così osserva R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, cit., 2008, 1268.

[8] Cfr. E. FOLLIERI, *Introduzione*, in E. FOLLIERI (a cura di), *Corso sul Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2017, 2-3, il quale mette in evidenza che "*sul piano del procedimento amministrativo, in particolare, si assiste ad una compresenza di interessi pubblici che fanno capo non solo al soggetto titolare del potere di decidere dell'aggiudicazione, ma anche ai destinatari della decisione amministrativa. nel concreto significa che se la stazione appaltante si trova di fronte all'offerta particolarmente favorevole di un concorrente, ma vi è stata la violazione di una regola comportante l'esclusione, non può, in considerazione del vantaggio che ne deriverebbe all'interesse patrimoniale della pubblica amministrazione ammettere l'impresa che non ha rispettato la prescrizione perché si andrebbe a ledere l'interesse pubblico, tutelato dalla normativa, allo svolgimento della selezione nel rispetto della par condicio tra i partecipanti alla gara*".

In particolare, il legislatore comunitario con l'art. 45 della Direttiva comunitaria 2004/18/CE, avente ad oggetto la "*situazione personale del candidato e dell'offerente*", individuava alcune cause obbligatorie di esclusione dalla gara, conseguenti a responsabilità penali accertate con sentenze passate in giudicato, e altre cause di esclusione, meramente facoltative, legate a situazioni di inaffidabilità economica e professionale.

L'art. 38 del Codice degli appalti pubblici, d.lgs. n. 163/2006, recepì la norma comunitaria in maniera decisamente rigorosa, qualificando come obbligatorie tutte le cause di esclusione previste, "*evidentemente in nome dell'interesse pubblico alla massima – per quanto possibile – affidabilità dei potenziali contraenti dell'amministrazione*" [9], addirittura aggiungendone alcune [10].

Le cause di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale venivano disciplinate in maniera unitaria per i contratti di lavori, di servizi e di forniture nei settori ordinari [11].

I motivi di esclusione erano applicabili anche per i contratti nei settori speciali, in virtù del rinvio effettuato dagli artt. 206, primo comma, 230, primo comma e 238, primo comma, d.lgs. n. 163/2006, ed erano richiesti sia per gli appalti sopra soglia sia per quelli sottosoglia comunitaria.

Salvo le ipotesi escludenti derivanti da accertamenti penali definitivi per alcune categorie di reati, l'ordinamento comunitario tendeva a evitare "*automatismi*" nell'esclusione degli operatori economici dalla gara, soprattutto per quanto riguarda le fattispecie escludenti collegate a gravi errori professionali, richiamando la stazione appaltante alla valutazione del caso concreto e alla "*proporzionalità della scelta*". Si è assistito ad un processo europeo di tipizzazione delle circostanze escludenti per difetto dei requisiti di ordine generale, senza obliterare gli spazi valutativi dell'amministrazione nella verifica in concreto della rilevanza o meno della fattispecie escludente.

Il legislatore europeo ha sempre riposto grande fiducia nella capacità delle amministrazioni di scegliere il contraente.

---

[9] In tal senso, G. BERGONZINI, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., 307.

[10] Si è discusso sulla compatibilità con l'ordinamento comunitario della previsione di ulteriori cause di esclusione rispetto a quelle elencate nell'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE. Sul tema, alcune pronunce della Corte di Giustizia sembrano aver legittimato l'operato del legislatore nazionale in tal senso, sostenendo che è possibile introdurre altre cause di esclusione, dirette a garantire il rispetto dei principi della parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza, purché tali misure non eccedano quanto necessario per raggiungere tale obiettivo. Si veda sul tema G. BERGONZINI, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., 307 ss.

[11] Sul commento all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 si vedano R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, cit., 2008, 1267 ss.; G. BERGONZINI, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., 299 ss.; R. PROIETTI, *Commento all'art. 38*, cit., 2015, 479 ss.

L'art. 57 della Direttiva 24/2014 ha previsto cause di esclusione obbligatorie dalle procedure di affidamento (paragrafi 1 e 2) e cause di esclusione facoltative (paragrafo 4) [12].

In particolare, "*le amministrazioni aggiudicatrici escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 2. Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere oppure gli Stati membri possono esigere che le amministrazioni aggiudicatrici escludano un operatore economico in qualunque momento della procedura qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui al paragrafo 4*".

Un aspetto da segnalare rispetto alla normativa comunitaria previgente è rappresentato dall'ampliamento delle categorie dei reati "escludenti" rilevanti, dal momento che l'esclusione è prevista anche per i reati legati ad attività terroristiche, allo sfruttamento del lavoro minorile e alla tratta degli esseri umani [13].

La novità di maggiore rilievo, inoltre, è rappresentata dall'introduzione della possibilità per l'operatore economico di "*fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d'appalto*".

2. L'assetto normativo. L'art. 80 del Codice dei contratti pubblici

L'assetto normativo [14] per l'elaborazione del provvedimento di esclusione per

---

[12] Cfr. A. POLICE, *Contratti pubblici: tra ultime novità legislative ed esigenze di semplificazione*, in C. FRANCHINI, F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, *Elementi critici e opportunità*, Napoli, 2015, 175 ss.; L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm*., 2015, 291 ss.; E. FOLLIERI, *Introduzione*, in E. FOLLIERI (a cura di), *Corso sul Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2017, 4 ss.; F. DALLARI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 329 ss., il quale evidenzia che "*nella disciplina comunitaria si distinguono due categorie di requisiti di ordine generale: quelli obbligatori la cui assenza deve necessariamente portare all'esclusione della procedura e quelli facoltativi per i quali la scelta di imporne o meno il rispetto è lasciata ai singoli Stati*".

[13] Viene evidenziato da R. PROIETTI, *Commento all'art. 38*, cit., 483.

[14] L'espressione "assetto normativo" viene utilizzata con riferimento al complesso di norme e di principi, di rango legislativo, costituzionale e comunitario, che concorrono a disciplinare l'azione amministrativa, il potere e il provvedimento amministrativo. In tal senso, S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 269, in particolare nt. 81.

difetto dei requisiti di ordine generale (o morali) è costituito, innanzitutto, dall'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016. Detta norma ha dato attuazione all'art. 57 "*Motivi di esclusione*" della Direttiva UE 24/2014, recependo *in toto* i motivi di esclusione individuati dal legislatore europeo, anche quelli facoltativi (rendendoli obbligatori).

Il legislatore nazionale e quello europeo non hanno individuato in positivo i requisiti generali di partecipazione alla pubblica gara, ma hanno stabilito le circostanze che comportano l'esclusione per difetto di siffatti requisiti [15].

L'art. 80 del Codice dei contratti pubblici configura il potere dell'amministrazione di esclusione e delinea o, per meglio dire, concorre a delineare il precetto provvedimentale, talvolta anche attraverso il richiamo espresso a norme penali o di altro tipo [16].

L'art. 80, quinto comma, inoltre, va integrato con le linee guida ANAC previste dall'art. 80, tredicesimo comma, del d.lgs. n. 50/2016, in base al quale l'ANAC ha il compito di precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, "*quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c)*".

L'ANAC ha adottato le linee guida n. 6, aggiornate a seguito dell'emanazione del decreto correttivo al Codice del 2017 [17], concernenti "*Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice*", onde verificarne i contenuti e il regime giuridico. Tali linee guida sono ritenute "*Linee guida non vincolanti*" [18].

---

[15] Si conferma una tecnica già utilizzata in passato. Si veda E. STICCHI DAMIANI, *I requisiti di ordine generale*, in S. STICCHI DAMIANI, *I requisiti di ordine generale*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 423 ss.

[16] L'assetto normativo delle cause di esclusione per difetto dei requisiti generali non si esaurisce nelle norme contenute nel Codice dei contratti e negli atti attuativi. Occorre considerare che vi sono norme direttamente applicabili *ab esterno* in virtù del meccanismo di eterointegrazione del bando; in altri casi, invece, l'art. 80 richiama espressamente altre norme di tipo penale o di altro genere che trovano applicazione nella disciplina dell'esclusione degli operatori economici dalla gara. Sul tema si vedano le riflessioni di V. CAPUZZA, *Le esclusioni dalle gare per appalti e concessioni non codificate dal d.lgs. n. 50/2016*, in *Dir. e proc. amm*., 2017, 188 ss.

[17] Le Linee guida n. 6 sono state approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16.11.2016; esse sono state aggiornate al d.lgs. 56 del 19.4.2017 con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11.10.2017, e sono state oggetto di una ulteriore revisione, previo parere del Consiglio di Stato del 23.10.2018.

[18] Il Consiglio di Stato nel parere n. 2296/2016, reso il 3.11.2016 dall'Adunanza della Commissione speciale ha precisato: "*avuto riguardo alla tipologia di linee guida previste dal citato art. 80, c. 13, è da ritenere che quelle ivi previste appartengano al novero di quelle a carattere non vincolante, che hanno una funzione promozionale di buone prassi da parte delle stazioni appaltanti*" (nel-

Il d.lgs. n. 50/2016, all'indomani della sua emanazione, ha abrogato il sistema di regolamentazione esecutivo e attuativo imperniato sul Regolamento di esecuzione [19], in favore di un sistema basato su una serie di atti di regolazione adottati dai Ministeri e dall'Autorità nazionale anticorruzione (cc.dd. Linee guida) [20].

---

lo stesso senso, cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 2.3.2018, n. 1299). Invece, sostiene il carattere vincolante delle linee guida ANAC n. 6, A. AMORE, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urb. e app*., 2017, 764, sia a tutela dei principi costituzionali (in particolare artt. 3, 41, 117, secondo comma, lett. e), Cost.) sia per garantire maggiore omogeneità di prassi delle stazioni appaltanti e certezza per gli operatori economici. Il sistema di attuazione del Codice dei contratti pubblici è stato oggetto di una profonda rivisitazione ad opera del d.l. 18.4.2019, n. 32, convertito in legge.

Il sistema delle Linee guida ANAC ha rappresentato una delle maggiori novità in materia di contratti pubblici. La dottrina ha riservato attenzione alle linee guida ANAC. Sul tema si vedano G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, intervento al 62° convegno di studi amministrativi di Varenna, 22-24 settembre 2016; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, in *italiappalti.it*; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; R. DE NICTOLIS, *Il codice dei contratti pubblici, la semplificazione che verrà*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; ID., *Dalla legge delega al nuovo "Codice": opportunità e profili di criticità,* in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Riporta C. DEODATO, *L'attuazione normativa del codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica*, *struttura e questioni applicative*, in *Foro amm.*, 2018, 1559 ss., che "*con l'eccezione dei bandi e dei contratti tipo approvati dall'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici, l'assetto relativo dei contratti pubblici restava, quindi, perlopiù compreso ed esaurito nello schema classico della fonte legislativa primaria e di un solo regolamento di attuazione (con il completamento e l'integrazione di circolari ed istruzioni operative di carattere amministrativo diramate dall'Autorità di vigilanza*". Va evidenziato che la riforma "perpetua" del Codice dei contratti pubblici si è orientata verso l'abrogazione delle linee guida vincolanti ANAC, a favore di un Regolamento Unico di attuazione e di esecuzione; mentre "resistono", in ogni caso, le linee guida non vincolanti. Le disposizioni contenute nell'art. 1 del suddetto decreto, lett. gg) del ventesimo comma, modificano ed integrano le norme transitorie previste nell'art. 216 del Codice dei contratti pubblici e disciplinano, altresì, l'emanazione di un nuovo regolamento di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice. Il punto è che, pur aderendo alla tesi della non vincolatività delle linee guida n. 6 e a quella della relativa qualificazione in termini di atto amministrativo, resta il problema – più complesso – concernente l'efficacia delle previsioni in esse contenute rispetto alle scelte amministrative, e, di conseguenza, e quello della sorte delle decisioni assunte dalle pubbliche amministrazioni in contrasto con il contenuto delle linee guida.

[19] Riporta C. DEODATO, *op. ult. cit.*, 1559 ss., che "*con l'eccezione dei bandi e dei contratti tipo approvati dall'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici, l'assetto relativo dei contratti pubblici restava, quindi, perlopiù compreso ed esaurito nello schema classico della fonte legislativa primaria e di un solo regolamento di attuazione (con il completamento e l'integrazione di circolari ed istruzioni operative di carattere amministrativo diramate dall'Autorità di vigilanza*".

[20] Si tratta di un aspetto fondamentale della riforma in materia di contratti pubblici, dal momento che, come ha osservato il Consiglio di Stato nel parere dell'1.4.2017, "*una riforma, per quanto ben costruita, è tale solo quando raggiunge un'effettiva attuazione, che sia in grado di incidere 'in concreto' su cittadini e imprese, migliorandone il rapporto con il pubblico potere, semplificando l'esercizio delle attività private, modificando positivamente gli indicatori dell'economia e della qualità della vita. Rispetto alla redazione del codice, non è di minore importanza la successiva fase di implementazione: l'esperienza internazionale (soprattutto in sede OCSE) insegna che il successo (o il fallimento) di una riforma dipende soprattutto dalla sua attuazione successiva, tramite la nor-*

3. L'esclusione dalla gara per difetto dei requisiti di ordine generale nell'ottica della tassatività delle cause di esclusione

La ricostruzione dei motivi di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale deve tener conto del carattere "chiuso" delle cause di esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici [21].

In particolare, ai sensi della novella dell'art. 4, secondo comma, lett. d), d.l. 13.5.2011, n. 70, veniva introdotto il comma primo *bis* all'art. 46 del vecchio Codice degli appalti, secondo il quale "*la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle*".

Come affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, n. 9/2014, la disposizione sancita dal comma primo *bis* era "*chiaramente ispirata ai principi di massima partecipazione alle gare e del divieto di aggravio del procedimento*" e mirava "*a correggere quelle soluzioni, diffuse nella prassi (amministrativa e forense), che sfociavano in esclusioni anche per violazioni puramente formali*".

Tale impostazione è stata confermata anche dall'art. 83, ottavo comma, del

---

mativa secondaria, la regolazione e i provvedimenti applicativi da parte delle pubbliche amministrazioni". Osserva N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm*., 2017, 26, che "*l'opzione del legislatore per un codice 'snello' ha lasciato aperto un campo assai ampio agli atti attuativi, che vengono conseguentemente ad assumere un'importanza decisiva*". Sul tema anche C. DEODATO, *op. ult. cit.*, 1559 ss.

[21] Sul tema si vedano S. PONZIO, *I limiti all'esclusione dalle gare pubbliche e la ragionevolezza documentale*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 7 ss.; C.E. GALLO, *Le prescrizioni a pena di esclusione alla luce dell'art. 46, co. 1 bis, del codice dei contratti pubblici*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 3735 ss.; R. GIANI, *Le cause di esclusione dalle gare tra tipizzazione legislativa, bandi standard e dequotazione del ruolo della singola stazione appaltante*, in *Urb. e app.*, 2012, 95 ss.; R. DE NICTOLIS, *Le novità dell'estate 2011 in materia di appalti pubblici*, in *Urb. e app*., 2011, 2012 ss.; M. FRANCAVILLA, *Al via il principio di tassatività delle cause di esclusione*, in *Corr. merito*, 2012, 419 ss.; B. GILIBERTI, *La tassatività delle cause di esclusione nell'art. 46 comma 1 bis del d.lgs. 16 aprile 2006 n. 163: bilancio di una riforma*, in *Foro amm. Tar*, 2013, 1057 ss.; F. RISSO, *Il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche e il potere di "soccorso istruttorio"*, in *Foro amm., CDS*, 2013, 2528 ss.; L. DE GREGORIIS, *"A lo parlare agi mesura": potere di soccorso istruttorio e non tassatività del principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gare di appalto*", in *Foro amm*., 2014, 2268.

d.lgs. n. 50/2016, secondo il quale "*i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle*".

Ai fini della presente indagine, va messo a fuoco tale aspetto, dal momento che il potere di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti di ordine generale non può esercitarsi al di fuori delle ipotesi previste dal legislatore.

Invero, i motivi di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale che la stazione appaltante può prevedere nel bando di gara sono solo ed esclusivamente quelli contemplati dalla legge [22]; non vi è dubbio che "*grazie alla riforma un punto chiaro sia stato fissato: le stazioni appaltanti non hanno più facoltà di inserire nei bandi di gara clausole di esclusione laddove queste non facciano capo a previsioni di legge e di regolamento*" [23].

La valutazione dei requisiti di ordine generale dell'operatore economico ai fini dell'esclusione, pertanto, va effettuata solo in considerazione dei motivi di esclusione previsti dalla legge [24].

In altri termini, l'amministrazione non ha la possibilità di introdurre ulteriori cause di esclusione, diverse da quelle previste dal legislatore.

Corre necessaria una precisazione terminologica.

La dottrina parla di "*tassatività della cause di esclusione*", in generale, per in-

---

[22] R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, cit., 2008, ricollega la tassatività delle cause di esclusione al fatto che le stesse si risolvono in una riduzione della capacità contrattuale dell'operatore economico e, quindi, in una limitazione della libertà di iniziativa economica *ex* art. 41 Cost., pertanto l'amministrazione non potrebbe prevedere cause di esclusione ulteriori.

[23] B. GILIBERTI, *La tassatività delle cause di esclusione nell'art. 46 comma 1 bis del d.lgs. 16 aprile 2006 n. 163: bilancio di una riforma*, in *Foro amm. Tar*, 2013, 1071.

[24] L'ottavo comma dell'art. 83, d.lgs. n. 50/2016, in continuità con il previgente comma primo *bis* dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2016, pone il principio di tassatività delle cause di esclusione della gara, comminando la nullità delle previsioni della *lex specialis* di gara che stabiliscano cause di esclusione ulteriori e diverse rispetto a quelle normativamente fissate. Si consideri, inoltre, che le fattispecie previste dalla legge sono da intendersi di stretta interpretazione; cfr. sentenza del Cons. Stato, sez. V, 21.5.2010, n. 3213 secondo la quale "*in materia di procedure ad evidenza pubblica, le clausole di esclusione poste dalla legge o dal bando in ordine alle dichiarazioni cui è tenuta la impresa partecipante alla gara sono di stretta interpretazione dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione (*ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2005 n. 5194; V, 13 gennaio 2005 n. 82; IV, 15 giugno 2004 n. 3903; VI, 2 aprile 2003 n. 1709). Pertanto, le norme di legge e di bando che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche devono essere interpretate nel rispetto del principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione*". Sulle previsioni di legge *extravagantes* rispetto al d.lgs. n. 50/2016, ma che hanno rilevanza diretta ai fini dell'esclusione dalla gara ad evidenza pubblica si veda V. CAPUZZA, *Le esclusioni dalle gare per appalti e concessioni non codificate dal d.lgs. n. 50/2016*, in *Dir. e proc. amm*., 2017, 188 ss.

dicare che le cause di esclusione dalle procedure di gara sono solo ed esclusivamente quelle previste dalla legge.

L'espressione deriva dalla rubrica dell'art. 46 del previgente Codice, che ha introdotto un meccanismo in base al quale le cause di esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici non previste dalla legge, sono nulle.

Così anche per i motivi di esclusione *ex* art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 ss.mm.ii.

La tassatività delle cause di esclusione sta ad indicare che l'elencazione di cui all'art. 80 è un catalogo "chiuso" di fattispecie escludenti.

Orbene, la "tassatività" in parola non va confusa con il principio di tassatività della fattispecie, che concerne il grado di determinatezza della fattispecie normativa, e che contempla l'ipotesi di esclusione, e le caratteristiche della valutazione dell'amministrazione relativa ai motivi di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale.

4. Ambito di applicazione: tipologie di contratti e soggetti partecipanti alla "gara"

I motivi di esclusione previsti dall'art. 80 si applicano agli appalti e alle concessioni nei settori ordinari, sia sopra sia sottosoglia comunitaria [25]. L'art. 136 del Codice dei contratti pubblici, inoltre, estende l'operatività dell'art. 80 ai settori speciali allorquando l'ente aggiudicatore è un'amministrazione aggiudicatrice.

Dal punto di vista soggettivo, in un primo momento, i requisiti di ordine generale ai sensi dell'art. 80 – dovevano essere posseduti anche dai subappaltatori, non solo dagli operatori economici che presentano l'offerta.

Il d.l. n. 32/2019, all'opposto, ha abrogato il riferimento alla figura del subappaltatore [26].

---

[25] Anche prima dell'emanazione del Codice di contratti pubblici del 2016, la giurisprudenza riteneva che "*il principio di cui all'art. 38 del Codice dei contratti presenta un carattere di generalità e trova quindi applicazione anche nelle gare dirette all'affidamento di concessioni di servizi. Si tratta, del resto, di un fondamentale principio di ordine pubblico economico che soddisfa l'esigenza di disporre di un soggetto contraente con l'amministrazione il quale sia affidabile sotto il profilo morale e degli altri requisiti richiesti*" Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7.8.2015, n. 3910. Cfr. anche det. Autorità di vigilanza sui contratti pubblici 12.1.2010, n. 1.

[26] In sede di conversione del decreto legge è stato previsto che "*nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fino al 31 dicembre 2020, in deroga all'articolo 105, comma 2, del medesimo codice, fatto salvo quanto previsto dal comma 5 del medesimo articolo 105, il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del 40 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. Fino alla medesima data di cui al periodo precedente, sono altresì sospese l'applicazione del comma 6 dell'articolo 105 e del terzo periodo del comma 2*

Invece, l'impresa ausiliaria, in caso di avvalimento, deve dichiarare il possesso dei requisiti di ordine generale (art. 89, terzo comma). Lo stesso dicasi per il contraente generale (art. 198).

Le cause di esclusione previste dall'art. 80 non si applicano, contrariamente, alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca, ai sensi dell'art. 12-*sexies* del d.l. 8.6.1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla l. 7.8.1992, n. 356 o degli artt. 20 e 24 del d.lgs. 6.9.2011 n. 159, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento [27].

Si è discusso anche sull'ambito soggettivo di applicazione dei requisiti di ordine generale nell'ipotesi di presentazione di un'offerta da parte di imprese associate, tra loro consorziate (consorzi stabili o società consortile) o che intendono consorziarsi o associarsi.

In siffatte ipotesi, la giurisprudenza sosteneva che i requisiti generali erano richiesti per tutte le imprese facenti parte dell'associazione o del consorzio.

Tale orientamento va recepito [28].

---

dell'articolo 174, nonché le verifiche in sede di gara, di cui all'articolo 80 del medesimo codice, riferite al subappaltatore".

[27] R. PROIETTI, *Commento all'art. 38*, in S. BACCARINI, G. CHINÉ, R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015, 481, ha osservato – con riferimento ad analoga previsione dell'art. 38 del d.lgs. n. 16/2006 – che "*si tende in tal modo a consentire la continuità dell'attività di impresa, una volta che i vertici della stessa siano stati sottoposti a misure penali o preventive*".

[28] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19.5.1994, n. 811; Cons. Stato, V, 20.1.2002, n. 507; Cons. Stato, sez. V, 28.6.2002, n. 3578; Cons. Stato, sez. VI, 29.4.2003, n. 2183; T.a.r. Venezia, sez. I, 3.3.2004, n. 467; Cons. Stato, sez. V, 16.11.2005, n. 6403; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 23.5.2006, n. 3132; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 8.9.2010, n. 32141; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 23.2.2012, n. 370 (con riferimento alle consorziate designate esecutrici del servizio), ma anche T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. II, 14.1.2011, n. 51. *Ex multis* T.a.r. Roma, sez. I, 5.4.2004, n. 3176 secondo la quale "*occorre, infatti, distinguere, in adesione a un convincente orientamento giurisprudenziale (espresso in una fattispecie di 'consorzio fra società di produzione e di lavoro' ex l. 25 giugno 1909, n. 422, soggetto, si noti, anch'esso dotato di personalità giuridica), tra 'requisiti generali per la partecipazione alle procedure, rilevanti sotto il profilo dell'ordine pubblico economico (idoneità morale e professionale dell'esecutore; assenza di procedure concorsuali in itinere)' e requisiti speciali, 'sul versante della capacità economico-finanziaria e tecnica, riferiti alla singola procedura'. Mentre questi ultimi possono essere riferiti al 'consorzio, quale unico soggetto che partecipa alla gara ed assume il vincolo contrattuale, anche avvalendosi delle dotazioni delle sue articolazioni organizzative', i primi devono, invece, 'essere posseduti anche dalle imprese concretamente incaricate dell'esecuzione della prestazione, stante la pregnanza dell'interesse pubblico alla moralità ed all'affidabilità in senso assoluto del soggetto chiamato all'esecuzione dell'appalto' (così Cons. Stato, sez. VI, 29 aprile 2003, n. 2183; v. anche Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2002 n. 507, nonché Cons. Stato, sez. V, 24 novembre 1997 n. 1367). In giurisprudenza sono state evidenziate (in materia di consorzi di cooperative) le conseguenze 'paradossali' cui potrebbe portare un'interpretazione difforme da quella appena riportata, ed individuate, ad esempio, nell'ipotetico affidamento dell'esecuzione del servizio, una volta che il consorzio abbia dimostrato la propria correntezza contributiva, ad imprese consorziate non in regola con il versamento degli oneri di legge. 'In questo modo', è stato osservato, 'la normativa sui consorzi di cooperative, ispirata da finalità di promozione del*

Va segnalato, infine, che nello svolgimento di procedure per l'affidamento di contratti secretati *ex* art. 162 del d.lgs. n. 50/2016, è stata riconosciuta una "grande libertà" dell'amministrazione nello svolgimento delle gare, anche per quanto riguarda i requisiti di ordine generale. Non si discute, naturalmente, dell'applicazione dell'art. 80, che è pacifica.

Piuttosto, la giurisprudenza ammette che il requisito della affidabilità vada calibrato in relazione alla "*peculiare delicatezza del servizio da affidare*", sempre nel rispetto dell'art. 4 del Codice, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità [29].

5. Finalità delle cause di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale: affidabilità morale e professionale dell'operatore e tutela dell'ordine pubblico economico

La riflessione sulla finalità del sistema delle cause di esclusione non ha un interesse meramente speculativo, ma serve anche a chiarire la *ratio* dell'istituto e a delineare la cornice nell'ambito della quale possono trovare soluzione diversi profili problematici collegati alla valutazione che l'amministrazione è chiamata a compiere in concreto.

Si diceva che l'articolata e complessa disciplina delle cause di esclusione per difetto dei requisiti generali fosse strumentale a garantire l'affidabilità morale e professionale dell'operatore economico che contratta con la pubblica amministrazione [30]. In tal senso, la dottrina espressamente evidenziava che l'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 stabiliva, *a contrario,* i requisiti di "*affidabilità morale indispensabili per l'ammissione alla gara*" [31].

Dopo l'introduzione del nuovo Codice dei contratti pubblici, la giurisprudenza

---

fenomeno cooperativistico, si tradurrebbe oggettivamente in uno strumento idoneo a consentire – mediante aggregazione in forma consortile di società prive dei requisiti di legge per la partecipazione alle gare e purché confluenti in un distinto soggetto dotato di esigua struttura ed (esso solo) in regola con detti requisiti – l'aggiramento di inderogabili prescrizioni normative discendenti dai principi generali e fondamentali delle procedure di evidenza pubblica' (così Cons. Stato, sez. V, n. 1367/1997 cit.; le norme in disamina sono ispirate, invero, alla finalità di ordine marcatamente pubblicistico di impedire a soggetti privi dei necessari requisiti di moralità e correttezza l'accesso al mercato delle commesse pubbliche; cfr. Cons. giust. amm., 21 marzo 2001 n. 149). Ora, non pare dubbio, alla luce della ratio *delle disposizioni sui requisiti di ordine pubblico economico, che anche una società consortile (*i.e. *il cui oggetto sociale evidenzi uno scopo consortile) sia equiparabile, sotto il profilo individuato, ai consorzi con attività esterna*".

[29] T.a.r. Napoli, sez. IV, 7.12.2017, n. 5786.

[30] R. Greco, *I requisiti di ordine generale*, cit., 2008, 1267.

[31] R. Proietti, *Commento all'art. 38*, cit., 484.

ha ribadito che "*l'esclusione per difetto dei requisiti morali viene disposta ove ci si trovi in presenza di determinate situazioni tassativamente indicate, che proprio in virtù della loro gravità e rilevanza comportano l'obbligatoria ed immediata esclusione. La ratio della norma di cui all'art. 80 risiede appunto nell'esigenza di verificare l'affidabilità complessivamente considerata dell'operatore economico che andrà a contrarre con la p.a. per evitare, a tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, che quest'ultima entri in contatto con soggetti privi di affidabilità morale e professionale*" [32].

Dunque, l'art. 80 fa in modo che alle procedure di affidamento partecipino soltanto imprese "affidabili".

La garanzia di affidabilità che il futuro contraente deve offrire alla pubblica amministrazione deve enuclearsi dalle circostanze escludenti [33]. A ciascuna causa di esclusione corrispondono esigenze particolari da tutelare, che tuttavia hanno un fondamento comune nella necessità che, a contrarre con la pubblica amministrazione, sia un operatore economico "affidabile".

Appare opportuno soffermarsi sulla nozione di "affidabilità" che deve possedere l'operatore economico per poter partecipare alla gara.

L'espressione "affidabilità" assume significati differenti a seconda del contesto di utilizzo: essa individua il grado di fiducia che si può riporre in qualcuno o in qualcosa, ovvero in senso tecnico è la rispondenza di uno strumento o di un intero sistema alla funzione a cui è destinato (ad es. l'affidabilità di un computer).

Nei rapporti tra privati, la misurazione dell'affidabilità negoziale è rimessa all'autonomia delle parti. L'ordinamento tutela soltanto la correttezza delle trattative e la buona fede precontrattuale, condanna, invece, la reticenza dei contraenti che, prima di stipulare il contratto, non abbiano comunicato all'altro contraente motivi di annullabilità del futuro contratto (artt. 1337 e 1338 c.c.) [34].

Nei contratti pubblici, poi, le caratteristiche di uno dei contraenti (l'amministrazione) e l'oggetto dei negozi fanno in modo che gli operatori economici debbano possedere determinate caratteristiche soggettive, prima ancora che requisiti oggettivi, a pena di esclusione.

I requisiti di ordine generale pongono le basi del rapporto di affidamento e di scel-

---

[32] T.a.r. Salerno, sez. I, 2.1.2017, n. 10.

[33] Anche la giurisprudenza osservava che "*è qui appena il caso di rammentare che il complessivo sistema normativo in tema di requisiti di ordine generale (ovvero 'di ordine pubblico' o 'di moralità') delineato dall'articolo 38 del 'Codice dei contratti risponde al prevalente interesse pubblico di assicurare che i partecipanti alle pubbliche gare siano dotati di requisiti soggettivi adeguati. Allo stesso modo, l'obbligo di assicurare il possesso di tali requisiti al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte è volto a garantire in modo adeguato il rispetto del generale principio della par condicio fra i partecipanti*" (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7.82015, n. 3910).

[34] Cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 6.

ta fiduciaria implicito e coessenziale a qualunque selezione ad evidenza pubblica[35].

Viene in soccorso il "considerando" 101 della Direttiva 2014/24/UE, che illumina il quadro normativo.

Il legislatore europeo chiarisce che, quando è in discussione l'affidabilità dell'operatore economico, quest'ultimo è inidoneo a ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico "*indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto*".

Dunque, l'affidabilità non va misurata rispetto alla capacità di eseguire il contratto, ed anche quando le cause di esclusione sono collegate a ipotesi di pregressi inadempimenti, questi ultimi sono rilevanti, in quanto mettono in discussione l'affidabilità soggettiva, e non "operativa", dell'operatore economico[36].

La misura dell'affidabilità soggettiva dell'operatore economico si colloca nel quadro delle libertà europee fondamentali della libera concorrenza tra le imprese e del principio della massima partecipazione alle gare pubbliche.

Il *favor partecipationis* nei confronti degli operatori economici deve corrispondere alla tutela del c.d. "*ordine pubblico economico*". Anche la giurisprudenza ha sostenuto che i motivi di esclusione (e, quindi, i requisiti di moralità) servono ad evitare che la contrattualistica pubblica si trasformarsi in un luogo dove si mette in discussione l'ordine pubblico economico[37].

A tal proposito, tuttavia, non può farsi a meno di osservare che, il richiamo al concetto dell'"*ordine pubblico economico*", rischia di complicare l'individuazione delle finalità dell'istituto in esame, dal momento che il predetto concetto è esso stesso ampiamente discusso in dottrina[38].

---

[35] Cons. Stato, sez. VI, 7.8.2015, n. 3910, già affermava che il principio di cui all'art. 38, d.lgs. 12.4.2006, n. 163, era dotato di un carattere di generalità e trova quindi applicazione anche nelle gare dirette all'affidamento di concessioni di servizi. Si tratta, del resto, di un fondamentale principio di ordine pubblico economico che soddisfa l'esigenza di disporre di un soggetto contraente con l'amministrazione il quale sia affidabile sotto il profilo morale e degli altri requisiti richiesti.

[36] I requisiti di ordine generale non sono funzionali alla verifica se l'operatore economico sia in grado di eseguire correttamente il contratto. In tal senso, R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 333.

[37] Parla di "requisiti di ordine pubblico economico" T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 5.4.2004 n. 3176. Cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. VI, 21.5.2013, n. 2725; Cons. Stato, sez. VI, 2.2.2015, n. 462; Cons. Stato, sez. V, 10.8.2016, n. 3578. In tal senso anche T.a.r. Bari, Puglia, sez. I, 9.6.2016, n. 744 secondo la quale "*i requisiti di ordine generale devono essere posseduti dal momento di presentazione della domanda di partecipazione, dovendo persistere in capo al partecipante sino alla conclusione del contratto. Si tratta, a tutta evidenza, di un fondamentale principio di ordine pubblico economico che soddisfa l'esigenza che il soggetto che contrae con l'Amministrazione sia affidabile e, quindi, in possesso dei requisiti di ordine generale e di moralità che la norma tipizza*". In dottrina, di recente, si veda L. PONZONE, *Requisiti di ordine generale e di idoneità professionale*, in F. SAITTA (a cura di), *Appalti e contratti pubblici*, Padova, 2016.

[38] Per riferimenti essenziali sulla nozione di ordine pubblico economico si vedano G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, in *Enc. dir*., XXX, Milano, 1980, 1053 ss.; G. BIANCO, *Costituzione economica ed*

Tra l'altro, il richiamo all'ordine pubblico economico, non deve indurre ad un "*ritorno al passato*", nel quale "*la disciplina dei contratti pubblici è sempre stata prevalentemente finalizzata alla tutela dell'interesse pubblico: interesse pubblico alla buona gestione delle risorse, interesse pubblico all'imparzialità, interesse pubblico alla realizzazione delle opere e così via*" [39], in un sistema nel quale la gara pubblica non servirebbe solo a scegliere il migliore offerente, ma uno strumento di politica pubblica, da finalizzare di volta in volta ad obiettivi di finanza pubblica, o sociali, o di ordine pubblico [40].

La regolazione europea ha imposto un mutamento di indirizzo: secondo le direttive europee la disciplina dei contratti pubblici è ispirata alla tutela della concorrenza, ma anche alla tutela dell'ambiente, alla garanzia di misure sociali e del lavoro, alla promozione dell'innovazione [41].

Nel quadro così delineato, anche la necessità di tutelare il buon andamento dell'azione amministrativa assume connotati più incisivi e marcatamente orientati verso l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa, nel rispetto delle libertà individuali [42].

I requisiti di ordine generale, dunque, si pongono lungo il crinale della libertà di iniziativa economica, costituzionalmente tutelata *ex* artt. 3 e 41 Cost., nel rispetto della libertà di iniziativa altrui e di altri valori ordinati del sistema, sanciti dal Codice dei contratti e dalle direttive europee.

Non si tratta di tutelare l'interesse pubblico *tout court* inteso.

Il diritto di partecipare alla gara e di concorrere all'aggiudicazione dell'appalto può esercitarsi solo ed esclusivamente a condizione che siano rispettati i principi generali in materia di contratti pubblici sanciti dalla Costituzione e dall'art. 2 del Codice dei contratti.

È così che la fase di ammissione alle procedure di affidamento dei lavori pub-

---

ordine pubblico economico, in *Dig. disc. pubbl*., III Agg., Torino, 2008 e la bibliografia *ivi* richiamata.

[39] L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 291 ss.

[40] L. TORCHIA, *op. loc. ult. cit*.

[41] L. TORCHIA, *op. loc. ult. cit*.

[42] Cfr. L. TORCHIA, L. TORCHIA, *op. loc. ult. cit*., secondo la quale "*le nuove direttive sono ancora largamente ispirate alla ratio originaria, basata sulla volontà di garantire la concorrenza in un settore – quello dei contratti pubblici, appunto – qualificato come un mercato, all'interno del quale è importante, innanzitutto, garantire l'accesso a tutti gli operatori e assicurare ai medesimi operatori condizioni di parità, trasparenza e imparzialità*" (…) "*Il mercato dei contratti pubblici è il prodotto di una regolazione che impedisce l'abuso del potere pubblico in assenza di concorrenza e mima, per così dire, le condizioni nelle quali gli operatori si troverebbero se negoziassero fra di loro, e non invece, con un soggetto pubblico, le cui risorse provengono dalla fiscalità generale*". Così "*la tutela della concorrenza è anche il primo strumento per assicurare l'efficienza del processo di acquisizione di lavori, servizi e forniture da parte delle amministrazione pubbliche*".

blici diventa il "luogo ideale" (il primo) nel quale dare attuazione ai precetti normativi generali in una mutata visione del sistema della contrattualistica pubblica.

L'amministrazione deve effettuare le valutazioni sempre alla luce di criteri normativi.

Dalla lettura delle norme in materia di cause di esclusione verrà enucleata una nozione ampia di affidabilità, che riguarda sia aspetti morali "in generale", sia professionali nello specifico.

Il non trovarsi in determinate situazioni di "*deficit morale*" diventa il criterio per "misurare" il grado di fiducia da riporre nell'operatore economico, confidando nella corretta e leale esecuzione dell'eventuale contratto. Il precedente "*moralmente discutibile*" – già "condannato" in altro momento dall'ordinamento giuridico – diventa un elemento ostativo specifico (e insuperabile) alla partecipazione alla pubblica gara.

Così assumono rilevanza le condanne penali più o meno collegate all'attività di impresa (dai reati con finalità di terrorismo allo sfruttamento del lavoro minorile alla irregolarità contributiva) ovvero precedenti illeciti professionali, delineando, *a contrario,* i connotati del contraente "modello".

L'art. 80 descrive motivi di esclusione che sono eterogenei, ma tutti contraddistinti dall'esigenza di garantire l'affidabilità (nelle sue complementari declinazioni di affidabilità morale e professionale) dell'impresa che contratta con la pubblica amministrazione.

In definitiva, se è vero che residuano spazi valutativi nella verifica della sussistenza delle cause di esclusione, l'amministrazione dovrà tener conto delle finalità sottese alle previsioni di cui all'art. 80 per motivare le sue scelte.

Può osservarsi, tuttavia, che quando il legislatore predetermina in tutti i suoi aspetti il motivo di esclusione, stabilendo "a monte" che una determinata circostanza è in grado di compromettere l'affidabilità dell'impresa, emerge una nozione più ampia di affidabilità, che tiene in considerazione anche aspetti *latu sensu* "morali" dell'operatore economico o aspetti finanziari.

Diversamente, se il legislatore attribuisce in un qualche modo l'apprezzamento dell'affidabilità dell'impresa alla pubblica amministrazione, il parametro dell'affidabilità dovrà essere calibrato sulla vita e sulla storia professionale dell'operatore economico.

6. L'esclusione derivante da condanne penali definitive

L'art. 80, primo comma, esclude dalla partecipazione a una procedura di gara l'operatore economico che abbia riportato una condanna, accertata con sentenza definitiva (o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di ap-

plicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del Codice di procedura penale), per determinate tipologie di reati e, in ogni caso, per qualsivoglia delitto che comporti anche la pena accessoria dell'incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione.

La previsione delle tipologie di reati è puntuale e, a differenza del passato, può considerarsi tassativa.

Va evidenziato sin da ora che, secondo l'attuale impianto normativo dei motivi di esclusione, l'aver riportato condanne penali può assumere rilevanza anche nell'ipotesi in cui esse non siano definitive.

Secondo la giurisprudenza prevalente, infatti, l'art. 80, primo comma, va letto in combinato disposto con l'art. 80, quinto comma, lett. c), perché condanne non definitive per "gravi illeciti professionali" che mettono in dubbio la moralità o l'integrità dell'operatore economico, potrebbero comunque essere prese in considerazione dalla stazione appaltante ai fini della sua esclusione dalla gara [43].

Si discute, invece, se il mero rinvio a giudizio per fatti di grave rilevanza penale possa essere considerato dalla pubblica amministrazione ai fini dell'esclusione [44].

L'art. 80, primo comma, stabilisce l'esclusione dalla gara dell'operatore economico nel caso di condanne per: a) delitti, consumati o tentati, di associazione per delinquere o associazione di tipo mafioso anche straniere (artt. 416, 416-*bis* c.p.) ovvero delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 d.p.r. 9.10.1990, n. 309),

---

[43] Così le Linee guida ANAC n. 6.

[44] Si registrano sulla questione due diversi orientamenti. Da una parte, esclude l'efficacia escludente generale di un atto di mero rinvio a giudizio la sentenza del Cons. Stato, sez. II, 23.5.2018, n. 610, secondo la quale, con riferimento alla partecipazione alle gare o al mantenimento di concessioni in materia di giochi pubblici "*avuto riguardo alla natura esiziale e gravemente pregiudizievole per gli interessi e l'immagine del concessionario del provvedimento di decadenza, il riferimento al mero 'rinvio a giudizio', ossia a un atto del processo penale che non contiene ancora alcun accertamento di reità possa essere giustificato solo in presenza di una fonte di carattere rimario che, in considerazione della peculiarità e delicatezza del settore, preveda le specifiche deroghe al generale principio, fatto proprio dall'art. 80 del codice dei contratti pubblici, per il quale è sempre necessario un accertamento penale passato in giudicato. Nel caso di specie la disposizione di legge esiste ed è quella richiamata dall'art. 24, comma 25, D.L. 6 luglio 2011 n. 9*". Dunque, secondo l'orientamento in esame, un atto di mero rinvio a giudizio, non contenente alcun accertamento penale, può assumere rilevanza escludente solo in casi eccezionali ed espressamente previsti dalla legge. Dall'altra parte, invece, si registrano pronunce che depongono nel senso della rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara anche dei meri rinvii a giudizio. Cfr. T.a.r. Toscana, Firenze, 21.12.2018, n. 1679; T.a.r. Emilia-Romagna, Parma, 26.11.2018, n. 310, secondo la quale la pendenza di un procedimento penale nello stesso ambito di attività oggetto dell'affidamento avrebbe dovuto essere approfondito dalla stazione appaltante "*per un più sicuro giudizio sulla integrità e sull'affidabilità del raggruppamento*".

di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*quater* d.p.r. 23.1.1973, n. 43) e di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (art. 260 d.lgs. 3.4.2006, n. 152) in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'art. 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio; b) delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322, 322-*bis*, 346-*bis*, 353, 353-*bis*, 354, 355 e 356 del Codice penale nonché all'art. 2635 del Codice civile; b *bis*) false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 e 2622 del Codice civile [45]; c) frode ai sensi dell'art. 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; d) delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche; e) delitti di cui agli artt. 648-*bis*, 648-*ter* e 648-*ter*.1 del Codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'art. 1 del d.lgs. 22.6.2007, n. 109 e successive modificazioni; f) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il d.lgs. 4.3.2014, n. 24; g) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

Ai fini dell'esclusione dell'operatore economico, devono ricorrere due presupposti: che la condanna sia stata accertata con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del Codice di procedura penale, e che la stessa riguardi le fattispecie criminose individuate dal primo comma dell'art. 80.

L'art. 80 del nuovo Codice ha delineato l'ambito soggettivo di operatività della causa di esclusione in esame, specificando al terzo comma – sulla scorta dell'orientamento pregresso della giurisprudenza amministrativa – che "*l'esclusione di cui al comma 1 va disposta se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio*" [46].

---

[45] La lett. b-*bis*) è stata introdotta dal decreto correttivo al Codice (d.lgs. n. 56/2017).

[46] Il d.l. n. 32/2019 ha modificato il comma precisando "*in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro*", facendo in modo di ricomprendere nell'ambito di applicazione della fattispecie anche le società con un numero di soci pari a quattro. La figura del "Responsabile tecnico" *ex* d.m. n. 120/2014 non è assimilabile a quella del direttore tecnico; ne deriva che gli obblighi di-

Il decreto correttivo, d.lgs. n. 56/2017, ha precisato che, tra i membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, vanno ricompresi anche "*gli institori e i procuratori generali, dei membri degli organi con poteri*" [47].

L'art. 80, inoltre, ha sostanzialmente riprodotto la previsione relativa all'estensione dei soggetti da considerare, stabilendo che "*in ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata*" [48].

L'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna [49] ovvero in caso di revoca della condanna medesima [50].

Occorre evidenziare che il legislatore postula una sostanziale equivalenza tra sentenza definitiva e decreto penale di condanna divenuto irrevocabile da una parte, e sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. dall'altra.

Detta equivalenza – non nuova al diritto amministrativo – solleva perplessità, dal momento che la Direttiva 2014/24/UE si riferisce alla "*sentenza definitiva*" che, nel nostro ordinamento, dovrebbe intendersi come sentenza di condanna

---

chiarativi di cui all'art. 80, primo e terzo comma, non possono estendersi al responsabile tecnico. In tal senso, T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 15.1.2019, n. 213 (anche, più in generale, sul divieto di interpretare i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara in modo estintivo o analogico); T.a.r. Umbria, Perugia, sez. I, 9.4.2018, n. 205.

[47] Sull'effettivo ambito soggettivo di applicazione dell'art. 80, primo comma, si veda Cons. Stato, 3.12.2018, n. 6866.

[48] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 18.6.2018, n. 3732, sostiene l'estensione dell'obbligo di attestazione dei requisiti di moralità degli amministratori cessati dalla carica (nell'anno precedente alla pubblicazione del bando) nonché agli amministratori cedenti l'azienda (o a cui l'azienda sia stata fusa per incorporazione) per evitare la partecipazione alla gara di una società già utilizzata per commettere "illeciti". Detta tesi si fonda sulla presunzione – che pure può essere superata offrendo adeguata prova – di continuità tra la vecchia e nuova gestione imprenditoriale, dato che le vicende circolatorie sottendono l'unicità dell'imprenditore.

[49] Secondo la giurisprudenza, l'estinzione del reato deve essere riscontrata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale (art. 676 c.p.p.). Fino a quando non intervenga il provvedimento giurisdizionale del giudice dell'esecuzione penale, non può legittimamente parlarsi di reato estinto e il soggetto partecipante alla gara, deve dichiarare la sussistenza dell'intervenuta condanna (Cons. Stato, sez. III, 29.5.2017, n. 2548; Cons. Stato, sez. III, 5.10.2016, n. 4118; Cons. Stato, sez. V, 28.8.2017, n. 4077; Cons. Stato, sez. V, 15.3.2017, n. 1172; *contra*: Cons. Stato, sez. VI, 7.5.2018, n. 2704).

[50] Il d.l. n. 32/2019, dopo le parole "*quando è intervenuta la riabilitazione*" di cui all'art. 80, terzo comma, ha inserito le seguenti: "*ovvero, nei casi di condanna ad una pena accessoria perpetua, quando questa è stata dichiarata estinta ai sensi dell'art. 179, settimo comma, del Codice penale*".

"*passata in giudicato*", contenente l'accertamento irrevocabile di reità.

Da una parte, le perplessità sollevate troverebbero conferma nel fatto che la dottrina processual-penalistica, dal canto suo, ha sottolineato l'assenza di una vera e propria verifica della colpevolezza dell'imputato in un siffatto provvedimento [51]; inoltre, è consolidato l'orientamento giurisprudenziale per cui la sentenza penale di applicazione della pena, ai sensi degli artt. 444 e 445 c.p.p., non implica un accertamento capace di fare stato nel giudizio civile [52].

Dall'altra, tuttavia, la giurisprudenza amministrativa, in maniera consolidata, afferma che, quando una norma assume l'esistenza di una condanna penale come presupposto (più o meno vincolante) per l'adozione di un provvedimento amministrativo, ovvero quale preclusione all'esercizio di determinate facoltà o diritti, a questi fini vale come sentenza di condanna anche quella emessa a seguito di patteggiamento *ex* art. 444 c.p.p. [53].

La formulazione dell'art. 80, primo comma, ha evidentemente recepito detta indicazione [54] e così anche la giurisprudenza in sede applicativa [55].

7. L'esclusione dalla gara per ragioni cautelari antimafia

L'art. 80, secondo comma, stabilisce che, la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto nel corso del procedimento di prevenzione o a seguito

---

[51] P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2005, 77. Invero, la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti non può essere posta dal giudice civile o amministrativo a fondamento di pronunce che postulino l'accertamento del fatto (cfr. Corte Cost., 11.12.1995, n. 499.

[52] Cfr. *ex multis* Cass. civ., sez. III, 30.7.2018, n. 20170. Per completezza, va segnalato un orientamento dei giudici di merito in base al quale la sentenza penale di applicazione della pena ai sensi degli artt. 444 e 445 c.p.p. – pur non implicando un accertamento capace di fare stato nel giudizio civile – contiene pur sempre una ipotesi di responsabilità di cui il giudice di merito non può escludere il rilievo senza adeguatamente motivare (si veda Trib. Arezzo, 19.6.2018, n. 666).

[53] In tal senso, si vedano Cons. di Stato, 7.10.2013, n. 4921; Cons. di Stato, sez. III, 27.3.2012, n. 1781; TRGA, Trento, 11.10.2016 n. 345; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. II, 4.6.2018, n. 533, con riferimento al rilascio del porto d'armi per uso caccia.

[54] La sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti non può essere posta dal giudice civile o amministrativo a fondamento di pronunce che postulino l'accertamento del fatto (cfr. Corte Cost., 11.12.1995, n. 499), né può spiegare effetti penali che siano subordinati a detto accertamento, in quanto priva dell'autorità propria del giudicato sostanziale, ma è "*del tutto equivalente alla condanna ordinaria, in mancanza di una disposizione che lo escluda espressamente, rispetto a quegli effetti extrapenali che l'ordinamento automaticamente ricollega al fatto giuridico della condanna, indipendentemente dai presupposti e dalle modalità procedimentali con cui sia stata adottata*" (Cons. Stato, sez. IV, 18.6.2009, n. 4006).

[55] Cfr. Cons. Stato, 29.11.2018, n. 6787.

dell'applicazione di misure di prevenzione antimafia ai sensi dell'art. 67 del d.lg. n. 159/2011 e la sussistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa ai sensi dell'art. 84, quarto comma, del medesimo decreto, comportano l'esclusione dell'operatore economico dalla gara [56].

Il d.l. n. 32/2019 (convertito in legge), al secondo comma, dopo il secondo periodo, ha aggiunto il seguente: "*Resta fermo altresì quanto previsto dall'articolo 34-bis, commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159*" [57].

La disposizione in questione mira a garantire il coordinamento tra le disposizioni antimafia e quelle del Codice dei contratti pubblici, la cui mancanza in passato aveva sollevato problematiche applicative di importante rilievo [58].

La norma, nella prima formulazione, mancava di indicare i destinatari. A differenza di quanto previsto per le cause di esclusione derivanti dalla condanna definitiva per determinate tipologie di reati, il legislatore non indicava i soggetti nei cui confronti occorreva procedere agli accertamenti antimafia.

Con il comunicato del Presidente dell'ANAC del 26.10.2016, l'Autorità nazionale anticorruzione aveva chiarito che "*in assenza di specifiche indicazioni, il motivo di esclusione di cui al comma 2, dell'art. 80 deve essere riferito ai soggetti che sono sottoposti alla verifica antimafia ai sensi dell'art. 85 del Codice Antimafia*". I soggetti individuati da quest'ultima disposizione sono effettivamente diversi da quelli per i quali è necessario – ai sensi dell'art. 80, terzo comma – la verifica della sussistenza delle condanne penali definitive "escludenti".

Sulla questione è intervenuto il d.lgs. n. 56/2017, che ha esteso l'ambito soggettivo del motivo di esclusione di cui all'art. 80, primo comma, anche alle ipotesi di esclusione per ragioni cautelari antimafia.

---

[56] Sul rilievo delle misure di prevenzione nell'affidamento dei contratti pubblici, si veda V. CAPUZZA, *Profili di diritto fallimentare, penale e negoziale nei requisiti per l'affidamento di appalti pubblici e concessioni*, Torino, 2012.

[57] Nella relazione del d.l. alla Camera dei deputati viene specificato che "*La novella in esame aggiunge al comma 2 dell'articolo 80 un periodo per specificare che resta altresì fermo quanto previsto dall'articolo 34-bis, commi 6 e 7, del D.Lgs. n. 159 del 2011. Tale articolo del Codice delle leggi antimafia, nel disciplinare il controllo giudiziario delle aziende, prevede – al comma 6 – che le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva (ai sensi dell'art. 84, co. 4), che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possano richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione, l'applicazione del controllo giudiziario (di cui al medesimo art. 34-bis, co. 2, lett. b)). Il tribunale, sentiti il procuratore distrettuale competente e gli altri soggetti interessati, nelle forme di cui all'articolo 127 del c.p.p. (Procedimento in camera di consiglio), accoglie la richiesta, ove ne ricorrano i presupposti; successivamente, anche sulla base della relazione dell'amministratore giudiziario, può revocare il controllo giudiziario e, ove ne ricorrano i presupposti, disporre altre misure di prevenzione patrimoniali. Il successivo comma 7 specifica che il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria o il controllo giudiziario, sospende gli effetti delle informazioni del prefetto*".

[58] Cfr. T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 9.3.2016, n. 266.

8. L'esclusione dalla gara per gravi violazioni fiscali o contributive

L'operatore economico può essere escluso dalla gara anche nell'ipotesi in cui abbia commesso gravi violazioni rispetto agli obblighi di pagamento delle imposte (e tasse) o dei contributi previdenziali.

Il requisito della regolarità fiscale e contributiva mira a evitare l'alterazione della *par condicio* tra i partecipanti alla gara e a garantire che l'amministrazione contratti solo con soggetti attendibili e finanziariamente solidi, riducendo in tal modo il rischio di dispersione ingiustificata di risorse pubbliche [59].

L'art. 80, nel recepire le indicazioni ermeneutiche della giurisprudenza [60], sancisce l'esclusione dalla gara di un operatore economico nell'ipotesi in cui abbia commesso "*violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti*".

---

[59] In tal senso, Cons. Stato, sez. V, 3.11.2016, n. 4606.

[60] L'art. 38, primo comma, lett. g), sanciva l'esclusione dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti dei lavori per i soggetti che avessero commesso "*violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti*"; mentre l'art. 38, primo comma, lett. i), stabiliva l'esclusione nelle ipotesi di "*violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti*". La valutazione della stazione appaltante circa la verifica delle irregolarità fiscali e contributive doveva conformarsi alle indicazioni del legislatore; in particolare, l'art. 38, secondo comma, stabiliva che "*ai fini del comma 1, lettera g), si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'articolo 48 bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602; costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili. Ai fini del comma 1, lettera i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266; i soggetti di cui all'articolo 47, comma 1, dimostrano, ai sensi dell'articolo 47, comma 2, il possesso degli stessi requisiti prescritti per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva*". Dunque, la valutazione circa la gravità delle violazioni era direttamente "conformata" dalla norma. Nonostante le indicazioni del legislatore, l'esatta individuazione della causa di esclusione in esame ha dato luogo a discordanti pronunce giurisprudenziali relative alla esatta specificazione del dettato normativo (specie con riferimento al requisito della definitività dell'accertamento della violazione). Con l'introduzione dell'art. 38, secondo comma, d.lgs. n. 163/2006 ss.mm.ii., il legislatore pose fine a un lungo dibattito giurisprudenziale relativo al valore del Durc ai fini dell'accertamento della regolarità contributiva dell'operatore economico (sul tema si veda R. Ricci, *Le irregolarità in sede di gara: spunti di riflessione, in particolare, sulla tematica della regolarità o, meglio, della irregolarità contributiva*, in *Foro amm.*, 2011, 511 ss.). Alla luce della suddetta norma, nessun margine di "*ulteriore valutazione*" residuava in capo alla stazione appaltante circa l'apprezzamento della gravità delle violazioni previdenziali e assistenziali. Le decisioni dell'Ad. plen. del Cons. Stato, 25.5.2016, n. 10, e 29.2.2016, nn. 5 e 6 hanno definitivamente chiarito la esattezza della tesi.

Viene, altresì, precisato che "*costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602*" e che "*costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale* [61]".

Non residuano margini di valutazione in capo alla stazione appaltante per quanto concerne l'individuazione delle violazioni rilevanti ai fini dell'esclusione.

La disposizione precisa, inoltre, cosa debba intendersi per "*violazioni definitivamente accertate*", vale a dire quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione [62].

L'art. 80, quarto comma, contempla altresì una ipotesi di ravvedimento, che consente all'operatore economico di partecipare alla gara, in base alla quale "*non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande*".

La valutazione che compie l'amministrazione circa la verifica della regolarità della situazione fiscale e contributiva di un operatore economico è derivabile dalla

---

[61] Il quarto comma è stato modificato dal decreto correttivo al Codice, d.lgs. n. 56/2017. L'originaria formulazione del quarto comma dell'art. 80 richiamava solo l'art. 8 del d.m. 30.1.2015 "*Semplificazione in materia di documento unico di regolarità contributiva*".

Nella nuova formulazione il richiamo è esteso a tutte le fattispecie ostative al rilascio del DURC previste dal d.m. 30.1.2015. Già in precedenza, la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedura di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione veniva demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (DURC) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., n. 8/2012). Per approfondimenti si vedano, in giurisprudenza, anche Cons. Stato, sez. V, 19.2.2019 n. 1141; T.a.r. Lazio, sez. III *quater*, 23.8.2018, n. 9023; T.a.r. Lazio, Roma, 5.6.2018, n. 6234; Cass. civ., sez. lav., n. 17119/2015.

[62] Sul requisito della "definitività" delle violazioni contributive, si vedano A. GIACALONE, A. PELOSIO, *La "definitività" delle violazioni contributive e le esigenze di par condicio*, Commento a Cons. Stato, sez. VI, 15.9.2017, n. 4349, in *Urb. e app*., 2018, 72 ss. In particolare, viene segnalato – in continuità con l'orientamento giurisprudenziale precedente – che l'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), opera solo nei rapporti tra impresa e ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione. Inoltre, l'operatore economico "*all'atto di partecipare ad una gara pubblica, non può affidarsi alla residua validità temporale di una certificazione, premurandosi invece di acquisire e, conseguentemente, fornire dati attuali e rispondenti alla situazione attuale*".

luce del dettato normativo, delle soluzioni interpretative fornite direttamente dall'art. 80 e dalle norme tributarie da esso richiamate.

Orbene, l'art. 80 si "sforza" di specificare alcune espressioni, ma non chiarisce tutte le problematiche che la formulazione della norma pone, tenuto conto della specialità e della complessità delle fattispecie tributarie.

Innanzitutto, non vengono specificati quali siano gli atti idonei a fare sorgere l'obbligazione tributaria, vale a dire quali siano gli atti che, definitivamente inadempiuti, possono determinare l'esclusione dalla gara.

La giurisprudenza concorda sul fatto che, la fase della riscossione e gli atti che costituiscono meri sviluppi esecutivi della fase di accertamento del debito tributario, siano irrilevanti; in altri termini, sono sufficienti l'avviso di accertamento e gli atti ad esso equiparati, non occorrendo la cartella di pagamento.

Ne consegue che "*la definitività dell'accertamento tributario decorre non dalla notifica della cartella esattoriale in sé, semplice atto con cui l'agente della riscossione chiede il pagamento di una somma di denaro per conto di un ente creditore, dopo aver informato il debitore che il detto ente ha provveduto all'iscrizione a ruolo di quanto indicato in un precedente avviso di accertamento, bensì dalla comunicazione di quest'ultimo*" [63].

In verità, restano, una serie di altre questioni interpretative che possono sorgere in relazione alla peculiarità di alcune fattispecie: sull'atto di revoca del credito di imposta [64], sulla possibilità di regolarizzazione prospettata dall'art. 80, quarto comma [65].

---

[63] *Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 21.6.2012, n. 3663; Cons. Stato, sez. V, 18.1.2011, n. 789; T.a.r. Campania, Napoli, 28.12.2018, n. 7365; Cons. Stato, sez. V, 10.8.2017, n. 3985. Qualifica l'avviso di accertamento come titolo esecutivo della pretesa tributaria T.a.r. Lazio, Roma, 8.11.2018, n. 10800. T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 4.3.2019, n. 448 afferma che "*in relazione al disposto dell'art. 80, comma 4 d.lg. 50 del 2016, le violazioni degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse si considerano "definitivamente accertate" allorquando rivengono da sentenze passate in giudicato, ovvero da atti amministrativi inoppugnabili (perché non tempestivamente gravati); quest'ultimo è il caso: a) della cartella di pagamento emessa a seguito di avviso di accertamento non impugnato ovvero confermato all'esito del giudizio; b) della cartella di pagamento che, pur costituendo il primo atto con il quale si manifesta la pretesa impositiva, non sia stata tempestivamente impugnata*".

[64] Si è discusso se un atto di revoca del credito di imposta possa essere sussunto nella previsione normativa in esame così da rendere predicabile l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento o, in ogni caso, da inficiare la legittimità di un provvedimento di aggiudicazione. Nel caso di specie, il giudice amministrativo, persuaso dall'efficacia della tesi ermeneutica e delle argomentazioni difensive articolate dalla parte ricorrente, ha ritenuto che "*l'effetto di accertamento che si riconnette alla revoca del credito di imposta non può dirsi completo in quanto non è ancora espressione di una pretesa tributaria compiutamente e definitivamente stabilita, occorrendo in vista del relativo recupero accertare l'entità del dovuto in ragione anche delle modalità e dei tempi di concreto utilizzo del credito*" (cfr. Cons. Stato, 2.4.2019, n. 2183). Dunque, sebbene la pretesa tributaria, che confluisce nell'atto di recupero, non sia una pretesa "nuova" rispetto a quella originaria, solo l'ulteriore manifestazione provvedimentale (l'atto di recupero) contiene la liquidazione dell'importo dovuto e l'indicazione di interessi e sanzioni. La pretesa tributaria, indi, può dirsi compiu-

Inoltre, l'art. 80, quarto comma, d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che "*Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali. Per gravi violazioni non definitivamente accertate in materia contributiva e previdenziale s'intendono quelle di cui al quarto periodo. Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle stabilite da un apposito decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e previo parere del Dipartimento per le politiche europee della Presidenza del Consiglio dei ministri, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore delle disposizioni di cui al presente periodo, recante limiti e condizioni per l'operatività della causa di esclusione relativa a violazioni non definitivamente accertate che, in ogni caso, devono essere correlate al valore dell'appalto e comunque di importo non inferiore a 35.000 euro*".

Nelle ipotesi di "*gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali*" l'amministra-

---

tamente e contenutisticamente determinata solo al momento della emanazione dell'atto di recupero. Solo la definitività dell'atto di recupero può assurgere a presupposto della fattispecie escludente. Detta ricostruzione va condivisa e trova conforto anche in una considerazione ulteriore.

La circostanza che l'art. 80, quarto comma, consenta all'operatore economico di "ravvedersi" e regolarizzare la sua posizione fiscale prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, presuppone che l'atto costitutivo della pretesa tributaria – rilevante – sia determinato anche nell'*an* e nel *quantum*.

[65] La norma stabilisce che onde evitare l'esclusione dalla gara, l'operatore economico deve aver pagato o "*deve aver assunto l'impegno*" a pagare "*prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande*" (Cons. Stato, sez. V, 2.7.2018, n. 4039). Sorgono, innanzitutto, questioni circa i comportamenti che integrano la condotta "*di aver assunto l'impegno a pagare*". Da una parte, la giurisprudenza ha recepito gli orientamenti pregressi circa l'insufficienza della mera presentazione della sola istanza di dilazione o di rateizzazione dei debiti tributari o contributivi, richiedendo la necessità dell'accoglimento dell'istanza da parte dell'amministrazione. Dall'altra, sembra che la giurisprudenza abbia affermato che "l'impegno" al pagamento può anche contenuto nell'adesione alla definizione agevolata dei carichi fiscali di cui all'art. 6, l. 22.9.2016, n. 193. Anche a tal proposito, tuttavia, la mera istanza di adesione alla definizione agevolata dei carichi fiscali non dovrebbe essere sufficiente a ritenere formalizzato l'impegno al pagamento, in aderenza alla tesi consolidata circa la necessità dell'accoglimento dell'istanza di dilazione o di rateizzazione da parte dell'amministrazione finanziaria, prima della presentazione dell'offerta, affinché possa ritenersi verificata l'ipotesi di "regolarizzazione" ammessa dall'art. 80, quarto comma. Invero, potrebbe anche mettersi in discussione che la formalizzazione dell'impegno al pagamento si cristallizzi con l'accoglimento dell'istanza in tutte le ipotesi innanzi richiamate. Tuttavia, la giurisprudenza del Consiglio di Stato sostiene che la regolarizzazione deve essere avvenuta prima della presentazione dell'offerta; in particolare, "*la norma aggiunta al comma 4* (dell'art. 80) *consente all'impresa che intenda partecipare alla gara di aderire all'invito alla regolarizzazione fino al momento di presentazione dell'offerta, potendo perciò autocertificare il possesso del requisito a tale momento anche se non abbia ancora pagato le somme dovute agli enti di previdenza ed assistenza, ma purché a tale data si sia formalmente impegnata al pagamento*" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12.12.2018, n. 7022).

zione può escludere l'operatore economico, e non è obbligata a farlo.

In ossequio all'art. 80, quarto comma, è stato emanato in data 28.9. 2022 il Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze, recante "*Disposizioni in materia di possibile esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto per gravi violazioni in materia fiscale non definitivamente accertate*".

9. Il potere dell'ANAC di accertare "*il dolo o la colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa dichiarazione*"

Va segnalato, infine, un motivo di esclusione che non è rimesso alla valutazione della stazione appaltante in occasione della specifica procedura di affidamento, ma alle determinazioni dell'ANAC.

Il ruolo dell'ANAC, nel sistema delle cause di esclusione dalle procedure di affidamento, non è meramente regolatorio, ma si traduce anche nella eventualità di comminare una vera e propria sanzione nei confronti delle imprese.

Infatti, ai sensi dell'art. 80, dodicesimo comma: "*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 che, 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 ai sensi del comma 1 fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia*".

Non si comprende bene sulla scorta di quali parametri l'ANAC sia chiamata a effettuare tale valutazione. In ogni caso, si tenga presente che, l'iscrizione nel casellario informatico non è necessitata ed è autonoma rispetto alla gara. Detta iscrizione nel casellario informatico produce effetti direttamente "escludenti"; l'iscrizione dell'ANAC ai sensi dell'art. 80, dodicesimo comma, dunque, produce l'effetto di escludere l'operatore economico dalla gara per il periodo di efficacia dell'iscrizione nel predetto casellario. Non si tratta di una iscrizione relativa a circostanze che la singola stazione appaltante potrà valutare ai fini della formulazione del giudizio di affidabilità e di integrità dell'operatore economico, ma in presenza di detta iscrizione l'amministrazione dovrà escludere l'operatore economico.

Si tratta di un potere sanzionatorio dell'ANAC, che produce effetti, in via diretta e obbligatoria, rispetto alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Capitolo Diciassettesimo

L'esclusione dell'operatore economico dalla gara ai sensi dell'art. 80, quinto comma, del Codice dei contratti pubblici

ENZA ROMANO

SOMMARIO: 1. La configurazione legislativa del potere valutativo dell'amministrazione ai sensi dell'art. 80 del Codice dei contratti pubblici. – 2. I motivi di esclusione previsti dall'art. 80, quinto comma. – 3. L'art. 80, quinto comma, lett. a). – 4. L'esclusione per gravi illeciti professionali. – 4.1. L'individuazione dei gravi illeciti professionali e l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico. – 5. L'esclusione dell'art. 80, quinto comma, lett. c-*bis*). – 6. La perimetrazione degli obblighi dichiarativi (art. 80, quinto comma, lett. c-*bis*), f-*bis*) ed f-*ter*). L'Adunanza plenaria del Cons. Stato n. 16/2020. – 6.1. I dubbi circa l'ambito di applicazione dell'art. 80, quinto comma, lett. f-*bis*). – 6.2. L'elemento "specializzante" dell'art. 80, quinto comma, lett. c-*bis*) ovvero il significato dell'espressione "*suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*". Le informazioni "*dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*". – 7. L'art. 80, quinto comma, lett. c-*ter*). – 8. L'art. 80, quinto comma, lett. c-*quater*). – 9. Le ulteriori esclusioni previste dal quinto comma. – 10. Controllo del giudice amministrativo avente a oggetto la valutazione dell'amministrazione ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 s.m.i.

1. La configurazione legislativa del potere valutativo dell'amministrazione ai sensi dell'art. 80 del Codice dei contratti pubblici

L'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 [1] disciplina le cause di esclusione di un operato-

[1] L'art. 80 del Codice di contratti pubblici delinea la figura di operatore economico con il quale la pubblica amministrazione può legittimamente contrattare. Il profilo di "operatore economico affidabile" non si ricava solo dall'assenza di condanne penali definitive (art. 80, primo comma) e di interdittive antimafia (art. 80, secondo comma) o dalla regolarità contributiva o fiscale (art. 80, quarto comma), ma è più articolato e si riferisce alla vita professionale del soggetto nel suo complesso. In particolare, l'art. 80, quinto comma, riprende la tecnica legislativa di "elencazione" utilizzata dal-

re economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici per la mancanza dei c.d. requisiti di ordine generale[2]. La predetta norma configura il potere in

l'art. 38 del Codice degli appalti previgente, individuando una serie di motivi di esclusione differenti sia per contenuti sia per tipologia di valutazione. Le fattispecie escludenti in esso contemplate sono state incrementate dal decreto correttivo al Codice, d.lgs. n. 56/2017 (si pensi alle ipotesi di cui all'art. 80, quinto comma, lett. f-*bis*) e f-*ter*), e sono state oggetto, altresì, di rimodulazione da parte del d.l. n. 135/2018, in vigore dal 15.12.2018 per i bandi pubblicati e gli inviti trasmessi dal 16.12.2018, che ha attribuito autonomia alle singole fattispecie esemplificative, in precedenza rientranti nella categoria dei gravi illeciti professionali *ex* art. 80, quinto comma, lett. c). Anche il d.l. 18.4.2019, n. 32, coordinato con la legge di conversione 14.6.2019, n. 55, ha ulteriormente modificato l'art. 80, quinto comma: in particolare, l'ipotesi *sub* lett. b) è stata sostituita dalla seguente: "*b) l'operatore economico sia stato sottoposto a fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110 del presente codice e dall'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*"; inoltre, è stata inserita una ulteriore causa di esclusione, vale a dire quando l'operatore economico abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato (art. 80, quinto comma, lett. c-*quater*). Infine, si tenga presente che l'art. 80 richiama espressamente norme penali o di altro genere che trovano applicazione nella disciplina dell'esclusione degli operatori economici dalla gara. Sul tema si vedano le riflessioni di V. CAPUZZA, *Le esclusioni dalle gare per appalti e concessioni non codificate dal d.lgs. n. 50/2016*, in *Dir. e proc. amm*., 2017, 188 ss.

[2] In dottrina, sui requisiti di ordine generale prima del Codice dei contratti pubblici del 2016, si vedano F. CARDARELLI, *Art. 38, Requisiti di ordine generale*, in AA.VV., *Il Codice dei Contratti Pubblici – Commento al d.lg. 12 aprile 2006, n. 163*, Milano, 2007; N. TORCHIO, *Requisiti per la qualificazione*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*. *Il regolamento di attuazione*, Milano, 2011, 4597 ss.; R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2008; S. STICCHI DAMIANI, *I requisiti di ordine generale*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 423 ss.; R. GRECO, *Art. 38, Requisiti di ordine generale*, in P. DE LISE, R. GAROFOLI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2009; V. CAPUZZA, *L'art. 38 del Codice degli appalti: la natura del divieto di stipulare*, in *Riv. trim. app.*, 3, 2010, 952 ss.; ID., *Le dichiarazioni in fase di gara sui provvedimenti di condanna dopo la legge n. 106/2011*, in *www.treccani.it*, 2011; A. CANCRINI, P. PISELLI, V. CAPUZZA, *La nuova legge degli appalti pubblici. Commentario al Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, IGOP, 2010, 153 ss.; S. LUCE, *I requisiti degli operatori economici*, in R. DE NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007; I. PAGANI, *I soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni "di ordine pubblico" nelle gare d'appalto*, in *Urb. e app*., 6, 2011, 713 ss.; F. APERIO BELLA, *Riflessioni sul requisito di "moralità professionale": vecchi dubbi e nuove soluzioni alla luce del "decreto sviluppo" n. 70 del 2011, convertito nella l. n. 106 del 2011*, in *Foro amm. TAR*, 10, 2011; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 333-343. Dopo l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici del 2016, si veda M. LASALVIA, *Commentario al nuovo Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*, Roma, 2016, 357 ss.; V. CAPUZZA, *Le esclusioni dalle gare per appalti e concessioni non codificate dal d.lgs. n. 50/2016*, in *Dir. e proc. amm*., 2017, 188 ss.; S. VINTI, *Motivi di esclusione*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, 942 ss.; F. MASTRAGOSTINO, *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app*., 2017, 752 ss.; A.G. PIETROSANTI, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, quinto comma, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 209 ss.; F. VENTURA, *Commento all'art. 80*, in A. CARULLO, G. IUDICA (diretto da), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2018, 725 ss.; A. MALTONI, *La Corte di giustizia ascrive gli illeciti antitrust nella categoria dei gravi illeciti professionali nonostante le "ritro-*

capo all'amministrazione di escludere un operatore economico dalla procedura in corso nell'ipotesi in cui ricorrano determinate condizioni.

Costituiscono motivi di esclusione situazioni eterogenee: dall'aver riportato condanne penali definitive collegate all'attività dell'impresa (dai reati con finalità di terrorismo allo sfruttamento del lavoro minorile) alla commissione di gravi illeciti professionali precedenti.

In alcuni casi l'amministrazione deve escludere dalla gara l'operatore economico limitandosi a verificare la sussistenza in concreto delle condizioni previste specificamente dalla legge; altre volte, invece, non solo deve "*verificare*" se la condizione descritta in termini generali dall'art. 80 ricorra, ma deve "*valutare*" se nel caso concreto essa determini effettivamente l'esclusione dalla procedura in corso [3].

A ciò si aggiunga che l'amministrazione può evitare l'esclusione dell'operatore economico, in alcuni casi, qualora l'operatore dimostri che vi sia stato un "ravvedimento", in altri, invece, se ritenga che l'operatore economico abbia adeguatamente posto in essere misure di risarcimento o di prevenzione degli illeciti o dei reati "escludenti" [4].

Il potere di esclusione dell'amministrazione trova il suo fondamento nell'astratta individuazione legislativa delle fattispecie espulsive. L'amministrazione, tuttavia, dovrà poi provvedere in concreto alla specificazione delle singole fattispecie [5].

---

sie" manifestate da una parte della giurisprudenza amministrativa, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2019, 792. Sia consentito rinviare anche a E. ROMANO, *L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici*, Torino, 2019.

[3] Sulla trattazione dei singoli motivi di esclusione previsti dall'art. 80 del Codice dei contratti pubblici, si rinvia alla trattazione in E. ROMANO, *L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici*, cit. e alla bibliografia ivi richiamata.

[4] Cfr. art. 80, settimo comma del Codice dei contratti pubblici. Sul rapporto tra il sistema delle misure di *self cleaning* a livello europeo e quello a livello di diritto interno si rinvia a P. PATRITO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici e il primo decreto correttivo (in corso di approvazione): primi spunti di riflessione*, in *Resp. civ. prev*., 2017, 335 ss.

[5] La questione dell'integrazione del precetto normativo da parte dell'amministrazione solleva problemi molto più ampi e complessi di quelli affrontanti nel presente scritto. Nella trattazione del tema della discrezionalità amministrativa, con particolare riferimento alle clausole generali, e al "potere di scelta" dell'amministrazione L. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm*., 2013, 314 ss., evidenzia che "*per affrontare la questione adeguatamente occorre porsi il problema della concezione del potere esecutivo, della posizione costituzionale dell'amministrazione e della spettanza della sovranità; in questo quadro le questioni e le soluzioni che si intende prospettare appariranno più comprensibili e sarà più agevole osservare per quali motivi il tema appaia oggi urgente, a fronte della crisi dello Stato e dell'affermazione di criteri non giuridici di organizzazione della società*".

Sul tema, si vedano, altresì, L.R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto*, in *Pers. e amm.*, 2018; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 127 ss., il quale indaga approfonditamente il rapporto esistente tra

Orbene, il potere valutativo dell'amministrazione di esclusione dell'operatore economico dalla gara, si presenta diversamente conformato a seconda del motivo specifico di esclusione. In particolare, il potere è diversamente strutturato e presenta profili vincolati strettamente connessi a profili discrezionali [6], a seconda del livello di determinatezza della fattispecie normativa.

In altri termini, se, da una parte, alcuni dei motivi di esclusione previsti dall'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 sembrano richiedere all'amministrazione una mera verifica di determinate condizioni [7], dall'altra, invece, ve ne sono altri che sollevano questioni circa la valutazione "*più o meno discrezionale*" dell'amministrazione.

Gli spazi valutativi riservati alla pubblica amministrazione presentano una diversa morfologia; anche i motivi di esclusione che sembrano costruiti secondo il mo-

---

Stato, potere esecutivo o amministrazione, potere amministrativo e provvedimento, affermando il ruolo condizionante svolto dai diritti fondamentali sul potere e sul provvedimento amministrativo e la funzione promozionale del diritto.

[6] S. PERONGINI, *op. ult. cit.*, 273-274, puntualizza che le strategie di configurazione del potere decisionale dell'amministrazione, infatti, siano isolabili solo in sede teorica: "*nella realtà, esse si intrecciano fra di loro, dando luogo a poteri amministrativi variamente strutturati, nei quali profili vincolati sono connessi a profili discrezionali. Anche nello Stato costituzionale di diritto, in cui il principio di legalità si presenta in una veste sostanziale, oltre ai casi di potere vincolato, vi sono ipotesi in cui l'amministrazione è titolare di un potere che presenta margini di discrezionalità relativi al profilo positivo della prescrizione provvedimentale, vale a dire al contenuto del provvedimento, pur rinvenendo nell'assetto ordinamentale la disciplina in negativo di esso*". In generale, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 53-54 evidenziano che "*nell'evoluzione della parte generale del diritto amministrativo la relazione tra discrezionalità e atto amministrativo ha sempre giocato un ruolo determinante*" (…); "*si può dire che sotto la voce 'discrezionalità amministrativa' giurisprudenza e dottrina abbiano costantemente indagato il profilo sostanziale del potere che si esercita con il provvedimento amministrativo, cioè l'aspetto inerente alle scelte compiute dall'amministrazione per la cura dell'interesse pubblico*". Si rinvia agli scritti innanzi citati per indicazioni bibliografiche sulle diverse ricostruzioni della discrezionalità amministrativa che la dottrina ha elaborato nel tempo e che in questa sede non possono essere ripercorse.

[7] Si rende necessaria una precisazione onde fugare il campo di indagine da possibili fraintendimenti. Le fattispecie previste dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e, successivamente dall'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 sono motivi di esclusione obbligatori del concorrente dalla procedura di gara, vale a dire che, una volta che la stazione appaltante ne accerta la sussistenza, non può decidere se escludere o meno l'operatore economico ma dovrà estrometterlo dalla gara. In tal senso, la valutazione dell'amministrazione è "vincolata". Si veda, prima del Codice del 2016, R. PROIETTI, *Commento all'art. 38*, in S. BACCARINI, G. CHINÉ, R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015, 485, il quale puntualizza che "*la norma è formulata in modo tale da indurre a ritenere vincolata l'esclusione dalla gare in presenza di una delle cause indicate, sicché è possibile contare su margini di discrezionalità solo per valutare la ricorrenza o meno di requisiti soggettivi, ma una volta accertata l'assenza di un requisito di carattere generale non è consentito fare altro che escludere il concorrente*". Alla luce del quadro normativo attuale, tuttavia, la tassatività delle cause di esclusione – oltre che della indeterminatezza della fattispecie in sé considerata – deve tener conto del meccanismo del c.d. "*self cleaning*", in base a quanto stabilito dai commi 7, 8, e 9 dell'art. 80, che attribuiscono all'amministrazione uno "*spazio ulteriore*" di valutazione circa la rilevanza nel caso concreto della fattispecie escludente.

dello della "decisione vincolata"[8] disvelano spazi riservati dell'amministrazione[9].

La riflessione che segue è circoscritta alle fattispecie di violazione degli obblighi dichiarativi da cui può derivare l'esclusione, con riferimento alla circostanza che l'operatore economico abbia reso una dichiarazione falsa o fuorviante, o addirittura non l'abbia resa affatto, in sede di partecipazione alla gara.

2. I motivi di esclusione previsti dall'art. 80, quinto comma

Nel quinto comma dell'art. 80, il legislatore riprende la tecnica legislativa di "elencazione" utilizzata dall'art. 38 del Codice previgente, individuando una serie di motivi di esclusione differenti sia per contenuti sia per tipologia di valutazione.

Il tratto unificante delle varie ipotesi di esclusione va ravvisato nel fatto che ciascuna fattispecie riguarda un aspetto particolare della vita professionale dell'operatore economico.

Nel prosieguo della trattazione, l'indagine verrà focalizzata soprattutto sulle fattispecie che lasciano spazi valutativi alla stazione appaltante e, dunque, pongono questioni rispetto all'attività di specificazione che l'amministrazione è chiamata a compiere.

In altri casi, invece, i motivi di "esclusione" rinviano direttamente a norme del Codice civile, del Codice penale o a norme speciali per l'esatta specificazione e interpretazione della fattispecie astratta in questione.

In dette ipotesi, l'attività valutativa della stazione appaltante è di tipo interpretativo, senza margini di "discrezionalità" (cfr. ipotesi di cui all'art. 80, quinto comma, lett. h o lett. i[10]).

---

[8] Come è noto, la nozione di "attività vincolata" non è pacifica in dottrina. Tuttavia, l'espressione "decisione vincolata" viene utilizzata nel testo per alludere a quella tipologia di attività in cui l'autorità non ha alcuna possibilità di "scelta", perché una sola sarebbe la determinazione corrispondente all'effettiva attuazione della legge. Cfr. S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit.

[9] La Commissione speciale del Consiglio di Stato, con parere del 23.10.2018, ha affermato di essere "*ben consapevole della forte esigenza, sentita dagli operatori economici e dalle amministrazioni aggiudicatrici ed emersa chiaramente nell'istruttoria svolta dall'ANAC, di evitare le incertezze insite nel (difficile) esercizio della discrezionalità, così come della preferenza manifestata dagli operatori per l'atto interamente vincolato, meno responsabilizzante per chi lo adotta. E tuttavia, come già bene chiarito da questo Consiglio anche nel secondo parere della Commissione speciale reso sulle Linee guida in esame (parere n. 01503/17 del 25 settembre 2017, par. 5), è chiara e inequivoca – e logica e forse inevitabile – la scelta del legislatore, prima di tutto e al massimo grado di quello eurounitario, di optare per una tecnica normativa imperniata sull'uso di termini generici introduttivi di concetti giuridici indeterminati, che rimandano naturalmente al completamento del precetto in sede applicativa mediante integrazione del fatto facendo ricorso a nozioni e valutazioni anche extragiuridiche*".

[10] Ciascun motivo di esclusione previsto dall'art. 80, quinto comma, è stato oggetto di attenzione

Le fattispecie escludenti sono state incrementate dal decreto correttivo al Codice, d.lgs. n. 56/2017, con riferimento alle ipotesi in cui l'operatore economico presenti, nella procedura di gara in corso, documentazione o dichiarazioni non veritiere ovvero risulti iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione in altre procedure, fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico.

L'art. 80, quinto comma, inoltre, è stato oggetto di rimodulazione da parte del D.L. n. 135/2018, in vigore dal 15.12.2018 per i bandi pubblicati e gli inviti trasmessi dal 16.12.2018.

Anche il d.l. 18.4.2019, n. 32, coordinato con la legge di conversione 14.6.2019, n. 55, ha ulteriormente modificato l'art. 80, quinto comma: in particolare, è stata sostituita l'ipotesi sub lett. b) dalla seguente: "*b) l'operatore economico sia stato sottoposto a fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110 del presente codice e dall'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*"; ed è stata inserita una ulteriore causa di esclusione, vale a dire quando l'operatore economico abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato (art. 80, quinto comma, lett. c-*quater*), su cui si tornerà più avanti).

3. L'art. 80, quinto comma, lett. a)

Le stazioni appaltanti devono escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora l'amministrazione "*possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la presenza di gravi infrazioni debitamente ac-*

---

da parte della dottrina e della giurisprudenza. Va segnalato che, in alcuni casi, le fattispecie escludenti si prestano a diverse opzioni interpretative e sollevano questioni di non facile soluzione, seppur a livello ermeneutico. Si pensi, ad esempio, al motivo di esclusione di cui all'art. 80, quinto comma, relativo alla situazione in cui l'operatore economico si trovi in una situazione di "*conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42, comma 2, non diversamente risolvibile*". Ancora, si tenga presente che, con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 80, quinto comma, lett. b), si è pronunciata la Corte di Giustizia UE che, con decisione del 28.3.2019 (causa C101-18), ha dichiarato la compatibilità con la disciplina comunitaria della normativa italiana che consente l'esclusione da una procedura di appalto pubblico dell'impresa ammessa al concordato preventivo "*in bianco*" (senza contestuale presentazione del piano che prevede la prosecuzione dell'attività *ex* art. 161 l. fall.). Si segnala, infine, V. CAPUZZA, *Le esclusioni dalle gare per appalti e concessioni non codificate dal d.lgs. n. 50/2016*, in *Dir. e proc. amm*., 2017, 204 ss., il quale si è interrogato se le misure interdittive, anche cautelari, *ex* art. 45 del d.lgs. n. 231/2001 incidano come motivi ostativi alla partecipazione alla gara per mezzo dell'art. 80, quinto comma, lett. f), concludendo in senso positivo. Nel presente lavoro l'indagine viene focalizzata solo su alcune fattispecie di cui all'art. 80, quinto comma.

certate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 del presente codice" (art. 80, quinto comma, lett. a).

La suddetta disposizione ricalca la formulazione dell'art. 38, primo comma, lett. e) [11].

Per l'individuazione delle infrazioni rilevanti, l'amministrazione deve far riferimento al Testo unico della tutela e della sicurezza sul lavoro (d.lgs. 9.4.2008, n. 81) e all'art. 30, terzo comma, del nuovo Codice dei contratti, vale a dire alla necessità di rispettare gli "*obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X*".

Residuano, tuttavia, spazi "valutativi" per l'amministrazione rispetto all'accertamento delle gravi infrazioni e ai mezzi di prova.

Infatti, è sufficiente che le gravi infrazioni siano state "*debitamente accertate*", a differenza della fattispecie di cui all'art. 80, quarto comma, in base alla quale le violazioni devono essere "*definitivamente accertate*". In altri termini, non è necessario che vi sia una sentenza passata in giudicato o un provvedimento divenuto inoppugnabile.

Un fatto-reato, accertato in una sentenza di primo grado ancorché non definitiva, può sostanziare una violazione "*debitamente accertata*".

Dunque, l'apprezzamento che compie l'amministrazione non riguarda la tipologia di interessi che sono stati violati, ma investe la verifica del fatto-infrazione, che deve risultare "*debitamente*" accertato.

Lo spazio valutativo della stazione appaltante può definirsi – solo in parte – discrezionale, nel senso che la norma affida alla stazione appaltante la verifica della gravità e dell'accertamento delle violazioni [12].

---

[11] Si consideri che, in passato, la giurisprudenza ha osservato che "*la norma di cui all'art. 38, comma 1 lett. e) d.lgs. 163/06 che preclude la partecipazione alle gare a color che 'hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio' contempla l'infrazione alle norme sulla sicurezza sul lavoro, come fatto palese dall'aggettivo "altro". La circostanza che sia prevista la violazione di ogni 'altro' obbligo derivante dai rapporti di lavoro induce a ritenere che anche l'infrazione alle norme sulla sicurezza debba essere riferito alla sicurezza sul lavoro pena la sostanziale inutilità dell'aggettivo altro nella economia della disposizione*" (in tal senso, T.a.r. Liguria, Genova, sez. II, 4.4.2016, n. 328).

[12] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 22.6.2018, n. 3876, secondo la quale "*dalla norma si evince che la verifica della gravità e dell'accertamento delle violazioni è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, senza che occorra che l'accertamento sia definitivo (cioè effettuato con giudicato o provvedimento inoppugnabile), potendo l'Amministrazione avvalersi di qualunque mezzo di prova*".

4. L'esclusione per gravi illeciti professionali

L'art. 80, quinto comma, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, nella sua formulazione originaria, contemplava, tra le cause di esclusione, l'ipotesi in cui la stazione appaltante dimostrasse con mezzi adeguati che l'operatore economico si fosse reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o moralità.

La norma annoverava espressamente tra questi "*le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*".

Con disposizione introdotta dal d.l. n. 135/2018, in vigore dal 15.12.2018, per i bandi pubblicati e inviti trasmessi dal 16/12/2018, il motivo di esclusione in esame è stato riarticolato.

Al fine di allineare il testo dell'art. 80, quinto comma, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, all'art. 57, par. 4, Direttiva 2014/24/UE, sono stati previsti tre motivi di esclusione differenti, che erano stati erroneamente accorpati nella prima formulazione dell'art. 80, quinto comma, lett. c).

In particolare, l'esclusione è prevista qualora: "*c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*"; "*c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*"; "*c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa*".

Nella previgente disciplina si poneva la questione di accertare se le ipotesi di illeciti, indicate dall'art. 80 e "specificate" nelle linee guida dell'ANAC, esaurissero o meno la categoria di gravi illeciti professionali.

Il legislatore non chiariva se si trattasse di un'elencazione tassativa o meno. Tuttavia, l'*incipit* del periodo "*tra questi rientrano*" deponeva nel senso che si trattasse di una elencazione a titolo esemplificativo.

A ciò si aggiunga che le linee guida dell'ANAC confermavano detta impostazione, prevedendo che "*le stazioni appaltanti possono attribuire rilevanza a situazioni non espressamente individuate dalle Linee guida, purché le stesse siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta indicata dall'art. 80, comma 5, lettera c), del Codice e sempre che ne ricorrano i presupposti soggettivi e oggettivi*".

Dunque, si conveniva sul fatto che le fattispecie escludenti non fossero soltanto quelle previste dal legislatore o specificate dall'ANAC, ma che l'amministrazione avesse la possibilità di individuarne ulteriori [13].

Invero, secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa, la previsione di fattispecie esemplificative aveva una sua valenza, nella misura in cui doveva essere tenuta in considerazione dall'amministrazione, la quale non avrebbe potuto ritenere causa di esclusione una situazione che, rientrante nell'ambito di quelle "specificate" dalla norma, non ne avesse presentato tutte le caratteristiche indicate dalla norma stessa [14].

In altri termini, le fattispecie esemplificative previste dall'art. 80, quinto comma, lett. c), erano considerate ipotesi "tipizzate" di "*gravi illeciti professionali*".

Il mutato quadro normativo detta indicazioni differenti.

Le fattispecie previste dall'art. 80, quinto comma, lett. c), c-*bis*), c-*ter*), hanno acquistato autonomia.

Sul piano normativo è venuta meno la relazione che si riteneva esistente tra la previsione generale della causa di esclusione per "*gravi illeciti professionali*", e le ipotesi espressamente contemplate dal legislatore all'art. 80, quinto comma, lett. c).

Inoltre, si consideri che il d.l. 18.4.2019, n. 32, coordinato con la legge di conversione 14.6.2019, n. 55, ha introdotto una nuova ipotesi di esclusione – che pure può essere ricondotta al novero dei gravi illeciti professionali – vale a dire se l'operatore economico abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato (art. 80, quinto comma, lett. c-*quater*).

Alla luce del mutato quadro normativo, si pongono sostanzialmente tre questioni per quanto riguarda l'esegesi delle ipotesi di esclusione per "*gravi illeciti professionali*".

---

[13] Cons. Stato, sez. V, 14.12.2018, n. 7056.

[14] Cfr. sentenza Cons. giust. amm., 28.12.2017, n. 575 secondo la quale le penali comminate da una stazione appaltante *sub judice* non integrano *ex lege* una "*significativa carenza nell'esecuzione di un precedente contratto", prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c)*", d.lgs. 18.4.2016, n. 50, rimanendo fuori della tipizzazione costituente il nucleo della pertinente norma di legge. Cfr. anche T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 31.1.2018, n. 1119.

La prima concerne l'individuazione dei "*gravi illeciti professionali*"; la seconda riguarda l'incidenza di siffatte condotte rispetto all'integrità e all'affidabilità dell'operatore economico; la terza, invece, riguarda la necessità o meno della valutazione dell'amministrazione circa l'affidabilità dell'operatore economico nelle ipotesi esemplificative indicate dal legislatore nella formulazione originaria dell'art. 80, quinto comma, lett. c) e oggi rese autonome nelle lett. c-*bis*) e c-*ter*) [15].

4.1. L'individuazione dei gravi illeciti professionali e l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico

Per quanto riguarda l'individuazione dei gravi illeciti professionali, l'art. 80, quinto comma, non definisce la nozione di "*grave illecito professionale*", ma utilizza un'espressione ampia ("*illecito*"), connotata da due aggettivi ("*grave*" e "*professionale*") che servono a qualificarne il significato.

Secondo la formulazione originaria della norma *de qua*, le ipotesi esemplificative condizionavano la valutazione dell'amministrazione, nella misura in cui le fattispecie concrete, riconducibili a quelle esemplificative, dovevano possederne tutti i caratteri al fine di legittimare l'esclusione dell'operatore economico dalla gara.

Dal momento che le fattispecie esemplificative hanno acquistato autonomia, l'individuazione di quali illeciti possano considerarsi motivi di esclusione, al di fuori delle ipotesi tipizzate nelle lett. c-*bis*) e c-*ter*), è rimessa alla stazione appaltante.

L'illecito può essere sia civile, che penale o amministrativo, purché sia riferibile alla sfera professionale dell'operatore economico e venga ritenuto "grave" dall'amministrazione, tanto da essere potenzialmente lesivo della sua integrità o affidabilità [16].

Non è necessario che si tratti di un reato o di una condotta penalmente sanzionabile; può trattarsi anche di un illecito amministrativo o civile, che sia strettamente connesso alla vita professionale dell'operatore economico e ne comprometta l'integrità e l'affidabilità nei confronti dell'amministrazione.

Deve trattarsi di un illecito commesso dall'operatore economico nell'esercizio della professione, idoneo a incidere sul rapporto fiduciario tra la stazione appaltante e il soggetto esecutore.

Si è posta la questione se gli illeciti penali di cui all'art. 80, primo e secondo

---

[15] Cfr. E. ROMANO, *L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 99 ss.

[16] Cons. Stato, sez. III, 5.9.2017, n. 4192; T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. II, 3.11.2017, n. 2511; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. III, 7.11.2017, n. 1754.

comma, accertati con sentenza non passata in giudicato, e gli illeciti penali diversi da quelli previsti dalle predette disposizioni abbiano efficacia escludente ai sensi dell'art. 80, quinto comma, lett. c).

L'ANAC e una parte della giurisprudenza hanno confermato che effettivamente può essere ostativa all'ammissione alla gara anche la commissione di reati tributari, di reati ambientali, di reati relativi all'esercizio abusivo della professione o di reati fallimentari, anche se non accertati con sentenza passata in giudicato.

Alcune pronunce giurisprudenziali, invece, hanno limitato l'estensione della fattispecie di "*gravi illeciti professionali*" [17] in parola.

La questione è mal posta [18].

Invero, la norma di cui all'art. 80, quinto comma, lett. c), non pone limiti alla stazione appaltante circa l'individuazione delle fattispecie di "illecito", purché esso sia "grave" e ricadente nella "sfera professionale" dell'operatore economico.

La circostanza che l'illecito sia stato acclarato in una sentenza non passata in giudicato, o viceversa, che si tratti di un reato diverso da quello dell'elenco di cui all'art. 80, primo comma, non è dirimente.

Il potere dell'amministrazione di escludere l'operatore economico è diversamente conformato: nel caso di cui all'art. 80, primo comma, la stazione appaltante deve limitarsi ad una verifica delle fattispecie tassativamente previste dalla norma; nel motivo di cui all'art. 80, quinto comma, lett. c), la valutazione dell'amministrazione è ancorata ad alcuni parametri, quali la gravità dell'illecito, la circostanza che l'illecito riguardi la sfera professionale dell'operatore economico (e che sia tale da rendere dubbia l'integrità e l'affidabilità), dando conto di tutto ciò nella motivazione del provvedimento di esclusione "*con adeguati mezzi di prova*" [19].

A fronte di un siffatto potere valutativo dell'amministrazione, pertanto, in astratto, i provvedimenti penali di condanna non definitiva, o quelli per reati diversi da quelli elencati all'art. 80, primo comma, sono solo "strumenti" dai quali l'amministrazione attinge la notizia dell'illecito, la cui adeguatezza sul piano della motivazione a base dell'esclusione è tutta da argomentare e da verificare.

Non può ricavarsi dalla norma qualcosa che essa non dice, stabilendo limiti alla valutazione dell'amministrazione che la disposizione non stabilisce.

Si pone, tuttavia, una questione.

Tale interpretazione "estensiva" dello spazio valutativo della stazione appaltante –difficilmente elidibile in considerazione della formulazione della norma – determina conseguenze rispetto ai contenuti della dichiarazione dell'operatore

---

[17] T.a.r. Sardegna, sez. I., 21.4.2017, n. 274; T.a.r. Umbria, sez. I, 1.12.2016, n. 749; T.a.r. Campania, Napoli, sez. II, 12.5.2017, n. 2578; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I-*bis*, 11.1.2018, n. 286; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 2.5.2018, n. 4793.

[18] Cfr. E. ROMANO, *op. loc. ult. cit*.

[19] Si veda E. ROMANO, *op. ult. cit*.

economico in sede di partecipazione alla gara sull'assenza dei motivi di esclusione.

In altri termini, se la stazione appaltante può ritenere rilevanti, ai sensi dell'art. 80, quinto comma, lett. c), anche condotte diverse da quelle di cui all'art. 80, primo comma, o comunque illeciti penali accertati con sentenza non passata in giudicato, sarà arduo predeterminare i contenuti della dichiarazione che l'operatore economico è chiamato a rendere al momento della partecipazione alla gara per attestare il possesso dei requisiti di ordine generale; la predetta dichiarazione dovrà essere più completa possibile.

Ne consegue che la indeterminatezza degli obblighi dichiarativi può sollevare qualche problema circa la delimitazione delle ipotesi di violazione dei predetti obblighi, a cui può conseguire l'esclusione dalla gara dell'operatore economico.

L'esclusione dalla gara per grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, quinto comma, lett. c), è legittima solo nella misura in cui la condotta dell'operatore economico incida – anche se solo potenzialmente – sulla sua integrità o affidabilità.

A tal proposito, le linee guida prevedono che il provvedimento di esclusione debba essere adeguatamente motivato con riferimento al requisito della gravità del fatto illecito e alla idoneità del comportamento a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente.

La valutazione di quest'ultima deve essere effettuata con riferimento "*alle circostanze dei fatti, alla tipologia di valutazione, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, il tutto in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto*"; inoltre, "*l'esclusione ai sensi dell'art. 80 comma 5 del codice che può invece essere disposta solo quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare*" [20].

Le linee guida ANAC, invero, sembrano tratteggiare i contorni della motivazione del provvedimento di esclusione, partendo dal presupposto della discrezionalità della scelta amministrativa.

Le indicazioni delle linee guida sono da condividersi nella misura in cui costituiscono la riproduzione di "*principi generali dell'azione amministrativa quanto a procedimento e provvedimento di esclusione per sussistenza di un grave illecito professionale*" [21].

La questione di fondo, tuttavia, resta che le espressioni "integrità" e "affidabilità" [22]

---

[20] Così Revisione Linee guida ANAC n. 6.

[21] Cfr. Cons. Stato, comm. spec., 3.11.2016, n. 2286.

[22] Corre d'obbligo una precisazione. L'affidabilità di cui si discute è parte integrante della fattispecie di cui all'art. 80, quinto comma, lett. c) e non è la nozione di "affidabilità", intesa in senso lato, la cui tutela è posta a presidio della complessiva disciplina dei requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

sono generiche e richiedono specificazione da parte dell'amministrazione [23].

Sta di fatto che il legislatore non ha qualificato le due espressioni con un aggettivo, come invece aveva fatto in passato [24]. Altre volte il legislatore è intervenuto con disposizioni idonee a precisare il significato di un concetto indeterminato [25].

Tuttavia, può sostenersi che si tratti di affidabilità e integrità di natura professionale per le seguenti ragioni.

Il vecchio Codice utilizzava una espressione simile a quella di "integrità", e parlava di "moralità professionale" con riferimento alle "*condanne penali definitive per reati gravi in danno dello Stato e della Comunità che incidono sulla moralità professionale*", le quali costituivano motivo di esclusione (art. 38, primo comma, lett. c).

Invero, la valutazione richiesta all'amministrazione ha ad oggetto un illecito professionale. Dunque, la correlazione è tra l'illecito, attinente alla sfera professionale dell'operatore economico, e la sua affidabilità o integrità.

L'apprezzamento dell'amministrazione deve innestarsi nel quadro della condotta professionale del soggetto che chiede di partecipare alla procedura di affidamento di un contratto pubblico.

L'integrità e l'affidabilità devono essere verificate, ad opera dell'amministrazione, nella sfera professionale dell'operatore economico.

La difficoltà interpretativa potrebbe rivelarsi quella di individuare i confini (ammesso che abbiano ragion d'essere) tra le nozioni di integrità e di affidabilità dell'operatore economico.

Le linee guida ANAC operano la predetta distinzione e qualificano l'integrità come "*moralità professionale*" e l'affidabilità come "*reale capacità tecnico professionale*" nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento.

La nozione di integrità effettivamente richiama quella di moralità (professionale).

Qualche perplessità solleva l'interpretazione del concetto di affidabilità offerta dall'ANAC. Infatti, la valutazione della capacità tecnico professionale dell'operatore economico è rimessa ad altri meccanismi di qualificazione dell'operatore economico stesso.

Affidabilità, al massimo, dovrebbe essere intesa come garanzia di "fiducia" che deve offrire il soggetto che intende contrattare con la pubblica amministrazione.

In questa incertezza interpretativa, soccorrono le indicazioni metodologiche della dottrina, che – in passato – ai fini della interpretazione della richiamata fattispecie escludente dei reati incidenti sulla "moralità professionale", ha invo-

---

[23] Cfr. E. ROMANO, *op. ult. cit*., 102 ss.

[24] Cfr. art. 12, primo comma, lett. b), d.lgs. n. 157/1995, che parlava di "*moralità professionale*".

[25] A tal proposito, sull'art. 54 del TUEL, si rinvia a S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 290 ss.

cato la necessità di una interpretazione "*comunitariamente orientata*" [26].

Invero, l'art. 57, quarto comma, lett. c) della Direttiva 24/2014, fa riferimento solo alla "integrità".

"*Integrità e affidabilità*" potrebbero dunque considerarsi endiadi o, al massimo, l'aggiunta del sostantivo "affidabilità", implica solo la volontà di sottolineare il richiamo alla integrità del rapporto fiduciario tra stazione appaltante e operatore economico, da misurarsi tenendo conto della sfera professionale di quest'ultimo.

Quando si è voluto dare rilevanza a condotte moralmente riprovevoli in termini generali e astratti, è stato fatto direttamente dal legislatore (si vedano le ipotesi di cui all'art. 80, primo comma).

Pertanto, oggetto di valutazione non sono l'integrità o l'affidabilità "personale" dell'operatore economico, ma l'affidabilità relativa alla sua professionalità, dal momento che l'amministrazione deve considerare gli illeciti che riguardano la condotta e la gestione dell'attività professionale imprenditoriale.

Vi è un precetto normativo da integrare che depone nel senso dell'esclusione dalla gara dell'operatore economico in caso di illecito professionale tanto grave da incidere sulla "integrità" o "affidabilità" dell'operatore economico.

L'amministrazione deve escludere l'operatore economico che si trovi in una siffatta condizione.

Orbene, la valutazione della contrarietà dell'illecito all'integrità o all'affidabilità dell'operatore economico, involge una fase interpretativa, ma non si esaurisce in questa.

Può parlarsi di discrezionalità interpretativa [27], anche se la valutazione dell'amministrazione implica un ulteriore momento di scelta, in cui si comporta come un qualsiasi contraente, che in vista della stipulazione di un contratto, intende selezionare "*l'altra parte*" escludendo i soggetti di cui non si fida.

Residua un momento soggettivo della valutazione.

L'operazione valutativa che compie l'amministrazione è complessa, in essa si fondono vari momenti, difficilmente distinguibili, se non a fini ricostruttivi.

La garanzia per i destinatari dell'azione amministrativa non può che risiedere nella motivazione della decisione dell'amministrazione, che deve rendere intellegibile, e conseguentemente, sindacabile, per quanto possibile, la scelta effettuata [28].

---

[26] F. SAITTA, *"Moralità professionale" e partecipazione alle gare (Note a margine dell'art. 12, comma 1, lett. B), d.lgs. n. 157 del 1995)*, in *Riv. trim. app*., 2004, 242 ss.

[27] Parlava di "*discrezionalità interpretativa*" anche F. SAITTA, *"Moralità professionale" e partecipazione alle gare (Note a margine dell'art. 12, comma 1, lett. B), d.lgs. n. 157 del 1995)*, in *Riv. trim. app.*, 2004, 242.

[28] Sul tema si vedano le indicazioni di S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 309 ss.

La formulazione dell'art. 80, quinto comma, lett. c), *ante* modifica del 2018, poneva una questione ulteriore.

Occorreva verificare se l'amministrazione, in presenza delle fattispecie esemplificative previste dal legislatore o dalle linee guida ANAC, dovesse escludere in via automatica l'impresa oppure se dovesse accertare in concreto che la condotta escludente dell'operatore economico era stata tale da metterne in discussione la integrità o affidabilità.

In altri termini, si trattava di accertare se le fattispecie esemplificative fossero motivi "automatici" di esclusione dalla gara, oppure l'amministrazione dovesse comunque motivare in ordine all'incidenza rispetto all'integrità e all'affidabilità dell'operatore economico.

Si prospettavano due tesi [29].

Secondo una prima tesi, in presenza (ad esempio) di "*una risoluzione anticipata di un precedente contratto non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio*", l'amministrazione non poteva decidere se escludere o meno la ditta dalla gara, ma doveva adottare in via automatica il provvedimento di esclusione, limitandosi a verificare la ricorrenza in concreto della fattispecie esemplificativa.

In base ad una seconda tesi, invece, vale a dire quella della esclusione "non automatica", l'amministrazione doveva valutare l'incidenza delle fattispecie esemplificative sull'integrità e sulla affidabilità "in concreto", evitando l'esclusione allorquando la condotta in questione non fosse così "grave" da incidere sul rapporto fiduciario nei confronti della stazione appaltante.

Detta tesi era confermata dalle Linee guida n. 6 dell'ANAC, che precisavano: "*il verificarsi delle fattispecie esemplificative individuate nelle presenti Linee guida non dà luogo all'esclusione automatica del concorrente, ma comporta l'obbligo della stazione appaltante di procedere alle valutazioni di competenza in ordine alla rilevanza ostativa degli specifici comportamenti, da effettuarsi nell'esercizio del potere discrezionale alla stessa riconosciuto, secondo le indicazioni fornite nel presente documento*".

L'elemento finalistico è parte della fattispecie astratta, sebbene (come già visto) sollevi a sua volta questioni per la sua integrazione in quanto i concetti di "integrità e affidabilità" sono indeterminati.

Le fattispecie esemplificative di illeciti previste dalla legge e specificate nelle linee guida, incidevano sul potere valutativo della pubblica amministrazione, nel senso che ne indirizzavano la scelta, fermo restando che l'amministrazione poteva assumere una determinazione diversa qualora avesse ritenuto tali condotte non ostative alla partecipazione dell'operatore economico alla gara nel caso concreto.

---

[29] Cfr. E. ROMANO, *op. ult. cit*., 105.

Dunque, le fattispecie esemplificative non creavano meccanismi automatici di esclusione, ma richiedevano comunque una valutazione dell'amministrazione sulla integrità e l'affidabilità dell'operatore economico in questione.

Tale ricostruzione era coerente anche con il potere della stazione appaltante di valutare nell'ammissione alla gara di un operatore economico le condotte di *self cleaning,* ai sensi dell'art. 80, settimo comma.

In passato, la stazione appaltante, poteva dimostrare la sussistenza di un illecito professionale "escludente" con qualsiasi mezzo di prova.

Il sistema delle prove, invece, sembra oggi cambiato con l'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui stabilisce che la valutazione dell'amministrazione deve essere condotta attraverso mezzi adeguati, definiti dall'ANAC.

Il potere valutativo dell'amministrazione, dunque, si presenta condizionato per il fatto che la scelta di esclusione deve essere dimostrata con i "mezzi adeguati", individuati dalle linee guida dell'ANAC, ai sensi dell'art. 80, tredicesimo comma [30].

L'attività di integrazione del precetto normativo, riservata all'amministrazione, deve essere rappresentata nella motivazione del provvedimento. Inoltre, nel caso di specie, il legislatore ha previsto che l'amministrazione dimostri la sussistenza della causa di esclusione secondo le modalità che sono state individuate nelle linee guida.

In altri termini, il convincimento dell'amministrazione deve fondarsi su i "mezzi di prova" ritenuti adeguati dall'ANAC.

Ne consegue che, se da una parte l'ANAC ha ribadito il carattere "*discrezionale*" della decisione di escludere l'operatore economico dalla gara, dall'altra, allo stesso tempo, ha individuato gli strumenti e i mezzi di prova sulla scorta dei quali l'amministrazione deve motivare la sua scelta.

5. L'esclusione dell'art. 80, quinto comma, lett. c-*bis*)

L'art. 80, quinto comma, lett. c-*bis*), contempla quattro condotte differenti rilevanti ai fini dell'esclusione.

Innanzitutto, la norma fa riferimento alla fattispecie in cui l'operatore economico abbia tentato di influenzare il processo decisionale della stazione appaltante in maniera indebita e a quella in cui abbia tentato di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio.

La condotta rilevante in dette ipotesi è anche quella del mero tentativo.

---

[30] Cfr. T.a.r. Calabria, sez. I, 19.12.2016, n. 2522.

La terza ipotesi escludente va individuata nella fattispecie in cui l'operatore economico "*abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*".

Quarta fattispecie ostativa alla partecipazione alla gara ai sensi dell'art. 80, quinto comma, lett. c-*bis*), invece, è quella della omissione di "*informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*".

L'art. 80, quinto comma, lett. c-*bis*), riprende quelle che erano fattispecie esemplificative della previsione dell'art. 80, quinto comma, lett. c), secondo la formulazione originaria (*ante* 2018).

L'omissione di "*informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*" può riguardare anche aspetti dell'offerta tecnica [31].

Trattandosi di fattispecie esemplificative, l'onere motivazionale della stazione appaltante circa l'idoneità della condotta a incidere sull'integrità dell'operatore economico, era alleggerito, ma non del tutto escluso. Ciò implicava che la stazione appaltante avrebbe potuto ammettere alla gara l'operatore economico nell'ipotesi in cui avesse ritenuto la sua condotta non ostativa alla partecipazione alla gara, previa adeguata motivazione.

La riarticolazione dell'art. 80, quinto comma, ha distinto l'ipotesi "generale" dei gravi illeciti professionali *ex* art. 80, quinto comma, lett. c), dalle fattispecie escludenti di cui all'art. 80, quinto comma, lett. c-*bis*), conferendo, a queste ultime, autonomia.

Secondo l'attuale formulazione, non vi è traccia di alcuna valutazione ulteriore da parte della stazione appaltante circa la portata escludente delle condotte di cui all'art. 80, quinto comma, lett. c-*bis*).

Orbene, siffatto "automatismo escludente" – pure ammissibile in astratto – stride con la genericità e l'indeterminatezza delle condotte previste dalla predetta norma e con l'ampiezza degli obblighi dichiarativi, generalmente ascritti in capo ai partecipanti alla gara.

A tal proposito, vale la pena rammentare che la giurisprudenza amministrativa tende a ricollegare, alla fattispecie esemplificativa della omissione di "*informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*", tutte le ipotesi in cui l'operatore economico omette di dichiarare un fatto o una circostanza che l'amministrazione avrebbe potuto valutare ai fini della sua esclusione dalla gara.

In altri termini, se l'operatore economico non dichiara un illecito penale, civile o amministrativo, astrattamente rilevante ai fini del giudizio di affidabilità, la stazione appaltante può escluderlo ai sensi dell'art. 80, quinto comma, lett. c).

---

[31] Cfr. Cons. Stato, 8.5.2018, n. 2747.

Non vi sarebbe automatismo escludente, ma l'amministrazione conserva margini di valutazione.

Stante l'attuale formulazione dell'art. 80, quinto comma, lett. c-*bis*), invece, non si ravvisano più spazi valutativi in capo all'amministrazione.

Pertanto, allo stato dell'arte, l'omissione di un fatto che l'amministrazione può ricondurre alle ipotesi di cui all'art. 80, quinto comma, lett. c-*bis*, rischia di generare un'esclusione automatica dalla gara.

6. La perimetrazione degli obblighi dichiarativi (art. 80, quinto comma, lett. c-*bis*), f-*bis*) ed f-*ter*). L'Adunanza plenaria del Cons. Stato n. 16/2020

In materia di obblighi dichiarativi dell'operatore economico vanno considerati tre motivi di esclusione:

a) quello previsto dall'art. 80, quinto comma, lett. c-*bis*), che stabilisce l'esclusione dalla gara in caso di dichiarazioni false o fuorvianti che abbiano condizionato le decisioni dell'amministrazione rispetto alla procedura in corso [32];

b) quello di cui all'art. 80, quinto comma, lett. f-*bis*), che si riferisce alla falsità dichiarativa o documentale [33];

c) quello contemplato dall'art. 80, quinto comma, lett. f-*ter*), che sancisce l'esclusione dalla gara dell'operatore economico in caso di iscrizione nel Casellario ANAC per aver reso dichiarazioni mendaci in precedenti gare, fintanto che perdura l'iscrizione [34].

L'assetto normativo, come visto, è il risultato di stratificazioni normative e di modifiche che si sono sovrapposte nel tempo, venendo a determinare anche duplicazioni.

Nell'ordinamento interno, l'elemento della falsità è presente testualmente sia

---

[32] "*L'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*".

[33] "*L'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere*".

[34] "*L'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti. Il motivo di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico*".

all'art. 80, quinto comma, lett. c-*bis*) sia all'art. 80, quinto comma, lett. f-*bis*), dunque in due motivi di esclusione diversamente conformati, creando problemi all'interprete nella ricostruzione delle predette fattispecie.

Gli obblighi dichiarativi gravanti sugli operatori economici, ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, non sono prescritti in maniera chiara e specifica.

Ciò ha sollevato due questioni: la prima concernente il contenuto della dichiarazione che l'operatore economico deve rendere in sede di partecipazione alla gara; la seconda, invece, che riguarda gli effetti della dichiarazione non conforme ai predetti obblighi rispetto alla procedura in corso.

Con riferimento alla prima questione, le Linee guida n. 6 dell'ANAC individuano un esteso ambito oggettivo della predetta autocertificazione, fino a ricomprendervi tutto quanto possa ritenersi astrattamente idoneo a "*porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente*".

Si consideri che la giurisprudenza prevalente sostiene che il concorrente deve dichiarare tutte le condanne penali subite [35].

La suddetta tesi si fonda sul presupposto che l'omessa dichiarazione delle informazioni dovute, ai fini del corretto svolgimento della procedura di gara (che comprende anche l'incompletezza), da parte dell'operatore economico, possa essere di ostacolo alla stazione appaltante nella formulazione del giudizio sull'affidabilità morale e professionale della ditta in questione.

A giustificare l'omissione o l'incompletezza non soccorreva neppure la circostanza che "*siccome non sarebbe stato possibile escluderla dalla procedura per quei fatti, la stazione appaltante non avrebbe avuto interesse a conoscerli*" [36].

Il giudice amministrativo ha interpretato l'art. 80, quinto comma, lett. c) come "*una sorta di clausola di chiusura*", che impone agli operatori economici di portare a conoscenza dell'amministrazione tutte le informazioni relative alle precedenti vicende professionali [37]. Ad avviso dei giudici, l'amministrazione può effettiva-

---

[35] Cfr., sul tema, T.a.r. Veneto, Venezia, sez. III, 16.2.2017, n. 171 secondo la quale "*deve, infatti, essere rilevato che le stazioni appaltanti dispongono di una sfera di discrezionalità nel valutare quanto eventuali precedenti professionali negativi incidano sull'affidabilità di chi aspira a essere affidataria di suoi contratti. È agevole affermare, di conseguenza, che tale discrezionalità può essere esercitata solo se l'Amministrazione dispone di tutti gli elementi che consentono di formare compiutamente una volontà. Deve poi essere ulteriormente rilevato come tale valutazione sia di stretta spettanza della stazione appaltante, per cui non è ammissibile che la relativa valutazione sia eseguita, a monte, dalla concorrente, la quale autonomamente giudichi irrilevanti i propri precedenti negativi, omettendo di segnalarli con la prescritta dichiarazione*".

[36] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 3.9.2018, n. 5142.

[37] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 11.6.2018, n. 3592, secondo la quale "*l'omessa dichiarazione di una precedente esclusione dalla gara per irregolarità tributarie costituisce 'grave illecito professionale' e ha portata escludente dalla gara dal momento che gli operatori economici 'al fine di rendere possibile il corretto esercizio di tale potere* (n.d.r. di esclusione)*, sono tenuti a dichiarare qualunque*

mente valutare l'affidabilità dell'operatore solo se è in possesso di più informazioni possibili circa la vita professionale del soggetto in questione: "*se si rende mancante in tale onere può incorrere in un 'grave errore professionale' endoprocedurale*" [38].

Pertanto, l'omissione di una informazione relativa a pregresse vicende professionali è stata considerata di per sé un grave illecito professionale [39], fermo restando la necessità della stazione appaltante di valutare in concreto l'incidenza della predetta condotta ai fini della affidabilità dell'operatore economico.

Dunque, la violazione degli obblighi dichiarativi è stata ricollegata alla "*categoria del cd. illecito professionale di cui all'art. 80, comma 5, lett. c)*", tenuto conto che "*l'accertamento del presupposto necessita di una adeguata valutazione e di una congrua valutazione da parte della stazione appaltante*".

Secondo questo orientamento, gli operatori economici devono portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, anche non costituenti cause tipizzate di esclusione [40].

La stessa giurisprudenza ha evidenziato che, obblighi dichiarativi così ampi,

---

circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'amministrazione"; Cons. Stato, sez. V, 3.9.2018, n. 5142.

[38] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 3.9.2018, n. 5142; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 19.2.2019, n. 160.

[39] Si è discusso sul criterio l'individuazione delle condotte da dichiarare. La giurisprudenza sul punto non è univoca. Si osservano due orientamenti: il primo, secondo il quale sussiste l'obbligo di dichiarare esclusioni da precedenti gare o risoluzioni anticipate di precedenti contratti solo se e fino a quando risultino dal Casellario informatico dell'ANAC, ai sensi dell'art. 80, dodicesimo comma, d.lgs. n. 50/2016. Si veda sentenza Cons. Stato, 12.7.2018, secondo la quale se la risoluzione anticipata di un precedente contratto è ancora *sub judice* nessuna omissione dichiarativa può dirsi sussistente in capo al concorrente, in particolare "*nessuna reticenza potrebbe essere addebitata atteso che per potersi ritenere integrata la causa di esclusione dell'art. 80, comma quinto, lettera c), del d.lgs. n. 50 del 2016, è necessario che le informazioni di cui si lamenta la mancata segnalazione risultino, comunque, dal Casellario informatico dell'Anac, in quanto solo rispetto a tali notizie potrebbe porsi un onere dichiarativo ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento, così come è stato chiarito dalle Linee guida dell'Anac n. 6/2016, al punto 4.6*"; si vedano anche Cons. Stato, 3.4.2018, n. 2063; Cons. Stato, sez. V, 4.7.2017, nn. 3257 e 3258. Il secondo orientamento, invece, configura l'obbligo dichiarativo in capo ai partecipanti ancorché determinate situazioni, condanne o irregolarità non abbiano dato luogo all'iscrizione nel Casellario informatico da parte dell'ANAC. Cfr T.a.r. Campania, Napoli, 8.6.2018, n. 3856. Secondo il primo orientamento, l'iscrizione o meno nel Casellario informatico costituisce il criterio in base al quale stabilire se un operatore economico sia o meno gravato dall'obbligo di dichiarare i suoi precedenti professionali, onde evitare l'esclusione dalla gara. Il secondo orientamento, invece, non considera l'iscrizione nel Casellario informatico come decisiva. In particolare, la tesi giurisprudenziale in esame sostiene che la dichiarazione sostitutiva dell'operatore economico debba avere ad oggetto tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non inseriti nel casellario informatico[39], in modo da consentire alla stazione appaltante la formulazione delle necessarie valutazioni. Questo secondo orientamento è quello prevalente.

[40] Cons. Stato, sez. V, 11.6.2018, n. 3592; Cons. Stato, sez. V, 25.7.2018, n. 4532; Cons. Stato, sez. V, 19.11.2018, n. 6530; Cons. Stato, sez. III, 29.11.2018, n. 6787.

potrebbero rivelarsi troppo onerosi per gli operatori economici, i quali si vedrebbero costretti a dichiarare vicende professionali datate o, comunque, del tutto ininfluenti rispetto a quella commessa pubblica [41].

Sennonché, nella maggior parte dei casi controversi, si è attribuita prevalenza all'esigenza dell'amministrazione di formulare un giudizio di affidabilità quanto più "*sicuro*" possibile [42].

Invece, sulla questione degli effetti derivanti dalla violazione degli obblighi dichiarativi sugli operatori economici in sede di partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica, si sono registrati orientamenti diversi da parte del giudice amministrativo, a seconda delle caratteristiche della dichiarazione resa.

In sintesi [43], la giurisprudenza ha compiuto una distinzione tipologica tra, omessa dichiarazione, incompleta dichiarazione, "dichiarazione fuorviante" e "falsa dichiarazione", ricollegando a ciascuna tipologia conseguenze differenti sul piano dell'esclusione dell'operatore economico.

Innanzitutto, va rilevato che l'ipotesi di omessa dichiarazione e quella di dichiarazione incompleta vengono considerate congiuntamente, dal momento che la prima ricomprende anche la seconda, ovvero la reticenza su una circostanza specifica si sostanzia in concreto in una omissione [44].

Per quanto riguarda gli effetti, secondo un orientamento della giurisprudenza, l'omessa (o incompleta) dichiarazione e la dichiarazione "fuorviante" sarebbero causa di esclusione dell'operatore economico solo se la stazione appaltante ne abbia verificato l'incidenza effettiva rispetto all'affidabilità di quest'ultimo [45].

---

[41] Cons. Stato, sez. V, 22.7.2019, n. 5171; Cons. Stato, sez. V, 3.9.2018, n. 5142.

[42] Cons. Stato, sez. V, 3.9.2018, n. 5142.

[43] Sebbene sulla scorta della formulazione originaria dell'art. 80, quinto comma, lett. c).

[44] Cons. Stato, ord. rim. all'Ad. plen., 9.4.2020, n. 2332.

[45] Cons. Stato, sez. V, 28.10.2019, n. 7387: "*al riguardo, occorre preliminarmente precisare che questa Sezione, con la sentenza 12 aprile 2019, n. 2407 (seguita dalla sentenza 22 luglio 2019, n. 5171) ha stabilito che 'la dichiarazione resa dall'operatore economico nella domanda di partecipazione circa le pregresse vicende professionali suscettibili di integrare 'gravi illeciti professionali' può essere omessa, reticente o completamente falsa. V'è omessa dichiarazione quando l'operatore economico non riferisce di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come 'grave illecito professionale'; v'è dichiarazione reticente quando le pregresse vicende sono solo accennate senza la dettagliata descrizione necessaria alla stazione appaltante per poter compiutamente apprezzarne il disvalore nell'ottica dell'affidabilità del concorrente. Infine, la falsa dichiarazione consiste in una* immutatio veri*; ricorre, cioè, se l'operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero', ulteriormente aggiungendo che: 'solo alla condotta che integra una falsa dichiarazione consegue l'automatica esclusione dalla procedura di gara poiché depone in maniera inequivocabile nel senso dell'inaffidabilità e della non integrità dell'operatore economico, mentre, ogni altra condotta, omissiva o reticente che sia, comporta l'esclusione dalla procedura solo per via di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso*'". *Ex multis* si veda anche T.a.r. Campania, 27.7.2020, n. 3355. Questa prospettiva viene ripresa (e sembra condivisa) da Cons. Stato, ord. di rimessione all'Ad. plen., 9.4.2020, n. 2332, la

La falsa dichiarazione, invece, darebbe luogo ad una "automatica esclusione" della procedura di gara.

Nelle predette ipotesi, l'amministrazione deve verificare in concreto la rottura effettiva del rapporto fiduciario con l'operatore economico.

Solo la falsa dichiarazione, vale a dire la presentazione nella procedura di gara di dichiarazioni non corrispondenti al vero, sarebbe causa di esclusione automatica, perché espressione inequivocabile, "*in quanto tale*", dell'inaffidabilità e della non integrità dell'operatore economico [46].

Sono state formulate due tesi in relazione all'omessa dichiarazione: una formalistica, secondo la quale la omessa dichiarazione poteva dare luogo all'esclusione automatica, ed una sostanzialistica, che invocava la rimessione al previo e necessario filtro valutativo della stazione appaltante.

Dunque, sussisteva un contrasto in giurisprudenza circa gli effetti da ricollegare alla omessa dichiarazione o dichiarazione incompleta, che ha indotto lo stesso giudice amministrativo a rimettere la questione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, con la sentenza n. 16 del 28.8.2020, ha affrontato in generale i rapporti tra le fattispecie di cui all'art. 80, quinto comma, lett. c) ed f-*bis*) [47].

---

quale sottolinea che "*in effetti, la distinzione tra dichiarazioni false (che importano sempre l'esclusione) e dichiarazioni semplicemente omesse (per le quali si pone l'illustrata alternativa tra la tesi, formalistica, dell'automatica esclusione e quella, sostanzialistica, della rimessione al previo e necessario filtro valutativo della stazione appaltante) trae fondamento dal rilievo che la falsità, come predicato contrapposto alla verità, costituisce frutto del mero apprezzamento di un dato di realtà, cioè di una situazione fattuale per la quale possa alternativamente porsi l'alternativa logica vero/falso, accertabile automaticamente (anche in sede giudiziale, in virtù della pienezza dell'accesso al fatto garantita dalle regole del processo amministrativo: cfr. art. 64 cod. proc. amm.). Per contro, la dichiarazione mancante non potrebbe essere apprezzata in quanto tale, dovendo essere, volta a volta, valutate le circostanze taciute, nella prospettiva della loro idoneità a dimostrare l'inaffidabilità del concorrente. Tale valutazione, in quanto frutto di apprezzamenti ampiamente discrezionali, non potrebbe essere rimessa all'organo giurisdizionale, ma andrebbe necessariamente effettuata (eventualmente a posteriori) dalla stazione appaltante; a differenza della falsità, che è di immediata verifica e riscontro, anche in sede contenziosa*".

[46] In senso parzialmente difforme, un altro orientamento del giudice amministrativo ha sostenuto che, da un punto di vista strutturale, anche l'omessa dichiarazione può concretare un'ipotesi di dichiarazione non veritiera, e conseguentemente la stessa "*assumerà rilievo, ai sensi e per gli effetti di cui alla lettera f-bis), nei soli casi di mancata rappresentazione di circostanze specifiche, facilmente e oggettivamente individuabili e direttamente qualificabili come cause di esclusione a norma della disciplina in commento, ricadendosi altrimenti – alle condizioni previste dalla corrispondente disposizione normativa – nella previsione di cui alla fattispecie prevista al comma 5 lettera c)*" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 23.8.2018, n. 5040; si veda anche Cons. Stato, sez. III, 22.5.2019, n. 3331).

[47] La fattispecie controversa aveva ad oggetto l'esclusione da una procedura di affidamento di un operatore economico per falsità dichiarativa ai sensi dell'art. 80, quinto comma, lett. f-*bis*) del Codice dei contratti pubblici. In particolare, la società in questione (risultata anche aggiudicataria) aveva fatto ricorso all'avvalimento di un Consorzio stabile; tuttavia, la dichiarazione del Consorzio ausiliario era stata ritenuta "falsa" nella parte in cui era stato cumulato nel fatturato complessivo quello di una società consorziata, in precedenza sospesa dai benefici consortili. La dichiarazione *de qua* si riferiva alla cifra d'affari del Consorzio stabile, rilevante ai fini della qualificazione economica fi-

Vale la pena evidenziare che il ragionamento del giudice amministrativo viene condotto sulla scorta della formulazione dell'art. 80, quinto comma, lett. c), vigente *ratione temporis* [48], che ha subito modifiche successive.

Ad avviso della Plenaria, deve considerarsi falsa, ai sensi dell'art. 80, quinto comma, lett. f-*bis*), solo quella dichiarazione inopinatamente falsa, secondo una logica vero/falso [49].

Una ulteriore argomentazione riguarda i rapporti della lett. f-*bis*) con la lett. c).

Rispetto all'ipotesi prevista dalla falsità dichiarativa (o documentale) di cui alla lett. f-*bis*), quella relativa alle "*informazioni false o fuorvianti*", di cui alla lett. c) (ora c-*bis*), ha un elemento specializzante, dato dalla idoneità a "*influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*" della stazione appaltante: "*ai fini dell'esclusione non è dunque sufficiente che l'informazione sia falsa ma anche che la stessa sia diretta ed in grado di sviare l'amministra-*

---

nanziaria, derivante dal cumulo delle cifre di affari delle consorziate, ivi compresa quella sospesa dallo Consorzio stesso in precedenza. Dunque, l'ausiliario aveva reso una falsa dichiarazione perché aveva dichiarato nell'ambito della propria cifra di affari complessiva quella di una consorziata che non poteva apportare la propria cifra d'affari all'ente. In altri termini, l'amministrazione aggiudicatrice riteneva che il Consorzio ausiliario avesse reso una "falsa" dichiarazione nel momento in cui non aveva espunto dal fatturato dichiarato quello della consorziata sospesa; conseguentemente, aveva disposto l'esclusione dell'operatore economico che si era avvalso di quel Consorzio in sede di gara ai sensi dell'art. 80, quinto comma, lett. f-*bis*. Orbene, confermata la legittimità in primo grado del provvedimento di espulsione, il giudice di secondo grado deferiva la questione all'Adunanza plenaria, dubitando nel caso di specie circa la correttezza dell'applicazione dell'art. 80, quinto comma, lett. f-*bis*), e ipotizzando che "*il caso possa essere ricondotto all'ipotesi dell'omissione dichiarativa, ai sensi della lettera c) dell'art. 80, comma 5, d.lg. n. 50 del 2016, per la quale non potrebbe applicarsi l'automatismo espulsivo proprio della medesima lett. f-bis, dacché la stazione appaltante dovrebbe svolgere la valutazione di incidenza sull'integrità e affidabilità del concorrente*". In altri termini, la Sezione rimettente sollevava la questione sul fatto se il contenuto della dichiarazione di avvalimento circa i requisiti di fatturato – nella misura in cui includeva anche il fatturato di una consorziata "sospesa" – dovesse essere ascritto alla categoria della falsità dichiarativa, causa automatica di esclusione ai sensi dell'art. 80, quinto comma, lett. f-*bis*), oppure dovesse essere ricondotto a quella del grave illecito professionale, che in base all'art. 80, quinto comma, lett. c), avrebbe richiesto comunque una valutazione dell'amministrazione circa l'inaffidabilità dell'operatore economico in ragione della dichiarazione malamente formulata.

[48] La versione dell'art. 80, quinto comma, del Codice dei contratti pubblici è quella antecedente alle modifiche introdotte dal d.l. 14.12.2018, n. 135 ("*Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione, convertito con la legge 11 febbraio 2019 n. 12*").

[49] Il punto di partenza da cui muove l'Adunanza plenaria è l'affermazione in base alla quale la dichiarazione sulla cifra di affari da parte del Consorzio ausiliario non può essere considerata falsa ai sensi dell'art. 80, quinto comma, lett. f-*bis*). Nel caso di specie, invece, la dichiarazione del Consorzio non presentava elementi di contrarietà alla realtà. D'altronde, nel caso di specie, effettivamente il Consorzio ausiliario non aveva dichiarato un dato falso rispetto alla cifra d'affari reale; piuttosto, dal punto di vista giuridico, quel dato non poteva essere considerato nella sua totalità, perché includeva anche il fatturato di una consorziata "sospesa" dai benefici consortili, di cui non si sarebbe potuto tener conto.

zione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura di gara" [50].

L'Adunanza plenaria rileva che, coerentemente con tale elemento strutturale, la fattispecie equipara all'informazione falsa quella fuorviante, dal momento che le informazioni sono "*strumentali rispetto ai provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativamente alla procedura di gara, i quali sono a loro volta emessi non solo sulla base dell'accertamento di presupposti di fatto ma anche di valutazioni di carattere giuridico, opinabili tanto per quest'ultima quanto per l'operatore economico che le abbia fornite. Ne segue che, in presenza di un margine di apprezzamento discrezionale, la demarcazione tra informazione contraria al vero e informazione ad essa non rispondente ma comunque in grado di sviare la valutazione della stazione appaltante diviene da un lato difficile, con rischi di aggravio della procedura di gara e di proliferazione del contenzioso ad essa relativo, e dall'altro lato irrilevante rispetto al disvalore della fattispecie, consistente nella comune attitudine di entrambe le informazioni a sviare l'operato della medesima amministrazione*".

In altri termini, in presenza dell'elemento "specializzante" descritto dalla norma, l'equiparazione tra falsa dichiarazione e fuorviante dichiarazione è la conseguenza del carattere strumentale delle informazioni che devono essere rese dall'operatore, il quale, sia che dichiari un dato falso, sia che dichiari un dato soltanto fuorviante (ma con un maggior grado di aderenza a vero), può essere escluso dalla procedura solo nel caso in cui la dichiarazione in questione abbia sviato l'operato della stazione appaltante nel corso della procedura.

Un'altra osservazione è decisamente utile.

Osserva l'Adunanza plenaria – le fattispecie di cui alla lett. c) (*ante* modifica del 2018), sono tutte caratterizzate dal fatto di richiedere in concreto un giudizio della stazione appaltante sull'incidenza in modo negativo rispetto all'integrità e all'affidabilità dell'operatore economico. Viene specificato che "*in nessuna di queste fattispecie si ha l'automatismo espulsivo proprio del falso dichiarativo di cui alla lettera f-bis). (...) È pertanto indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante, come per tutte le altre ipotesi previste dalla medesima lett. c) ([ed ora articolate nelle lettere c-bis), c-ter) e c-quater), per effetto delle modifiche da ultimo introdotte dalla legge decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 – Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici; convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55]*".

---

[50] Coerentemente con tale elemento strutturale, la fattispecie equipara inoltre all'informazione falsa quella fuorviante, ovvero rilevante nella sua "*attitudine decettiva, di 'influenza indebita'*", secondo la definizione datane dall'ordinanza di rimessione, ovvero di informazione potenzialmente incidente sulle decisioni della stazione appaltante, e che rispetto all'ipotesi della falsità può essere distinta per il maggior grado di aderenza al vero.

In definitiva, ad avviso dell'Adunanza plenaria, le ipotesi di falsità dichiarativa ai sensi dell'art. 80, quinto comma, lett. f-*bis*), devono essere contraddistinte dalle seguenti caratteristiche: le dichiarazioni rese e le informazioni fornite devono essere obiettivamente false, contrarie alla realtà, senza margini di opinabilità; non devono essere finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativi all'ammissione, alla valutazione delle offerte o all'aggiudicazione dei partecipanti alla gara o comunque in relazione al corretto svolgimento di quest'ultima.

La limitazione dell'ambito di applicazione dell'art. 80, quinto comma, lett. f-*bis*) è evidente [51].

Verificatesi queste condizioni, la stazione appaltante può escludere l'operatore economico senza alcun filtro valutativo.

Invece, nelle altre ipotesi di falsa dichiarazione che abbia inciso sull'adozione di provvedimenti dell'amministrazione in relazione allo svolgimento della gara, l'amministrazione deve valutare se la violazione degli obblighi dichiarativi abbia effettivamente incrinato il rapporto fiduciario.

Vale la pena sottolineare un aspetto.

Nella disamina della fattispecie di cui all'art. 80, quinto comma, lett. c) (ora c-*bis*), l'Adunanza plenaria mette in risalto che non sussiste alcun automatismo espulsivo, "*che una ricostruzione a posteriori degli obblighi dichiarativi può essere ammessa, in quanto si tratti di casi evidentemente incidenti sulla moralità ed affidabilità dell'operatore economico, di cui quest'ultimo doveva ritenersi consapevole e rispetto al quale non sono configurabili esclusioni "a sorpresa" a carico dello stesso*"; che in nessun caso vi è l'automatismo espulsivo proprio del falso dichiarativo di cui alla lett. f-*bis*), dal momento che l'amministrazione dovrà valutare "*se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità*".

Sembra desumersi che il giudice amministrativo abbia voluto restringere l'ambito di applicazione dell'art. 80, quinto comma, lett. f-*bis*) anche in ragione del meccanismo automatico di esclusione a cui quest'ultimo espone l'operatore economico, privilegiando il ricorso a fattispecie espulsive che presentano uno spazio valutativo in capo alla stazione appaltante.

Sennonché, occorre prestare attenzione alla nuova formulazione dell'art. 80, quinto comma, lett. c-*bis*), in quanto, il riferimento al giudizio sulla integrità e sulla affidabilità dell'operatore economico, non vi è più.

---

[51] "*Per effetto di quanto ora considerato, diversamente da quanto finora affermato dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, l'ambito di applicazione della lettera f-bis) viene giocoforza a restringersi alle ipotesi – di non agevole verificazione – in cui le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità, e non siano finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativi all'ammissione, la valutazione delle offerte o l'aggiudicazione dei partecipanti alla gara o comunque relativa al corretto svolgimento di quest'ultima, secondo quanto previsto dalla lettera c)*".

Nel caso sottoposto alla Adunanza plenaria trova applicazione la vecchia formulazione dell'art. 80, quinto comma, lett. c); vi è il riferimento alla lett. c-*bis*), e quindi alla nuova formulazione della causa di esclusione, ma non si affronta espressamente la questione se, in siffatta ipotesi, la stazione appaltante sia ancora tenuta a svolgere la valutazione di integrità e di affidabilità del concorrente, senza alcun automatismo espulsivo.

Tra l'altro, restano in ombra altre questioni – perché non costituivano oggetto della controversia – che pure meritano attenzione relative alla individuazione delle conseguenze scaturenti dalla violazione degli obblighi dichiarativi; in particolare, la verifica delle ipotesi rientranti nell'art. 80, quinto comma, lett. f-*bis* ed il significato dell'elemento "specializzante" del motivo di esclusione di cui all'art. 80, quinto comma, lett. c-*bis*.

6.1. I dubbi circa l'ambito di applicazione dell'art. 80, quinto comma, lett. f-*bis*)

Sussiste una parziale sovrapposizione dell'ambito di applicazione dell'art. 80, quinto comma, lett. f-*bis* e di quello l'art. 80, quinto comma, lett. c-*bis*), fondata sull'elemento della falsità.

I principi espressi dall'Adunanza plenaria hanno il pregio di ricollegare la violazione degli obblighi dichiarativi alla incidenza rispetto ai provvedimenti adottati dall'amministrazione, limitando l'applicazione dell'art. 80, quinto comma, lett. f-*bis* solo ai casi diversi in cui non sussiste questo collegamento tra dichiarazione e provvedimenti di competenza dell'amministrazione.

Non è chiaro, tuttavia, quali siano le ipotesi in cui le dichiarazioni rese o la documentazione non siano finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'amministrazione aggiudicatrice.

La stessa Adunanza plenaria non può fare a meno di osservare che si tratti di ipotesi di "non facile verificazione".

Ad avviso di chi scrive, l'attuale assetto normativo sconta il fatto di essere il risultato di successive modifiche normative, che non sempre sono risultate coerenti e coordinate tra di loro.

Sarebbe stato sufficiente che il legislatore, nella riformulazione dell'art. 80, quinto comma, lett. c), avesse rivisto anche l'ipotesi di cui all'art. 80, quinto comma, lett. f-*bis*, rendendo il quadro normativo interno coerente con le indicazioni del legislatore europeo.

L'art. 57 della Direttiva 24/2016 contempla, al quarto comma, due cause facoltative di esclusione che integrano violazione degli obblighi dichiarativi dell'operatore economico: "*h) se l'operatore economico si è reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni richieste per verificare l'assenza di*

motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di selezione, non ha trasmesso tali informazioni o non è stato in grado di presentare i documenti complementari di cui all'articolo 59"; o "*i) se l'operatore economico (...) ha fornito per negligenza informazioni fuorvianti che possono avere un'influenza notevole sulle decisioni riguardanti l'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*".

Il quadro normativo deve essere coerente.

La duplicazione dell'art. 80, quinto comma, lett. f-*bis*) rischia solo di creare confusione nelle amministrazioni, soprattutto alla luce dei principi espressi dall'Adunanza plenaria, che ne ha escluso l'ambito di applicazione quando le dichiarazioni o la documentazione non veritiere non sono finalizzate a sviare l'adozione dei provvedimenti di competenza dell'amministrazione.

Se si ritenesse, invece, opportuna anche la previsione di un altro motivo di esclusione per falsità, al di fuori delle ipotesi in cui la falsità dichiarativa influenzi l'amministrazione nelle sue decisioni, la fattispecie dovrebbe caratterizzarsi per un maggior grado di tassatività.

6.2. L'elemento "specializzante" dell'art. 80, quinto comma, lett. c-*bis*) ovvero il significato dell'espressione "*suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*". Le informazioni "*dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*"

Le dichiarazioni false o fuorvianti rilevano ai fini dell'esclusione prevista dall'art. 80, quinto comma, lett. c-*bis*), solo se hanno attitudine a influenzare le decisioni della stazione appaltante; così come l'omissione di una informazione può avere efficacia escludente solo se si tratta di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della gara.

Sennonché, deve considerarsi che i provvedimenti assunti dall'amministrazione nel corso della gara, ad esempio in relazione all'esclusione dei partecipanti, sono diversamente conformati a livello legislativo; così come il contenuto degli obblighi dichiarativi non può dirsi tassativamente indicato dal legislatore, atteso che sono cause di esclusione i gravi illeciti professionali, nel significato ampio che sopra abbiamo individuato.

Pertanto, se la dichiarazione riguarda un requisito che doveva essere necessariamente dichiarato perché l'assenza viene contemplata espressamente come causa di esclusione dall'art. 80, non sussistono dubbi sul fatto che quella sia una informazione dovuta, ovvero che l'operatore economico debba dichiararlo in maniera assolutamente corrispondente alla realtà, a pena di esclusione.

Il problema si pone se la circostanza dichiarata in maniera falsa o fuorviante, o quella di cui l'amministrazione viene *aliunde* a conoscenza (senza che l'operatore

economico l'abbia dichiarata), siano ascrivibili alla categoria di gravi illeciti professionali, categoria aperta quanto al giudizio finalistico di incidenza sulla integrità e affidabilità dell'operatore economico o comunque sia suscettibile di una valutazione amministrativa più o meno ampia.

La questione è complicata dal fatto che, a seguito della rimodulazione dell'art. 80, quinto comma, lett. c), stante il tenore letterale della norma, l'ipotesi di omissione di "*informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*" oppure quella in cui l'operatore economico "*abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*", non richiedono ulteriori valutazioni da parte della stazione appaltante.

Così si crea un cortocircuito nel sistema delle cause di esclusione: da una parte, l'omissione di "informazioni dovute" o le dichiarazioni false o fuorvianti "*suscettibili di influenzare le decisioni della stazione appaltante*" si profilano come causa di esclusione quasi "automatica", dall'altra il legislatore non stabilisce quali siano esattamente le "informazioni dovute" o comunque non chiarisce cosa debba intendersi per "influenti" rispetto alle decisioni assunte dall'amministrazione nella procedura in corso.

La nozione di "informazioni dovute" rischia di diventare onnicomprensiva se l'operatore economico deve comunque fornire qualsivoglia informazione alla stazione appaltante, pena l'esclusione dalla gara.

Allo stesso tempo, se un operatore economico può essere escluso nel momento in cui rende una dichiarazione falsa *ex* art. 80, quinto comma, lett c-*bis*), il significato della "falsità" può pure essere circoscritta ricorrendo alla ermeneutica giuridica, ma quella delle "*informazioni suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*" è operazione più complicata.

L'aggravio in termini di oneri procedimentali si profila evidente e rischia di compromettere l'esigenza di massima partecipazione alla gara e di necessaria certezza sulle regole di condotta imposte agli operatori economici [52].

Dunque, deve verificarsi se effettivamente, nelle ipotesi di cui all'art. 80, quinto comma lett. c-*bis*, l'amministrazione conservi qualche spazio valutativo come indicato dall'Adunanza plenaria (anche se sotto la vigenza della formulazione originaria della norma).

7. L'art. 80, quinto comma, lett. c-*ter*)

L'articolo prevede l'esclusione per l'operatore economico che "*abbia dimo-*

[52] Cfr. Cons. Stato, ord. di rimessione all'Ad. plen., 9.4.2020, n. 2332.

strato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione, che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa" [53].

La norma richiede all'amministrazione un preciso sforzo motivazionale, "*anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa*".

Ne deriva che la fattispecie in esame non contempla alcun automatismo ai fini dell'esclusione del partecipante dalla gara.

Al contrario, constatata la sussistenza dei presupposti previsti dalla norma, l'amministrazione deve valutare se, in ragione di dette circostanze, può dirsi compromesso il rapporto fiduciario con l'operatore economico.

8. L'art. 80, quinto comma, lett. c-*quater*)

Il d.l. 18.4.2019, n. 32, nel testo definitivo coordinato con la legge di conversione del 14.6.2019, n. 55, ha introdotto una nuova causa di esclusione, con l'inserimento della seguente lett. c-*quater*), secondo la quale va comminata l'esclusione se "*l'operatore economico abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato*".

Orbene, viene ad essere considerato non un comportamento scorretto nei confronti della stazione appaltante o di altra amministrazione, ma l'illecito professionale posto in essere nei confronti di un subappaltatore.

---

[53] Sulla risoluzione del contratto, sulla base della formulazione originaria, non pochi sono stati i contrasti giurisprudenziali. La fattispecie escludente in base alla quale la risoluzione anticipata doveva essere "*non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio*" ha determinato l'emersione di una questione di compatibilità comunitaria dell'art. 80, quinto comma, lett. c) *con l'art. 57, par. 4, lett. c) e g), della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici.* Detta questione è stata sottoposta alla Corte di Giustizia Europea, in primo luogo dal T.a.r. Campania, con ord. 13.12.2017, poi successivamente dal Cons. Stato, con ord. 3.5.2018, n. 2639, dal momento che l'art. 80, quinto comma, lett. c), d.lgs. 18.4.2018, n. 50 e la norma euro – unitaria non vi sarebbe omogeneità e, infine, dal Cons. Stato, sez. V, con ord. 23.8.2018, n. 5033. Si è pronunciata la Corte di Giustizia UE, con la sent. 19.6.2019, C-14/18, stabilendo che "*l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce*".

Si amplia lo spettro di comportamenti ostativi alla partecipazione alla gara, sebbene la fattispecie sia circoscritta alle ipotesi in cui detto inadempimento sia stato riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato.

9. Le ulteriori esclusioni previste dal quinto comma

L'art. 80, quinto comma, lett. d) prevede, quale causa di esclusione dalla gara, il caso in cui la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse non diversamente risolvibile. La disposizione codicistica rimanda all'art. 42, secondo cui: "*Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione*".

Ancora, la lett. e) prevede l'esclusione qualora si verifichi una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto e il rischio non possa essere risolto con misure meno intrusive. Tale motivo di esclusione viene collegato esplicitamente alla previsione di cui all'art. 67 del Codice, vale a dire la norma che disciplina il procedimento che l'amministrazione aggiudicatrice deve seguire nel caso in cui i soggetti che abbiano partecipato precedentemente a una consultazione preliminare di mercato partecipino anche alla successiva procedura di gara.

La lett. f) esclude l'operatore economico che sia stato soggetto a sanzioni interdittive che comportano il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione; le tipologie di sanzioni interdittive richiamate espressamente dalla norma sono: la sanzione interdittiva di cui all'art. 9, secondo comma, lett. c) del d.lgs. n. 231/2001 (disciplinante la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle società), i provvedimenti interdittivi di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 81/2008 (Testo Unico sulla salute e sicurezza sul lavoro) e, infine, ogni "*altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione*".

Ulteriori ipotesi di esclusione sono contenute alle lett. h) e i) riguardanti, rispettivamente, l'esclusione per violazione del divieto di intestazione fiduciaria [54] e

[54] La norma richiama l'art. 17 della l. 19.3.1990, n. 55 per cui "*Entro lo stesso termine di cui al comma 2, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro del tesoro, d'intesa con il Ministro dei lavori pubblici, sono*

per non aver presentato la certificazione che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili [55].

La lett. l) prevede l'esclusione per quegli operatori economici che, pur essendo stati vittima dei reati di concussione ed estorsione, degli artt. 317 e 629 c.p., aggravati dall'utilizzo del metodo mafioso, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria.

Infine, l'ultima lettera del quinto comma dell'art. 80, la lett. m), prevede che le stazioni appaltanti escludano l'operatore economico che si trovi, rispetto a un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

10. Controllo del giudice amministrativo avente a oggetto la valutazione dell'amministrazione ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 s.m.i.

La valutazione espressa dall'amministrazione è soggetta a sindacato giurisdizionale. La giurisprudenza ha affermato che "*spiragli di discrezionalità in favore delle stazioni appaltanti attengono non alla individuazione delle fattispecie espulsive – che senz'altro compete al legislatore, in materia di requisiti generali, secondo una elencazione da considerare tassativa – bensì alla riconduzione della fattispecie concreta a quella astratta, siccome descritta genericamente mediante l'uso di concetti giuridici indeterminati (peculiarità compendiata nel suddetto sintagma, di conio dottrinale, della discrezionalità monobasica)*" [56].

---

altresì, definite disposizioni per il controllo sulle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatari di opere pubbliche, ivi compresi i concessionari, e sui relativi mutamenti societari. Con lo stesso decreto sono comunque vietate intestazioni ad interposte persone, di cui deve essere comunque prevista la cessazione entro un termine predeterminato, salvo le intestazioni a società fiduciarie autorizzate ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966, a condizione che queste ultime provvedano, entro trenta giorni dalla richiesta effettuata dai soggetti aggiudicatari, a comunicare alle amministrazioni interessate l'identità dei fiducianti; in presenza di violazioni delle disposizioni del presente comma, si procede alla sospensione dall'Albo nazionale dei costruttori o, nei casi di recidiva, alla cancellazione dall'Albo stesso".

[55] La certificazione richiesta è quella di cui all'art. 17 della l. 12.3.1999, n. 68 in base a cui "*Le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione*".

[56] Cfr. T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 2.1.2017, n. 10.

Profili discrezionali si intrecciano a profili vincolati, e la ricostruzione del sindacato del giudice sulla valutazione dell'amministrazione non è facile.

L'indeterminatezza dei concetti giuridici adoperati per prescrivere i motivi di esclusione ha posto il problema di individuare la modalità di integrazione del precetto normativo da parte dell'amministrazione.

Indicazioni sul tema della relazione tra la configurazione del potere amministrativo e del provvedimento da una parte, e il sindacato del giudice amministrativo dall'altra, sono disseminate nella giurisprudenza e nella letteratura pubblicistica e, al mutare della configurazione della "discrezionalità amministrativa" (e, più in generale, delle decisioni che effettua l'amministrazione), ha corrisposto una differente modalità di controllo da parte del giudice [57].

In concreto, si è cercato di erodere la sfera della discrezionalità amministrativa pura, al fine di estendere il controllo del giudice amministrativo e renderlo – quanto più possibile – garanzia di "tutela piena ed effettiva", utilizzando gli strumenti più diversi.

Un contributo essenziale al dibattito fu offerto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza 17.2.2012, n. 2312, secondo la quale, a norma dell'art. 38, primo comma, lett. f), d.lgs. 12.4.2006, n. 163, dovevano essere esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento i soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, avevano commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di prestazioni affidate dalla medesima stazione appaltante.

Ad avviso della Suprema corte, il giudice amministrativo avrebbe dovuto limitarsi a sindacare la scelta amministrativa nei limiti della "*verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'appaltante come ragioni del rifiuto*".

All'indomani dell'emanazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, la dottrina ha affermato che "*i provvedimenti di esclusione* (…) *presuppongono un accertamento ampiamente discrezionale e, come tale, difficilmente censurabile dinanzi al giudice amministrativo*" [58].

Si parla di "*sindacato debole*" rispetto ai provvedimenti espulsivi, a causa della loro natura eminentemente discrezionale.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, valorizzando la natura ampiamente discrezionale della valutazione formulata dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 80, quinto comma, ha affermato che essa sia sindacabile al più "*entro i limiti della abnormità o della manifesta irragionevolezza*" [59].

---

[57] Cfr. S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, in particolare 267 ss.

[58] Cfr. L. MAZZEO, L. DE PAULI, *Le linee guida dell'Anac in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urb. e app*., 2018, 156.

[59] Cons. Stato, sez. V, 3.1.2019, n. 72; T.a.r. Veneto, Venezia, sez. I, 9.1.2019, n. 27.

È stato sostenuto che "*la valutazione di inaffidabilità espressa dalla stazione appaltante è, peraltro, espressione di ampia discrezionalità e può essere sindacata in sede giurisdizionale solo in presenza di palesi profili di illogicità e di errori di fatto*" [60].

A fronte di detto quadro normativo l'unico sforzo che può fare l'interprete è la ricostruzione di un sindacato di legittimità che offra comunque tutela al cittadino e, nel caso di specie alle imprese [61], che non si presti a dichiarazioni di inammissibilità del ricorso "*perché in sede di giurisdizione di legittimità sulle valutazioni tecniche o sulle determinazioni discrezionali dell'amministrazione sono ammesse solo le censure di manifesta irragionevolezza, manifesta illogicità o travisamento dei fatti*" [62].

[60] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 22.10.2018, n. 6016.

[61] Cfr. Sostiene che la giurisdizione di legittimità non comporti arretramento della tutela del cittadino F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *Pers. e amm.*, 2018, 152 ss.

[62] F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *Pers. e amm.*, 2018, 161.

Capitolo Diciottesimo

Il tempo della valutazione dei motivi di esclusione. Le misure di self cleaning *e la continuità nel possesso dei requisiti*

ENZA ROMANO

SOMMARIO: 1. Il tempo della valutazione dei motivi di esclusione. – 2. Le misure di *self cleaning*. – 3. La continuità nel possesso dei requisiti di ordine generale. – 4. La fase successiva all'aggiudicazione del contratto: l'esercizio dei poteri di autotutela. – 4.1. La sopravvenuta perdita del requisito di regolarità contributiva tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto. – 5. La fase di esecuzione del contratto. Modifiche soggettive al contratto in corso di efficacia. – 6. L'annullamento d'ufficio e la revoca dell'aggiudicazione dopo la stipulazione del contratto.

1. Il tempo della valutazione dei motivi di esclusione

L'art. 80, sesto comma, stabilisce che le stazioni appaltanti escludono l'operatore, "*in qualunque momento della procedura*", qualora risulti che l'operatore si trovi in una delle fattispecie prescritte dall'art. 80.

L'operatività dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 copre l'intero procedimento di affidamento e si estende fino alla stipulazione del contratto.

Si pongono due questioni: quale sia il tempo della verifica dei requisiti di ordine generale, intesa come verifica della completezza e regolarità della documentazione amministrativa presentata in sede di gara, ossia del DGUE [1], e quali siano le modalità procedimentali che la stazione appaltante deve osservare.

Potrebbe verificarsi che la sussistenza di un motivo di esclusione sopraggiunga

[1] A. GIANNELLI, P. PROVENZANO, A. GIUSTI, *Commento all'art. 83, Criteri di selezione e soccorso istruttorio*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2017, 1049-1050.

nel corso del procedimento, una volta che è stata superata la "*fase di ammissione*", o comunque che l'amministrazione ne acquisti conoscenza nella fase di controllo circa la veridicità del possesso dei requisiti di ordine generale prima di procedere all'aggiudicazione.

Invero, la questione delle modalità di verifica delle fattispecie escludenti, si pone ogniqualvolta la stazione appaltante si trovi a valutare l'ammissione di un operatore economico alla gara, ovvero la sua esclusione sulla scorta della sussistenza o meno dei requisiti di ordine generale, anche quando la stazione appaltante va oltre il mero controllo formale della documentazione allegata, e indaga la veridicità e la sussistenza in via sostanziale dei requisiti di ordine generale.

L'art. 80 non descrive un vero e proprio (sub)procedimento avente ad oggetto la valutazione della sussistenza dei motivi di esclusione né il soggetto a cui esso compete.

Per quanto riguarda le regole procedimentali, a ben vedere, l'art. 80 si limita a prevedere che l'amministrazione debba escludere l'operatore economico se ricorre una delle situazioni di cui al primo, secondo, quarto e quinto comma, , senza specificare se la decisione debba essere preceduta da una comunicazione all'interessato o implichi qualche forma di contraddittorio. Tuttavia, alcuni riferimenti normativi contenuti nell'art. 80 lasciano desumere che una forma di contraddittorio non solo sia opportuna, ma anzi necessaria [2].

Le Linee guida ANAC n. 6 richiamano l'attenzione proprio su questo tema, prevedendo che "*l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato*".

Anche la giurisprudenza amministrativa è concorde nel ritenere che sussista la necessità di osservare un vero e proprio contraddittorio con l'operatore economico interessato, ai fini dell'accertamento della carenza sostanziale dei requisiti di ammissione alla gara, ad eccezione delle ipotesi in cui il concorrente non abbia dimostrato lealtà e trasparenza nei confronti della stazione appaltante [3].

---

[2] A titolo esemplificativo, l'art. 80, quinto comma, lett. c), c-*bis*), c-*ter*), contempla motivi di esclusione che presuppongono un'attività di accertamento complessa da parte della stazione appaltante, che deve dimostrare "*con mezzi adeguati*", e deve motivare "*anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa*". Ancora, l'art. 80, settimo comma, prevede che l'operatore economico "*è ammesso a provare di aver risarcito il danno o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti*". Il successivo ottavo comma stabilisce che nell'ipotesi in cui dette misure non siano ritenute sufficienti, ne viene data comunicazione all'operatore economico; in caso di sufficienza, l'operatore economico non è escluso dalla gara.

[3] Cons. Stato, 5.9.2017, n. 4192, secondo cui il contraddittorio in ipotesi di esclusione dall'appalto, anche ai fini delle misure di *self cleaning*, è doveroso per la stazione appaltante solo nei confronti del concorrente che si è dimostrato leale e trasparente nei confronti della stessa, fornendo tutte

La stazione appaltante deve verificare altresì l'efficacia temporale dei motivi di esclusione. Dunque, non deve accertare solo se ricorrano i motivi di esclusione di cui all'art. 80, ma deve anche verificare che essi abbiano efficacia escludente [4].

2. Le misure di *self cleaning*

Sulla scorta delle indicazioni del legislatore comunitario, è stato introdotto il nuovo istituto del c.d. "*self cleaning*", che sembra introdurre nuovi spazi di apprezzamento da parte dell'amministrazione nella valutazione di "non rilevanza" delle fattispecie escludenti.

L'art. 57 della Direttiva 24/2014, infatti, ha introdotto la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che "*le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d'appalto*".

In altri termini la stazione appaltante, pur ritenendo sussistente in concreto uno dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, può decidere che il rapporto fiduciario tra quell'operatore economico e l'amministrazione, in precedenza compromesso secondo le disposizioni di legge, venga ricucito, e dunque può ritenere che non vi siano ragioni ostative alla scelta di quel soggetto come possibile contraente.

Ne consegue che la valutazione dell'affidabilità dell'operatore economico, in

---

le informazioni necessarie per dimostrare l'attuale insussistenza di rischi sulla sua inaffidabilità o mancata integrità nello svolgimento della sua attività professionale". In tal senso, anche con riferimento alle misure di *self cleaning*, T.a.r. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 11.12.2018, n. 958. Detto orientamento solleva qualche perplessità. Non si comprende per qualche ragione la stazione appaltante potrebbe "saltare" la fase del contraddittorio procedimentale con l'operatore economico, sulla scorta di una valutazione *ex post*, che conduce l'amministrazione alla esclusione dell'operatore economico.

[4] L'efficacia escludente della condanna penale definitiva ai sensi dell'art. 80, primo comma, corrisponde alla durata della pena accessoria della incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione. Più controversa si è rivelata la determinazione della efficacia temporale dei motivi di esclusione nei casi in cui non vi sia una durata della pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione o non vi sia una condanna penale definitiva. In base alle disposizioni del d.l. 18.4.2019, n. 32, convertito in legge, le stazioni appaltanti devono attenersi a quanto stabilito dall'art. 80, decimo comma ed eventualmente dall'art. 80, comma decimo *bis.* Inoltre, per quanto riguarda le fattispecie escludenti di cui all'art. 80, quinto comma, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel caso di pendenza di un giudizio, tale fatto dovrà comunque essere considerato dalla stazione appaltante ai fini dell'esclusione dalla gara dell'operatore economico che lo ha commesso.

ultima istanza e complessivamente intesa, spetta alla stazione appaltante, la quale dovrà fornire adeguata motivazione delle sue decisioni.

Partiamo dal dato normativo.

La predetta Direttiva ha specificato che "*l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito. Se si ritiene che le misure siano insufficienti, l'operatore economico riceve una motivazione di tale decisione. Un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto o di aggiudicazione delle concessioni non è autorizzato ad avvalersi della possibilità prevista a norma del presente paragrafo nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza negli Stati membri in cui la sentenza è effettiva*"[5].

[5] Il considerando 102 della Direttiva 2014/24 enuncia quanto segue: "*(102) Tuttavia, è opportuno consentire che gli operatori economici possano adottare misure per garantire l'osservanza degli obblighi volte a porre rimedio alle conseguenze di reati o violazioni e a impedire efficacemente che tali comportamenti scorretti si verifichino di nuovo. Tali misure potrebbero consistere, in particolare, in misure riguardanti il personale e l'organizzazione quali la rottura di tutti i rapporti con le persone o con le organizzazioni coinvolte nel comportamento scorretto, in misure adeguate alla riorganizzazione del personale, nell'attuazione di sistemi di rendicontazione e controllo, nella creazione di una struttura di* audit *interno per verificare la conformità e nell'adozione di norme interne di responsabilità e di risarcimento. Qualora tali misure offrano garanzie sufficienti, l'operatore economico interessato non dovrebbe più essere escluso solo sulla base di tali motivi. Gli operatori economici dovrebbero avere la possibilità di chiedere che siano esaminate le misure adottate per garantire l'osservanza degli obblighi ai fini di una possibile ammissione alla procedura di aggiudicazione. Occorre tuttavia lasciare agli Stati membri la facoltà di determinare le esatte condizioni sostanziali e procedurali applicabili in tali casi. Essi dovrebbero essere liberi, in particolare, di decidere se consentire alle singole amministrazioni aggiudicatrici di effettuare le pertinenti valutazioni o affidare tale compito ad altre autorità a livello centrale o decentrato*". Con riferimento all'applicazione delle disposizioni in materia, la Corte di Giustizia UE, con la pronuncia del 24.10.2018, n. 124, ha sottolineato che, in tale contesto, il ruolo svolto dall'amministrazione aggiudicatrice va distinto rispetto a quello delle autorità investigative: "*Mentre queste ultime hanno il compito di stabilire la responsabilità di determinati agenti nel commettere una violazione a una norma di diritto, accertando con imparzialità la realtà di fatti che possono costituire una siffatta violazione, nonché punendo il comportamento illecito pregresso di detti agenti, le amministrazioni aggiudicatrici devono valutare i rischi cui potrebbero essere esposte aggiudicando un appalto a un offerente la cui integrità o affidabilità sia dubbia. Ne risulta, come osservato dalla Commissione europea, che l'accertamento dei fatti e delle circostanze da parte delle autorità investigative ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24 non mira allo stesso obiettivo perseguito dalla valutazione dell'affidabilità dell'operatore economico che ha adottato misure previste da tale disposizione e che deve fornire all'amministrazione aggiudicatrice gli elementi di prova che consentano di dimostrare che sono sufficienti al fine della sua ammissione alla procedura di gara. Pertanto, a condizione che le rispettive funzioni dell'amministrazione aggiudicatrice e delle autorità investigative lo richiedano, ed entro tali limiti, l'operatore economico che intende*

In recepimento (almeno parziale) delle suddette previsioni, l'art. 80 del Codice dei contratti pubblici stabilisce che "*un operatore economico, o un subappaltatore, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Se la stazione appaltante ritiene che le misure di cui al comma 7 sono sufficienti, l'operatore economico non è escluso della procedura d'appalto; viceversa, dell'esclusione viene data motivata comunicazione all'operatore economico*".

La disciplina comunitaria ha introdotto in via generalizzata il meccanismo del c.d. *self cleaning* [6].

Il legislatore nazionale, invece, ha circoscritto l'ambito di operatività del c.d. *self cleaning* alle fattispecie "escludenti", previste al primo e quinto comma dell'art. 80, con alcune limitazioni per quanto riguarda la fattispecie escludente derivante da condanne penali definitive.

Nonostante la ricorrenza di una causa di esclusione, l'operatore economico può dimostrare di essere un contraente complessivamente affidabile, nell'ipotesi in cui abbia risarcito il danno o abbia adottato provvedimenti di prevenzione rispetto alla commissione di ulteriori reati o illeciti [7].

A fronte di ciò, la stazione appaltante valuta la "sufficienza" delle misure adottate. Ne consegue che, nonostante la tipizzazione delle cause di esclusione da parte del legislatore, nella valutazione dell'affidabilità dell'operatore economico la stazione appaltante conserva uno spazio di apprezzamento.

La giurisprudenza sostiene che il momento *ne ultra quem* per l'adozione delle misure di *self cleaning* e per la loro allegazione alla stazione appaltante è ancorato

---

dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione deve cooperare efficacemente con le autorità incaricate di svolgere tali funzioni, siano esse l'amministrazione aggiudicatrice o l'autorità investigativa. Tuttavia, tale collaborazione con l'amministrazione aggiudicatrice deve limitarsi alle misure strettamente necessarie per perseguire efficacemente l'obiettivo perseguito dalla verifica dell'affidabilità dell'operatore economico, menzionato all'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24".

[6] La differenza tra le due discipline viene evidenziata da P. PATRITO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici e il primo decreto correttivo (in corso di approvazione): primi spunti di riflessione*, in *Resp. civ. prev*., 2017, 335 ss.

[7] Cons. Stato, sez. V, 24.1.2019, n. 591, secondo cui "*il ridetto meccanismo (all'evidenza preordinato a stimolare ravvedimenti virtuosi e condotte orientate alla prevenzione) consente all'impresa concorrente di dimostrare, ricorrendone le condizioni, la sua affidabilità a dispetto dell'esistenza di un motivo di esclusione*".

al termine di presentazione delle offerte [8]; una facoltà di tardiva implementazione o allegazione si paleserebbe, potenzialmente, lesiva del principio della *par condicio* dei concorrenti.

Si tratta di mettere a fuoco il tipo di valutazione che l'amministrazione è chiamata a compiere in siffatte ipotesi.

L'amministrazione, innanzitutto, deve accertare se le misure adottate dall'operatore economico possano qualificarsi in termini di risarcimento o di provvedimenti di "*prevenzione*" idonei ad evitare la commissione di fatti o illeciti escludenti [9].

Dopodiché, deve valutare se tali misure siano state in grado di ricucire il rapporto fiduciario, già incrinato, con la stazione appaltante.

Il giudizio di sufficienza delle misure in concreto adottate rispetto al ripristino della condizione complessiva di affidabilità dell'operatore economico, va svolto tenendo presenti le finalità poste a presidio dei requisiti di ordine generale.

C'è una valutazione dell'amministrazione, che non va intesa come atto di volizione della stazione appaltante [10].

In siffatte ipotesi, la stazione appaltante non può considerare solo l'interesse pubblico, ma deve tener conto che la sua scelta incide sul mercato, sulla concorrenza tra le imprese e sulla possibilità di sviluppo dei singoli operatori economici [11].

---

[8] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 21.1.2020, n. 478; Cons. Stato, sez. V, n. 591/2019 cit.; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 2.3.2018, n. 2394; T.a.r. Lombardia, sez. II, 26. 2.2018, n. 218.

[9] La giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 24.1.2019, n. 591) ha evidenziato anche il collegamento, nel nostro ordinamento, tra il sistema delle misure di *self cleaning* e le "*Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione*", in base al d.l. 24.6.2014, n. 90, convertito dalla l. 11.8.2014, n. 114, che operano in una distinta, ma concorrente prospettiva. Come noto, il Prefetto, su segnalazione dell'ANAC, può disporre a carico dell'impresa a carico della quale l'autorità giudiziaria proceda per l'accertamento di uno o più dei reati elencati al primo comma. In questo caso, il *self cleaning* prefigura, alternativamente: a) la rinnovazione degli organi sociali, mediante la sostituzione del soggetto coinvolto: la quale sostituzione è, ricorrendone le condizioni, idonea ad impedire l'automatismo solutorio delle misure interdittive sui contratti in essere o, quanto meno, a legittimare al commissariamento dell'impresa, con prosecuzione "controllata" dell'esecuzione dei contratti in essere, ed accantonamento cautelativo degli utili in attesa delle determinazioni in ordine alla prospettica confisca (cfr. parere Cons. Stato, comm. spec., 18.6.2018, n. 1567): b) il "*sostegno e monitoraggio dell'impresa*" (ottavo comma). Nel primo caso, appare chiara l'operatività solo *pro futuro* delle misure organizzative virtuose. Nel secondo caso, si tratta di una misura specifica, orientata a salvaguardare l'utile esecuzione dei contratti in essere. Dunque, ad avviso della giurisprudenza in esame, "*ne discende che, mentre deve escludersi che la mera sostituzione degli organi di vertice possa servire, in pendenza di procedura evidenziale, ad impedire l'operatività di una clausola di estromissione (cfr. Cons. Stato, V, 1.9.2018, n. 5424), la sostituzione operata prima della partecipazione non può considerarsi irrilevante, sol che se ne accerti l'effettività*". Sull'efficacia *pro futuro* delle misure di *self-cleaning*, cfr. Ta.r. Toscana, Firenze, sez. II, 19.1.2021, n. 77.

[10] L. R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm*., 2013, 309 ss.

[11] Occorre evidenziare che le misure di *self cleaning* rappresentano una conseguenza di precedenti condotte illecite e, in quanto tali, rispondono alla finalità di mantenere l'operatore economico

Pertanto, nel caso in cui vi sia stato un comportamento attivo dell'operatore economico volto a recuperare o comunque a prendere le distanze da quello che ha messo in discussione la sua integrità, esso deve essere vagliato attentamente dalla stazione appaltante, che potrà legittimamente escluderlo solo se ciò si rivelasse necessario e proporzionato, dandone ampiamente ragione nella motivazione del provvedimento di esclusione.

In siffatte ipotesi, si rivela essenziale la motivazione del provvedimento di esclusione [12].

3. La continuità nel possesso dei requisiti di ordine generale

La mancanza dei requisiti di ordine generale costituisce motivo di esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione a una procedura di gara [13]; la verifica della sussistenza dei requisiti di ordine generale avviene, quindi, nella fase di ammissione delle imprese alla gara, onde evitare che l'amministrazione con-

---

sul mercato, e non già all'esigenza di sanare l'illiceità di condotte pregresse (cfr. T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 23.7.2018, n. 8288; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 2.3.2018, n. 2394).

[12] Cons. Stato, sez. V, 24.1.2019, n. 591 ha ritenuto non sufficientemente motivato il provvedimento di esclusione per omessa e/o incompleta valutazione delle misure di *self cleaning*. In particolare, nel caso di specie, la stazione appaltante aveva motivato l'esclusione della ditta sul presupposto che, nella fase di monitoraggio, era perdurata la presenza negli organi sociali dei soggettivi coinvolti nelle vicende penali. Tuttavia, ad avviso del giudice amministrativo, l'amministrazione non aveva considerato, nel provvedimento di esclusione dalla gara, che la società (già controllata) aveva deciso di estromettere i soggetti interessati e non aveva così preso atto: "*a) del superamento della fase pregiudizialmente interdittiva ad ogni contrattazione; b) della attivazione (esitata nelle valorizzate vicende transattive) di misure orientate alla riparazione del danno; c) della sterilizzazione dei contratti in essere, in virtù del temporaneo commissariamento degli organi sociali; d) del perdurante monitoraggio in funzione anticorruttiva (da ultimo in effetti e sia pure post factum positivamente esitato); e) della estromissione (sollecitata proprio in sede tutoria) dalle posizioni apicali*". Pertanto, il Consiglio di Stato concludeva nel senso che "*in assenza di ogni idoneo apprezzamento di tali rilevanti circostanze (e a dispetto della discrezionalità di cui la stazione appaltante gode nel relativo giudizio), si deve ritenere non sufficientemente motivata la scelta di escludere l'appellante dalla gara in corso (e ciò tanto più che – pur non trattandosi, di per sé, di circostanza necessariamente decisiva – l'appellante ha documentato che, nello stesso torno di tempo, altre ed importanti procedure evidenziali l'avevano vista utilmente concorrere, senza alcuna preclusione e con evidente apprezzamento positivo delle medesime misure di self cleaning)*".

[13] Cfr., di recente, la sentenza del Cons. Stato, 4.2.2019, n. 827, secondo la quale nel caso in cui il contratto che disciplina l'affitto dell'azienda o di un ramo di essa, posto in essere al fine di acquisire alcuni requisiti altrimenti non posseduti dal concorrente, rechi una clausola sulla durata del contratto inferiore alla durata del contratto di appalto da eseguire, la stazione appaltante può legittimamente disporre l'esclusione dell'operatore economico dalla gara, non potendo fare affidamento sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della procedura e per l'intera fase di esecuzione del contratto.

duca trattative con soggetti privi di affidabilità morale e professionale [14].

Occorre verificare se la sussistenza o meno dei requisiti di ordine generale produca conseguenze anche nella fase successiva all'aggiudicazione, cioè nel corso dell'esecuzione del contratto.

La questione da affrontare è quali siano gli effetti che si verificano se, una volta aggiudicata la gara o stipulato il contratto, l'impresa vincitrice si ritrovi in una delle situazioni descritte dall'art. 80 del Codice dei contratti pubblici oppure l'amministrazione si renda conto dell'originaria mancanza dei requisiti di ordine generale sin dal procedimento di gara.

In altri termini, si tratta di accertare se le fattispecie escludenti di cui all'art. 80 del Codice dei contratti siano in grado di incidere rispetto agli effetti del provvedimento di aggiudicazione o al contratto in essere e cosa l'amministrazione possa o debba fare [15].

Costituisce affermazione risalente della giurisprudenza amministrativa, in materia di contratti pubblici, la circostanza che i requisiti di partecipazione alle gare pubbliche devono essere posseduti dai partecipanti non solo al momento della presentazione della domanda, ma anche per tutto lo svolgimento della procedura di affidamento, fino all'aggiudicazione e alla stipulazione del contratto, nonché per tutta la fase di esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità [16].

---

[14] T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 2.1.2017, n. 10.

[15] L'indagine in tal senso è complicata da almeno tre fattori. Innanzitutto, l'art. 80 fa espresso riferimento all'esclusione dalla partecipazione alla gara, stabilendo quali siano i motivi di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale, ma tace rispetto alle conseguenze della mancanza (originaria o sopravvenuta) di detti requisiti dopo l'aggiudicazione o nel corso della esecuzione del contratto. A ciò si aggiunga, in secondo luogo, che l'art. 80 non è una norma di facile lettura e interpretazione: non a caso sono state già sollevate diverse questioni di compatibilità con il diritto comunitario dinanzi alla Corte di Giustizia UE, e detta norma è stata oggetto di modifiche normative ispirate a esigenze di chiarezza e di semplificazione.

Infine, rispetto alla pubblica amministrazione, se è pacifico che fino alla stipulazione del contratto è fatto salvo il potere di autotutela, non può dirsi lo stesso per la fase di esecuzione del contratto, nella quale la pubblica amministrazione assume vesti (quasi totalmente) paritetiche rispetto all'operatore economico.

[16] Al proposito, si tenga presente la pronuncia del Cons. Stato, Ad. plen., 20.7.2015, n. 8, resa in un giudizio nel quale – fondatamente – si metteva in discussione la posizione di aggiudicatario di un raggruppamento temporaneo di imprese, a causa dell'interruzione temporale nel possesso di un requisito di qualificazione SOA in capo all'impresa ausiliaria nel corso dello svolgimento della gara. Con riferimento specifico ai requisiti di ordine generale, sono emblematiche le pronunce del Cons. Stato (Ad. plen., n. 8/2012 e Ad. plen., nn. 5-6/2016) che hanno stabilito l'impossibilità di una regolarizzazione postuma della posizione previdenziale e assistenziale di un'impresa e, soprattutto, hanno previsto che l'impresa debba essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali e assistenziali fin dalla presentazione della domanda e debba mantenere detto status per tutta la procedura di affidamento e per tutto il rapporto con l'amministrazione. Ancora, fra le tante Cons. Stato, sez. IV., 18.4.2014, n. 1987; Cons. Stato, sez. V, 30.9.2013, n. 4833 e 26.3.2012, n. 1732; Cons. Stato, sez. III, 13.7.2011, n. 4225; Cons. Stato, Ad. plen., 25.2.2014, n. 10; nn. 15 e 20/2013; nn. 8 e 27/2012; n. 1/2010.

Sarebbe così configurabile la possibilità di una verifica per l'intero procedimento ad evidenza pubblica, non solo fino alla aggiudicazione, ma anche fino alla stipulazione del contratto, e oltre.

Le ragioni della suddetta continuità, nel possesso dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche, vanno ricercate nell'interesse immanente in capo all'amministrazione di contrattare con operatori economici seri e affidabili anche dopo l'aggiudicazione [17].

Ciò trova fondamento nella necessità di garantire la permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e, dunque, della sicurezza per la stazione appaltante nella instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara, fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e di quelli speciali necessari per intrattenere relazioni contrattuali con l'amministrazione [18].

La tenuta del principio della continuità nel possesso dei requisiti di ordine generale va verificata alla luce del mutato quadro normativo, tenendo conto delle norme e degli istituti che disciplinano la fase post-aggiudicazione e quella successiva alla stipulazione del contratto.

Si tenga presente, in ogni caso, che la continuità nel possesso dei requisiti ha ragion d'essere per tutti i partecipanti, fino all'aggiudicazione in favore di un operatore economico; deve condividersi quell'orientamento giurisprudenziale in base al quale, l'avvenuta conclusione del procedimento di gara con l'aggiudicazione in favore della prima classificata, esonera le altre imprese partecipanti dall'onere di conservare i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva in vista di un possibile scorrimento della graduatoria [19].

Si tratterebbe di un onere eccessivo. Invero, quando il procedimento di affidamento del contratto si conclude con l'aggiudicazione a favore di un'impresa, l'offerta formulata dalle altre partecipanti alla gara non è più vincolante nei confronti dell'amministrazione e cessa quel rapporto che si era instaurato con la domanda di partecipazione [20].

---

[17] Cfr. Cons. Stato, 21.1.19, n. 498, secondo la quale il possesso dei requisiti di ammissione ad una procedura di gara si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica, al fine di garantire la permanenza della affidabilità tecnica ed economica e della c.d. onorabilità dell'impresa che potrà, ove vincitrice, stipulare il contratto con la stazione appaltante, nel rispetto dei principi di imparzialità e di buon andamento dell'attività amministrativa di cui all'art. 97 Cost.

[18] In un caso recente, l'affermazione del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alla gara si è rivelata utile per evitare che gli operatori economici pongano in essere un'attività di sistematica elusione di norme imperative concernente gli obblighi di assunzione di persone diversamente abili (cfr. Cons. Stato, sez. III, 21.1.2019, n. 498).

[19] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 6.3.2017, n. 1050.

[20] *Ivi.*

Ne deriva che, dall'aggiudicazione, l'obbligo di continuità nel possesso dei requisiti di ordine generale sussiste solo in capo all'impresa aggiudicataria.

4. La fase successiva all'aggiudicazione del contratto: l'esercizio dei poteri di autotutela

L'art. 32 del d.lgs. n. 50/2016, fa espressamente salvo l'esercizio dei poteri di autotutela da parte dell'amministrazione nella fase tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto [21].

In altri termini, nella fase successiva all'aggiudicazione della gara, ma precedente alla stipulazione del contratto, le fattispecie escludenti di cui art. 80, d.lgs. n. 50/2016, rilevano ai fini dell'adozione di un provvedimento di annullamento d'ufficio, ai sensi dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990 [22] (se si tratta di una situazione verificatasi anteriormente all'aggiudicazione), o di un provvedimento di revoca ai sensi dell'art. 21-*quinques* della l. n. 241/1990 [23] (se si tratta di fattispe-

---

[21] La letteratura sui poteri di autotutela dell'amministrazione è vastissima. Per ampie citazioni bibliografiche si rinvia a R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 621 ss., 664 ss. Sul tema specifico dell'esercizio dei poteri di autotutela rispetto agli atti di gara si vedano B.E. FUOCO, *Manuale dell'autotutela decisoria nei procedimenti ad evidenza pubblica*, Rimini, 2009; F. ARMENANTE, *Commento all'art. 32*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, 318 ss.

[22] Per quanto concerne l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, occorre tenere presente che l'atto di mero ritiro dell'aggiudicazione, non ancora efficace in mancanza dell'accertamento dei requisiti dichiarati, seppure denominato "*revoca*", non è subordinato all'accertamento dei presupposti che la normativa richiede per gli atti di autotutela. L'atto di ritiro viene, infatti, emesso in applicazione dell'art. 32, settimo comma, d.lgs. n. 50/2016, che condiziona l'efficacia della disposta aggiudicazione al positivo riscontro, nella fattispecie mancante, dei requisiti di partecipazione dichiarati dal concorrente e dalla permanenza degli stessi fino all'aggiudicazione. Cfr., sul punto, T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 17.7.2018, n. 8011.

[23] Per quanto riguarda la revoca dell'aggiudicazione prima della stipulazione del contratto si vedano T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 2.2.2018, n. 1255; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II *bis*, 7.3.2017, n. 3215; Cons. Stato, sez. III, 29.11.2016, n. 5026.

In particolare, prima del perfezionamento del documento contrattuale l'aggiudicazione è pacificamente revocabile (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. III, 13.4.2011, n. 2291). Tuttavia, il ritiro di un'aggiudicazione legittima postula, in particolare, la sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico (o una rinnovata valutazione di quelle originarie) particolarmente consistenti e preminenti sulle esigenze di tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha diligentemente partecipato alla gara, rispettandone le regole e organizzandosi in modo da vincerla, ed esige, quindi, una motivazione particolarmente convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione comparativa dei predetti interessi (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19.5.2016, n. 2095). In particolare "*non può in alcun modo giudicarsi idoneo a giustificare la revoca un ripensamento circa il grado di satisfattività della prestazione messa a gara. Se si ammettesse, infatti, la revocabilità delle aggiudicazioni sulla sola base di un differente e sopravvenuto apprezzamento della misura dell'efficacia*

cie insorta successivamente all'aggiudicazione), fermo restando che debbano sussistere gli altri presupposti previsti dalla legge per l'adozione dei predetti provvedimenti di secondo grado [24].

4.1. La sopravvenuta perdita del requisito di regolarità contributiva tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto

Secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, l'art. 80, quarto comma, ultima parte, e sesto comma, vanno interpretati nel senso che il requisito della regolarità fiscale e contributiva deve sussistere al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda, e deve permanere per tutta la durata della procedura di affidamento.

Pertanto, l'art. 80, quarto comma, del d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui ammette la regolarizzazione della posizione fiscale o contributiva fino alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, non può trovare applicazione nella fase tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto, dal momento che si tratta di una previsione di carattere eccezionale, e quindi, di stretta interpretazione.

Invero, secondo la sentenza del Cons. Stato, sez. V, 2.7.2018, n. 4039, "*l'ultimo inciso* (dell'art. 80, quarto comma) *consente infatti all'impresa che intenda partecipare alla gara di aderire all'invito alla regolarizzazione fino al momento*

---

dell'obbligazione dedotta a base della procedura, si finirebbe, inammissibilmente, per consentire l'indebita alterazione delle regole di imparzialità e di trasparenza che devono presidiare la corretta amministrazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, con inaccettabile sacrificio dell'affidamento ingenerato nelle imprese concorrenti circa la serietà e la stabilità della gara, ma anche con un rischio concreto di inquinamento e di sviamento dell'operato delle stazioni appaltanti". Si vedano, inoltre, T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 7.11.2018, n. 6465 secondo cui "*per giurisprudenza consolidata (*ex m*ultis, Consiglio di Stato, Sez. III, n. 6195/2017), la revoca dell'aggiudicazione o il recesso dal contratto già stipulato conseguenti all'emissione dell'informativa antimafia costituiscono un atto necessitato, per la stazione appaltante, salvo che questa non decida, in base ad un prudente e motivato apprezzamento discrezionale, di esercitare l'eccezionale potere conferitole dall'art. 94, comma 3, del d.lgs. n. 159/2011 ("i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, non procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi"). Nel caso di specie, non avendo il Comune esercitato tale potere anche per l'assenza di un rapporto contrattuale già avviato, la revoca dell'aggiudicazione costituiva un atto vincolato per la stazione appaltante*"; sentenza T.a.r. Valle d'Aosta, sez. I, 13.7.2018, n. 36, in base alla quale "*è illegittimo il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva di una gara d'appalto che si limiti a richiamare il disposto dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, senza offrire alcuna motivazione concreta*"; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 3.4.2018, n. 3646.

[24] Sull'obbligo di adeguata motivazione si vedano Cons. Stato, sez. V, 6.10.2015, n. 4654; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II *ter*, 5.9.2016, n. 9543.

di presentazione dell'offerta, potendo perciò autocertificare il possesso del requisito a tale momento anche se non abbia ancora pagato le somme dovute agli enti di previdenza ed assistenza, ma si sia formalmente impegnata al pagamento. Non vi è invece alcun dato letterale né sistematico che legittimi l'interpretazione della norma sostenuta dall'appellante, nel senso che essa consenta anche l'adempimento tardivo o l'impegno all'adempimento tardivo, qualora l'invito alla regolarizzazione (c.d. preavviso di DURC negativo) intervenga nel corso della procedura. (…) *qualora l'operatore economico fosse in possesso di DURC regolare al momento della presentazione della domanda, deve essere escluso se, nel corso della procedura, emerga una situazione di irregolarità contributiva, ostativa al rilascio del DURC, pur se sia ancora in tempo per provvedere alla regolarizzazione e vi provveda tempestivamente ai sensi del D.M. 30 gennaio 2015*".

Tuttavia, deve segnalarsi anche un orientamento della giurisprudenza (minoritario), di segno contrario, che ha ritenuto emendabile, da parte dell'operatore economico, la situazione di irregolarità contributiva sopravvenuta fino al momento di stipulazione del contratto [25].

5. La fase di esecuzione del contratto. Modifiche soggettive al contratto in corso di efficacia

Appare opportuno verificare se la perdita o la mancanza originaria dei requisiti di ordine generale incidano sulle vicende eventuali in fase di esecuzione del contratto.

---

[25] T.a.r. Valle d'Aosta, 13.7.2018, n. 36. L'efficacia della sentenza sopra richiamata è stata sospesa con ordinanza del Cons. Stato n. 4937/2018, pubblicata il 5.10.2018. Detta tesi si fonda sul presupposto che l'art. 80, e quindi la disciplina delle cause di esclusione, trovi diretta applicazione solo nella fase che precede l'aggiudicazione della gara. Dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, invece, l'esclusione in senso stretto e, quindi, la diretta applicazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 non sarebbero ammissibili, in virtù dello stesso tenore letterale dell'art. 32, ottavo comma del Codice dei contratti pubblici, nella parte in cui fa salvo "*l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti*"; "*Più precisamente, nel corso della fase di gara, le ipotesi di cui all'art. 80, sono di diretta, stretta e cogente applicazione perché deve essere garantito non solo l'interesse della P.A. ad individuare un affidabile contraente, ma ancor prima, va tutelata la par condicio tra le imprese partecipanti non potendosi in questo frangente consentire un apporto collaborativo da parte della P.A. se non nei casi, che qui non rilevano, di soccorso istruttorio. Una volta scelta in modo corretto la controparte, però, qualora, cioè, le fattispecie 'escludenti' sorgano successivamente all'aggiudicazione, non viene più in gioco la tutela della par condicio tra le imprese, ma solo l'interesse della Pubblica Amministrazione a stipulare il contratto con un soggetto affidabile e credibile, avendo riguardo all'adempimento degli obblighi previsti dalla legge e dal contratto medesimo*". In tal senso, infatti, secondo l'orientamento in esame, le fattispecie di cui all'art. 80 costituirebbero presupposti necessari, ma non sufficienti all'adozione dei provvedimenti di autotutela.

In materia di contratti pubblici, la immodificabilità soggettiva del contraente, costituisce un principio posto a tutela dell'attività di verifica dei requisiti – *in primis* di quelli generali – che l'amministrazione ha effettuato nel corso della procedura di affidamento [26], sebbene vadano effettuate alcune precisazioni.

Invero, il d.lgs. n. 50/2016 ammette la modifica soggettiva dell'appaltatore in alcune fattispecie.

In particolare, è l'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 che si occupa delle modifiche durante il periodo di efficacia del contratto (individuando le ipotesi in cui è possibile), anche se si tratta di un accordo quadro [27].

Per quanto riguarda le concessioni, invece, la norma di riferimento è l'art. 175, primo comma, lett. d).

In fase di esecuzione del contratto vanno contemperate due situazioni: da una parte, l'esigenza dell'inevitabile ricorso alle modifiche contrattuali (soprattutto se il contratto è di lunga durata) e, dall'altra, il divieto di apportare modifiche soggettive o oggettive al contratto già in essere e in fase di esecuzione. Quest'ultima esigenza, tuttavia, non può spingersi fino a ledere il principio di libertà di iniziativa economica, che non può essere compromesso fino al punto di impedire qualsivoglia vicenda circolatoria dell'azienda o qualsivoglia modifica dell'organizzazione aziendale sino al termine della commessa pubblica [28].

In buona sostanza, le eventuali modifiche soggettive non possono compromettere automaticamente il rapporto contrattuale. Ciò che si deve evitare – ad ogni costo – è che "a valle" possa eludersi il rispetto delle garanzie che "a monte" gli operatori economici sono tenuti ad osservare in fase di gara.

---

[26] Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., n. 8/2012: "*il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, mira a garantire una conoscenza piena da parte delle amministrazioni aggiudicatrici dei soggetti che intendono contrarre con le amministrazioni stesse consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti, verifica che non deve essere resa vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere*". L'impossibilità di sostituire l'appaltatore con un nuovo contraente si esplica soprattutto nel divieto per l'appaltatore di trasferire ad altri la propria posizione. In dottrina, si veda P. VIRGA, *Le modificazioni soggettive nell'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1990.

In senso critico, sul divieto di cessione del contratto di cui sia parte l'amministrazione si veda L. PERFETTI, *Vicende soggettive dell'esecutore del contratto*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, 1392 ss.

[27] Cfr. F. SATTA, A. ROMANO, *Commento all'art. 106*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2016, 1453 ss.

[28] In tal senso, F. SATTA, A. ROMANO, *Commento all'art. 106*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., b1461. A tal proposito, la giurisprudenza ha detto del "*superamento del principio di immodificabilità soggettiva*" cfr. Cons. Stato, sez. V, 6.3.2013, n. 1370; oppure di una sua revisione, T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 3.11.2009, n. 10719. Sul tema, di recente, A. CRISMANI, *Il principio della tendenziale immodificabilità dei contratti pubblici nella fase di esecuzione*, in *Riv. giur. edil*., 2018, 301 ss.

L'art. 106 individua le ipotesi in cui è possibile la modifica soggettiva del contratto senza ricorrere ad una nuova procedura di gara.

In base alla norma, i contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati, senza una nuova procedura di affidamento, nei casi seguenti: "*d) se un nuovo contraente sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze:* (…) *2) all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice*" [29].

La sostituzione di un nuovo operatore economico a quello originario è la risultante di operazione di trasferimento o di atti successori che riguardano l'operatore economico, e non il singolo contratto.

Nella nozione di acquisizione viene ricompresa anche quella di cessione di azienda, tenendo presente il presupposto essenziale, vale a dire che deve essere garantita l'affidabilità e la continuità dell'azienda rispetto all'esecuzione dell'appalto.

Per le ipotesi di insolvenza, la norma va letta in combinato disposto con l'art. 110, terzo e quarto comma (il fallimento non comporta più automaticamente lo scioglimento del contratto in essere).

Ai sensi dell'art. 106 la modifica è possibile se l'altro operatore soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti originariamente, se ciò non determini modifiche sostanziali e non comporti una elusione della normativa in materia di contratti pubblici.

Non può esserci uno scostamento dalla qualificazione originaria.

Se la modificazione venisse proposta per evitare la perdita dei requisiti generali in capo al soggetto contraente, non potrebbe essere ammessa, e determinerebbe la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 108.

Lo stesso vale nel caso in cui nuovo operatore economico non possedesse i requisiti di ordine generale di cui all'art. 80.

Deve ritenersi, in generale, che il limite resti quello che la modifica soggettiva non può essere utilizzata per eludere la normativa in materia di appalti e, in particolare, per evitare la sanzione dell'esclusione dalla gara conseguente al venir meno di un requisito di ordine generale.

---

[29] Disposizione modificata dal d.lgs. n. 56/2017 in vigore dal 20.5.2017.

6. L'annullamento d'ufficio e la revoca dell'aggiudicazione dopo la stipulazione del contratto

Occorre infine verificare se la sopravvenuta perdita dei requisiti di ordine generale possa essere causa di revoca dell'aggiudicazione, dopo la stipulazione del contratto, o se la mancanza originaria dei requisiti di ordine generale possa fondare il provvedimento di annullamento di un'aggiudicazione, una volta che sia stato stipulato il contratto.

Invero, per quanto riguarda la revoca, la giurisprudenza esclude che la stazione appaltante, nel corso del rapporto contrattuale, possa revocare l'aggiudicazione.

Discorso diverso va fatto per l'annullamento d'ufficio che, invece, sarebbe possibile.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 20.6.2014, n. 14, ha chiarito che i poteri della pubblica amministrazione di incidere sugli atti pregressi divergono a seconda della fase della procedura di evidenza pubblica in cui sono esercitati.

Si è così precisato che: "*resta perciò impregiudicata, nell'inerenza all'azione della pubblica amministrazione dei poteri di autotutela previsti dalla legge, la possibilità: a) della revoca nella fase procedimentale della scelta del contraente fino alla stipulazione del contratto; b) dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo la stipulazione del contratto, ai sensi dell'art. 1, comma 136, l. n. 311 del 2004, nonché concordemente riconosciuta in giurisprudenza, con la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso* (*principio ribadito da Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026*)".

A conferma di questo impianto, anche con il nuovo Codice, con riferimento all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione dopo la stipulazione del contratto, è stato evidenziato [30] che la disposizione dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990, secondo cui l'annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo può essere disposto entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi, si applica anche in caso di annullamento dell'aggiudicazione di un contratto pubblico.

Pertanto, occorre verificare soltanto se possa costituire oggetto di annullamento d'ufficio un'aggiudicazione in favore di una ditta che originariamente non aveva i requisiti per la partecipazione alla gara stessa e che, dunque, al momento della aggiudicazione non era nel possesso dei requisiti di ordine generale per partecipare alla gara.

---

[30] T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 2.7.2018, n. 1637.

Il punto è che detta circostanza, sebbene limitatamente alle ipotesi di cui all'art. 80, primo comma, è stata presa in considerazione dal legislatore all'art. 108, costituendo una ipotesi di risoluzione "*falcoltativa*"[31].

[31] Pertanto, si pone la questione se risoluzione "facoltativa" e annullamento d'ufficio costituiscano rimedi parimenti applicabili alla fattispecie in questione (anche al di fuori delle cause di esclusione di cui all'art. 80, primo comma), oppure la previsione della risoluzione "facoltativa" escluda la possibilità di adottare il provvedimento di autotutela. Invero, in siffatte ipotesi nessuna norma esclude che l'annullamento d'ufficio sia possibile. Evidentemente, però, si tratta di due istituti completamente diversi, con presupposti specifici, che devono tutti ricorrere in concreto affinché possano essere applicati. Il provvedimento di annullamento d'ufficio *ex* art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990 non si riferisce ad un meccanismo di scioglimento del vincolo contrattuale afferente alle dinamiche del rapporto sinallagmatico *inter-partes*; la caducazione degli effetti del contratto è una conseguenza.

Capitolo Diciannovesimo

Brevi note sulla disciplina delle cause di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale in base allo schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici

ENZA ROMANO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I principi e la disciplina delle cause di esclusione. – 3. Le "nuove" cause di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale. – 4. Le cause di esclusione automatica. – 5. La fattispecie escludente del "grave illecito professionale". – 6. Il motivo di esclusione per irregolarità fiscale e contributiva. – 7. Le cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti.

1. Premessa

Lo schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici interviene in maniera innovativa sulla disciplina delle cause di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale [1], risolvendo alcune questioni che avevano creato difficoltà di tipo applicativo; tuttavia, lascia irrisolte alcune problematiche interpretative circa la determinazione delle fattispecie escludenti, già emerse sotto la vigenza dell'art. 80 del Codice dei contratti pubblici attualmente vigente.

A tal proposito, è possibile formulare sia considerazioni di ordine generale, sia riflessioni più specifiche, con riferimento ai singoli motivi di esclusione.

[1] Sui requisiti di ordine generale e sulle relative questioni si vedano i tre capitoli precedenti del volume, ai quali si rinvia anche per le indicazioni bibliografiche e di giurisprudenza.

2. I principi e la disciplina delle cause di esclusione

Innanzitutto, c'è un dato "qualitativo" da considerare.

Lo schema[2] reca nella parte iniziale l'affermazione di diversi principi, il secondo dei quali è costituito proprio dal principio della fiducia (art. 2), sostenendo che "*L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici*". Inoltre, "*Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato*".

Dunque, attraverso l'affermazione a livello di diritto positivo del "*principio della fiducia*", viene evidentemente valorizzata la centralità del rapporto fiduciario che deve esistere tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'operatore economico ai fini della stipulazione di un contratto pubblico. Nell'ambito di questo rapporto necessario, da una parte, l'operatore economico è tenuto ad osservare le regole del contraente "affidabile" (tra le quali, la disciplina dei motivi di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale), dall'altra, l'amministrazione deve correttamente applicare dette norme, anche nell'ottica del principio del risultato.

Così nelle valutazioni che l'amministrazione dovrà compiere ai fini dell'esclusione o meno di un operatore economico dalla gara, sia il principio della fiducia sia quello del risultato costituiscono parametri di riferimento, soprattutto in quelle ipotesi in cui la stazione appaltante conserva uno "spazio valutativo" nello stabilire se l'operatore economico può partecipare alla gara o deve essere escluso.

Ne consegue che, in base alle diverse declinazioni che i due principi assumono, le scelte dell'amministrazione dovranno essere giustificate sulla scorta del necessario bilanciamento tra i due predetti principi tenuto conto delle caratteristiche della fattispecie concreta.

Inoltre, in alcuni casi il legislatore ha previsto norme specifiche in cui il predetto bilanciamento viene operato "*ex ante*".

A tal proposito, l'art. 94, secondo comma, ultimo periodo, stabilisce – ed è una novità – che non è prevista l'esclusione di un'impresa ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34 *bis* del d.lgs. c.d. "antimafia", tuttavia "*in nessun caso l'aggiudicazione però subire dilazioni in ragione della pendenza del procedimento suindicato*".

---

[2] Il riferimento è allo schema definitivo del Codice dei contratti pubblici, elaborato dal Consiglio di Stato, trasmesso al Governo il 7.12.2022, con le modifiche apportate anche tenendo conto dei lavori del Tavolo Tecnico congiunto tra il Consiglio di Stato, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e le altre amministrazioni interessate e rimesso al Governo per le proprie determinazioni.

Un altro esempio è costituito dall'art. 96, quinto comma, in base al quale "*in nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione dell'adozione delle misure di cui al comma 6*", vale a dire in ragione del fatto che l'operatore economico abbia dimostrato di aver adottato misure di *self clening*.

3. Le "nuove" cause di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale

C'è un secondo dato "quantitativo" da non trascurare.

Nel Codice dei contratti pubblici, attualmente vigente, la disciplina delle cause di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale è prevista da una sola ed articolata disposizione (art. 80).

Nello schema del nuovo Codice, invece, ci sono ben cinque articoli dedicati: l'art. 94, rubricato "*Cause di esclusione automatica*", l'art. 95, rubricato "*cause di esclusione non automatica*", l'art. 96, rubricato "*disciplina dell'esclusione*", l'art. 97, rubricato "*cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti*", l'art. 98, rubricato "*Illecito professionale*".

Immediatamente si deve evidenziare la "nuova" distinzione, formulata nello schema del Codice, tra "*cause di esclusione automatica*" e "*cause di esclusione non automatica*", che non è prevista nel Codice vigente.

Invero, secondo l'attuale formulazione, l'art. 80 contempla tra i motivi di esclusione situazioni eterogenee: dall'aver riportato condanne penali definitive collegate all'attività dell'impresa (dai reati con finalità di terrorismo allo sfruttamento del lavoro minorile) alla commissione di gravi illeciti professionali.

In alcuni casi l'amministrazione deve escludere dalla gara l'operatore economico limitandosi a verificare la sussistenza in concreto delle condizioni previste specificamente dalla legge; altre volte, invece, non solo deve "verificare" se la condizione descritta in termini generali dall'art. 80 ricorre, ma deve "valutare" se nel caso concreto essa determini effettivamente l'esclusione dalla procedura in corso [3].

Il potere di esclusione dell'amministrazione trova il suo fondamento nell'individuazione legislativa in astratto delle fattispecie espulsive. L'amministrazione,

[3] Si rende necessaria una precisazione onde fugare il campo di indagine da possibili fraintendimenti. Le fattispecie previste dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e, successivamente dall'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 sono motivi di esclusione obbligatori del concorrente dalla procedura di gara, vale a dire che, una volta che la stazione appaltante ne accerta la sussistenza, non può decidere se escludere o meno l'operatore economico ma dovrà estrometterlo dalla gara. Nel testo si discute del grado di determinatezza della fattispecie escludente e degli spazi valutativi riservati all'amministrazione, che se all'esito della sua valutazione dovesse ritenere sussistente il motivo di esclusione, dovrà escludere l'operatore economico dalla gara.

tuttavia, dovrà provvedere in concreto alla specificazione delle singole fattispecie.

In particolare, il potere è diversamente strutturato e presenta profili vincolati strettamente connessi a profili discrezionali a seconda del livello di determinatezza della fattispecie normativa.

In altri termini, se, da una parte, alcuni dei motivi di esclusione previsti dall'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 sembrano richiedere all'amministrazione una mera verifica di determinate condizioni, dall'altra, invece, ve ne sono altri che sollevano questioni circa la valutazione "più o meno discrezionale" dell'amministrazione.

Sennonché, in determinati casi in cui la verifica sembra essere "automatica", l'amministrazione può evitare l'esclusione dell'operatore economico, qualora l'operatore dimostri che vi sia stato un "ravvedimento", in altri, invece, se ritenga che l'operatore economico abbia adeguatamente posto in essere misure di risarcimento o di prevenzione degli illeciti o dei reati "escludenti" (si vedano art. 80, terzo comma, in relazione alla sussistenza di condotte dissociative dell'impresa, ovvero l'art. 80, settimo comma, del Codice dei contratti pubblici).

Gli spazi valutativi riservati alla pubblica amministrazione presentano una diversa morfologia; anche i motivi di esclusione che sembrano costruiti secondo il modello della "decisione vincolata" o "automatica" disvelano spazi riservati dell'amministrazione (si veda art. 80, primo comma, in combinato disposto con l'art. 80, terzo comma, in relazione alla previsione delle condotte dissociative, ovvero l'art. 80, settimo comma).

Lo schema del nuovo Codice, invece, distingue tra "*cause di esclusione automatica*" e "*cause di esclusione non automatica*".

Occorre interrogarsi sul significato di questa distinzione.

Orbene, "esclusione automatica" potrebbe riferirsi al meccanismo decisionale della stazione appaltante, che dovrebbe limitarsi a verificare in concreto la sussistenza della causa di esclusione e, in via automatica, dovrebbe escludere l'operatore economico, senza ulteriori verifiche legate alla rottura o meno nel caso di specie del rapporto fiduciario.

In tal senso, la distinzione in parola farebbe chiarezza sulla diversa morfologia del potere di esclusione dell'operatore economico per difetto dei requisiti di ordine generale.

Sennonché la distinzione in parola corre il rischio di rivelarsi imprecisa, o quanto meno "apparente" per diverse ragioni.

Invero, anche alla luce del nuovo articolato normativo, l'art. 96, secondo comma, prevede che l'operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'art. 94, vale a dire in una situazione che configura una "*causa di esclusione automatica*" (ad eccezione del quinto comma), non è escluso se dimostra di aver adottato misure di *self cleaning*, la cui decisione da parte dell'amministrazione non è automatica, ma presenta margini valutativi.

In secondo luogo, la morfologia della valutazione "non automatica" delle cause

di esclusione di cui all'art. 95 sembra delineata solo per le ipotesi di grave illecito professionale (art. 95, primo comma, lett. e) e, in parte, per le ipotesi di irregolarità tributaria o contributiva non definitivamente accertate (art. 95, secondo comma).

Negli altri casi di esclusione previsti dall'art. 95, non sembra profilarsi una decisione "*non automatica*" [art. 95, primo comma, lett. a), b), c), d)].

Invero, se la stazione appaltante dovesse ritenere sussistente una ipotesi di conflitto di interesse ai sensi dell'art. 16 non diversamente risolvibile (art. 95, primo comma, lett. b), deve escludere l'operatore economico, senza dover valutare se quella situazione abbia incrinato o meno il rapporto fiduciario tra amministrazione e operatore economico.

Se così fosse, in ogni caso, non ve ne è traccia nel nuovo articolato normativo, che dettaglia la motivazione del provvedimento di esclusione e le sue necessarie ragioni – dimostrative del fatto che l'operatore economico ha messo in dubbio la sua integrità o affidabilità – solo in relazione alla fattispecie di grave illecito professionale (art. 95, primo comma, lett. e) e art. 98), e la prospetta genericamente per quanto riguarda le ipotesi di irregolarità fiscali non definitivamente accertate (art. 95, secondo comma).

In generale, come si è detto, l'automaticità della decisione di esclusione è messa in discussione anche per quelle ipotesi in relazione alle quali è affermata ai sensi dell'art. 94, in ragione della possibilità di valutare le misure di *self cleaning*.

Invero, la distinzione tra "*cause di esclusione automatica*" e "*cause di esclusione non automatica*" non corrisponde nemmeno alla distinzione formulata dall'art. 57 della Direttiva 24/2014 tra cause di esclusione dalle procedure di gara che devono necessariamente essere recepite dagli Stati membri (c.d. "*cause di esclusione obbligatorie*") e "*cause di esclusione facoltative*", la cui previsione o meno è rimessa alla valutazione del singolo Stato membro.

Valga una ulteriore considerazione di *drafting* legislativo.

Il Consiglio ha scelto di distinguere le disposizioni "sostanziali" che contemplano le cause di esclusione (artt. 94, 95, 97, 98), dalle disposizioni che ne prescrivono la disciplina (art. 96).

In linea di principio, è una impostazione che tende alla semplificazione.

Sennonché, anche questa distinzione corre il rischio di rivelarsi solo apparente.

In primo luogo, l'art. 96 non contempla una vera e proprio disciplina procedimentale dell'esclusione dell'operatore economico.

Non sono previste norme sul contradditorio tra la stazione appaltante e l'operatore economico e si tratta di una lacuna piuttosto significativa.

Piuttosto l'art. 96 contempla una serie di ipotesi in cui l'operatore economico potrebbe evitare l'esclusione, dimostrando di trovarsi in alcune circostanze o di aver adottato alcune misure.

Inoltre, gli oneri procedimentali sono sbilanciati a sfavore dell'operatore economico sul quale continuano a gravare una serie di adempimenti dichiarativi e

probatori, i cui contorni sono delineati in maniera più precisa rispetto alla normativa vigente, ma attraverso una serie di richiami e rinvii da articolo ad articolo, da comma a comma, che certamente non brillano per semplificazione e chiarezza.

4. Le cause di esclusione automatica

Verifichiamo, ad una prima lettura, le novità dello schema del nuovo Codice in relazione alle singole fattispecie escludenti e le criticità che persistono.

Al proposito, deve rammentarsi – ancora una volta – che la legge delega prescrive, tra i criteri direttivi, la razionalizzazione e la semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale.

Per quanto riguarda l'esclusione dell'operatore economico per aver riportato condanne penali definitive per alcune tipologie di reati, nello schema del nuovo Codice detta esclusione continua ad essere prevista anche nel caso di "*sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p.*". Invero, possono sollevarsi perplessità rispetto alla "definitività" di una condanna di questo tipo.

La Direttiva 2014/24/UE si riferisce alla "*sentenza definitiva*" che, nel nostro ordinamento, dovrebbe intendersi come sentenza di condanna "*passata in giudicato*", contenente l'accertamento irrevocabile di reità.

In relazione alla sentenza ai sensi dell'art. 444 c.p.p., la dottrina processual-penalistica, da una parte, ha sottolineato l'assenza di una vera e propria verifica della colpevolezza dell'imputato in un siffatto provvedimento; inoltre, è consolidato l'orientamento giurisprudenziale per cui la sentenza penale di applicazione della pena ai sensi degli artt. 444 e 445 c.p.p., non implica un accertamento capace di fare stato nel giudizio civile.

Dall'altra, tuttavia, la giurisprudenza amministrativa afferma che quando una norma assume l'esistenza di una condanna penale definitiva come presupposto (più o meno vincolante) per l'adozione di un provvedimento amministrativo, ovvero quale preclusione all'esercizio di determinate facoltà o diritti, vale come sentenza di condanna anche quella emessa a seguito di patteggiamento *ex* art. 444 c.p.p.

La formulazione dell'art. 94, primo comma, dello schema del nuovo Codice ha evidentemente recepito detta indicazione.

Orbene, fondare il provvedimento espulsivo su una "sentenza di patteggiamento" significa ancorare la mancata ammissione alla gara dell'operatore economico a un provvedimento che non ne accerta la colpevolezza.

Ciò sembra porsi in evidente contrasto con il principio di *favor partecipationis* che sovraintende lo svolgimento delle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Dunque, il riferimento all'art. 444 c.p.p. dovrebbe essere eliminato.

Deve riscontrarsi, tuttavia, una maggiore chiarezza dello schema del nuovo Codice nella delimitazione dell'ambito soggettivo di applicazione delle norme.

In base alle disposizioni dello schema, la verifica della sussistenza di sentenze penali definitive dovrà avvenire con riferimento all'operatore economico ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 e l'art. 94, quarto comma, contempla l'ipotesi in cui il socio dell'operatore economico sia una persona giuridica.

Va segnalato in senso positivo, inoltre, che lo schema del nuovo Codice ha eliminato la previsione in base alla quale l'esclusione per aver riportato condanne penali definitive opera anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, salvo che l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata.

La valutazione della sussistenza o meno delle condotte dissociative ha creato non pochi problemi applicativi per la scarsa determinatezza della fattispecie. Invece, essendo scomparso il riferimento soggettivo ai "*soggetti cessati dalla carica*", la questione sarebbe superata.

Persiste, invece, "*l'anomalia*" della causa di esclusione di cui all'art. 94, quinto comma, lett. e) dello schema, (oggi art. 80, quinto comma, lett. f-*ter*), in base al quale va escluso l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti.

Nella predetta fattispecie la falsità dichiarativa (o documentale), verificatasi in una precedente gara, se ha dato luogo all'iscrizione nel Casellario informatico ANAC, determina l'esclusione dell'operatore economico fintanto che perdura l'iscrizione, ai sensi dell'art. 80, dodicesimo comma (secondo il Codice vigente).

Dunque, una falsa dichiarazione resa in una gara può avere conseguenze anche rispetto alle gare successive se l'ANAC ritiene che sia stata resa "*con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione*" e ne abbia disposto l'iscrizione nel casellario informatico fino a due anni (art. 80, dodicesimo comma); nel nuovo articolato normativo, la previsione analoga è sancita dall'art. 96, quindicesimo comma, che conferma il termine massimo per l'iscrizione di due anni, decorsi i quali perde efficacia.

La peculiarità del motivo di esclusione in esame risiede nel fatto che la valutazione circa l'esclusione dell'operatore non è rimessa alla valutazione della stazione appaltante in occasione della specifica procedura di affidamento, ma alle determinazioni dell'ANAC.

Il ruolo dell'ANAC nel sistema delle cause di esclusione dalle procedure di affidamento non è meramente di regolazione, ma si traduce anche nella eventualità di comminare una vera e propria sanzione nei confronti delle imprese.

Non si comprende bene sulla scorta di quali parametri l'ANAC sia chiamata a

effettuare tale valutazione (l'art. 96, quattordicesimo comma, parla di "*rilevanza e gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione*").

Si tratta di un potere sanzionatorio dell'ANAC, che produce effetti, in via diretta e obbligatoria, rispetto alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

5. La fattispecie escludente del "grave illecito professionale"

Inoltre, gli artt. 95 e 98 del nuovo articolato normativo conferiscono un maggiore livello di determinatezza della fattispecie escludente del grave illecito professionale rispetto alla normativa vigente.

L'art. 95, primo comma, lett. e), stabilisce che la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora ritenga: "*che l'offerente abbia commesso un grave illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi*".

Orbene, tenendo in considerazione la predetta disposizione, effettivamente lo schema del Codice sembra aver risolto la questione fondamentale della determinazione tassativa dei gravi illeciti professionali, orientando le stazioni appaltanti nella individuazione delle fattispecie rilevanti, e soprattutto gli operatori economici nella individuazione *ex ante* delle ipotesi che possono determinare l'esclusione dalla gara.

Nella parte in cui l'art. 95, primo comma, lett. e), afferma che "*All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi*", conferisce un buon livello di determinatezza della fattispecie dei gravi illeciti professionali.

Residua la questione della valutazione di affidabilità, o per meglio dire della valutazione se la commissione di quell'illecito professionale abbia messo in dubbio l'integrità dell'operatore economico in questione, ma quanto meno gli operatori economici sapranno, prima dello svolgimento della gara, quali fatti sono considerabili come "gravi illeciti professionali" dall'amministrazione aggiudicatrice.

6. Il motivo di esclusione per irregolarità fiscale e contributiva

Residuano alcune incertezze per quanto riguarda il motivo di esclusione per irregolarità fiscale e contributiva (art. 94, sesto comma e art. 95, secondo comma).

Lo schema del nuovo Codice, in effetti, rinvia ad un Allegato per la determinazione delle "*gravi determinazioni definitivamente accertate*", rilevanti ai sensi dell'art. 94, sesto comma.

Pertanto, la fattispecie escludente è sicuramente determinata in maniera più puntuale.

Tuttavia, persistono le difficoltà interpretative nella misura in cui l'operatore non è escluso se "*ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti*".

La varietà e la complessità delle fattispecie tributarie potrebbero continuare a creare problemi circa l'esatta individuazione delle ipotesi in cui l'operatore economico può dirsi impegnato in maniera vincolante a pagare.

7. Le cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti

Infine, deve segnalarsi l'art. 97, dedicato alle cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti.

Invero, la necessità di una disciplina specifica nelle ipotesi in cui la partecipazione alla gara avvenga da parte di un operatore economico soggettivamente complesso, deriva dal fatto che va tutelata l'iniziativa economica degli altri soggetti coinvolti nella presentazione dell'offerta, qualora uno di loro, invece, si trovi in una vicenda che ne metta in discussione l'affidabilità.

D'altronde, si tratta di una previsione in linea con l'evoluzione della normativa sulla (im)modificabilità dei raggruppamenti temporanei di imprese sia nel corso della gara sia successivamente.

Capitolo Ventesimo

Le procedure di scelta del contraente

OLGA RUSSO

SOMMARIO: 1. Le procedure di scelta e la concorrenza per il mercato. – 1.1. La clausola di salvezza per il c.d. Terzo settore. – 1.2. L'affidamento congiunto. – 1.3. Le novità sull'appalto integrato. Cenni. – 2. La procedura aperta. – 3. La procedura ristretta. – 4. La procedura competitiva con negoziazione. – 5. La procedura negoziata senza bando. – 6. Il dialogo competitivo. – 7. Il partenariato per l'innovazione.

1. Le procedure di scelta e la concorrenza per il mercato

Le procedure di scelta del contraente rappresentano un momento centrale ed estremamente delicato del modulo procedimentale dell'evidenza pubblica e, in particolare, di quella fase a valenza pubblicistica che va dall'adozione della determina (o decreto, o delibera) a contrarre e del bando di gara, fino all'aggiudicazione del contratto, previa proposta di aggiudicazione e relativa verifica [1].

[1] Sul procedimento c.d. di evidenza pubblica e sulla sua procedimentalizzazione tra fase "pubblicistica" e fase "privatistica", si rimanda ai capitoli specifici della presente opera e a tutta la bibliografia *ivi* richiamata. Si rinvia altresì a tutta la copiosa manualistica in materia di contrattazione pubblica e, tra tanti, a F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI (a cura di), *I contratti pubblici. Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, Roma, 2021; A. CARULLO, G. IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, in *Breviaria Iuris* (fondati da G. CIAN e A. TRABUCCHI), Padova, 2022; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2021; M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019; M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e successive modifiche*, Milano, 2021; R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, 2021; A. LONGO, E. CANZONIERI, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Milano, 2018; G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2017; R. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dei Contratti pubblici*, 2017; F. MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici, Assetto e dinamiche evolutive alla luce del codice, degli atti attuativi e dei decreti semplificazione 2020-2021*, Torino, 2021; L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, II ed., Milano, 2017; M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti*

La relativa disciplina, pertanto, sotto il profilo giuridico, non può che seguire le regole di diritto pubblico che caratterizzano la fase pubblicistica del procedimento di formazione del contratto pubblico e, sotto il profilo economico, rispecchiare appieno quella capacità direttiva nell'orientare il mercato unico che hanno gli appalti; gli affidamenti pubblici infatti, dal momento che costituiscono uno dei più importanti aggregati della spesa pubblica, e hanno un notevole peso nel mercato [2], sono ritenuti strumenti essenziali alla realizzazione del macro obiettivo europeo di una crescita "intelligente", cioè attraverso lo sviluppo delle conoscenze e dell'innovazione "sostenibile", vale a dire basata su un'economia più verde e gestionalmente più efficiente, e "inclusiva", cioè volta a promuovere l'occupazione e la coesione sociale e territoriale, garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici [3].

Il complesso normativo formato dagli artt. dal 59 al 65 del Codice dei contratti pubblici, oggetto del presente approfondimento, si occupa delle procedure di scelta nei settori ordinari, sebbene in verità sia stato rilevato in dottrina come, *de facto*, considerando i vari incroci tra procedure di gara, tipi e oggetti contrattuali e settori di riferimento, le procedure di affidamento previste dal Codice e da atti normativi satellite siano almeno quaranta, non riducendosi affatto, a quelle cata-

---

pubblici, Milano, 2019; R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), *I Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014. Si ritiene opportuno precisare che la l. delega 21.6.2022, n. 78, all'art. 1, ha delegato il Governo "*ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai princìpi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate*" e si è in attesa delle nuove emanande riforme.

[2] P. SANTORO, *Il nuovo codice dei contratti nel sistema di finanza e contabilità pubblica*, 2016, in *www.contabilita-pubblica.it*; l'A. evidenzia come "*secondo i dati comunitari, i soli appalti regolati dalle direttive rappresentano il 18% PIL; in ambito nazionale la spesa complessiva di tutti i contratti si aggira al 20% del PIL; secondo dati dell'ANAC, nel 2014 il valore complessivo dei contratti di importo superiore a 40.000 euro in tutti i settori (ordinario e speciale) si è attestato intorno ai 101,4 miliardi di euro; il settore degli appalti pubblici costituisce un mercato rilevante di grande importanza e costituisce uno dei più importanti aggregati della spesa pubblic*a […]".

[3] In particolare, è con "Europa 2020" che l'UE adotta la strategia decennale a favore di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva per il cui raggiungimento sono stati stabiliti cinque importanti obiettivi riguardanti l'occupazione, la ricerca e lo sviluppo, i cambiamenti climatici e la sostenibilità energetica, l'istruzione e la lotta alla povertà e all'esclusione sociale. La strategia Europa 2020 viene attuata attraverso grandi orientamenti di politica economica dei paesi dell'UE e dell'Unione (raccomandazione del Consiglio (UE) 2015/1184) le linee direttive per le politiche dell'occupazione dei paesi dell'UE (decisione del Consiglio (UE) 2015/1848). Il documento principale di riferimento è la "Comunicazione della Commissione, intitolata "*Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*" (COM (2010) 2020 def. 3.3.2010)".

logate nel predetto *corpus* articolare, in modo da garantire alle stazioni appaltanti un'ampia scelta operativa [4].

In ogni caso, sebbene non si ritenga possibile la creazione di tipologie procedurali differenti da quelle previste dal Codice [5], anche perché l'art. 32 prevede restrittivamente che "*la selezione dei partecipanti e delle offerte avviene mediante uno dei sistemi e secondo i criteri previsti dal presente codice*" [6], è evidente come dalla lettura complessiva delle disposizioni emerga, sia pur con limiti, l'espressa preferenza per le procedure negoziate, specie per gli appalti più complessi, ritenute, data la maggiore flessibilità garantita dal confronto dialettico con gli operatori, più idonee ad ampliare il mercato unico.

La Direttiva 2014/24/UE espressamente considera che "*È indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione. È probabile che un più ampio ricorso a tali procedure incrementi anche gli scambi transfrontalieri, in quanto la valutazione ha dimostrato che gli appalti aggiudicati con procedura negoziata, con previa pubblicazione, hanno una percentuale di successo particolarmente elevata di offerte transfrontaliere*" [7].

In altri termini, ricadendo gli appalti nella concorrenza "per" il mercato [8], la

---

[4] La disamina è di R. DE NICTOLIS, *Le procedure di scelta del contraente*, 2016, in *www.giustizia-amministrativa.it* la quale precisa: "*Il punto di riflessione e di sintesi di questa analisi è che alle stazioni appaltanti viene fornito un ampio menu tra cui scegliere la procedura di gara più adeguata ai propri obiettivi. Viene restituito alle stazioni appaltanti un "potere di scelta discrezionale", che la passata legislazione sui lavori pubblici ha sempre cercato di limitare*".

[5] Sulla tassatività delle procedure si esprime R. DE NICTOLIS, *Le procedure di scelta del contraente*, cit.: "*Le procedure sono numerose, anche se, in teoria, opera il principio di 'tassatività' sia delle procedure che dei tipi contrattuali, affermato dalla C. giust. UE, secondo cui 'le procedure di aggiudicazione degli appalti che gli Stati membri sono autorizzati ad utilizzare sono elencate tassativamente all'art. 28 di tale direttiva.* (…) *L'aggiudicazione di appalti pubblici mediante altre procedure non è autorizzata dalla detta direttiva'. Il principio è stato affermato in relazione alla direttiva 2004/18 ma conserva piena attualità. La stessa legge delega afferma la tassatività delle procedure: laddove prescrive 'semplificazione e riordino del quadro normativo vigente allo scopo di predisporre procedure non derogabili riguardanti gli appalti pubblici e i contratti di concessione e di conseguire una significativa riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara e alla realizzazione delle opere pubbliche' (art. 1, lett. e), legge delega)*".

[6] Terzo comma della norma.

[7] Considerando 42 della Direttiva.

[8] Sull'inquadramento dei contratti pubblici nella concorrenza "nel" mercato o la concorrenza "per il mercato" nonché sulle relative nozioni, v. l'interessante contributo di M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid Rassegna*, 9, 2015; l'A. nel rilevare come la Corte Costituzionale, con la nota sent. 23.11.2007, n. 401, avesse ritenuto conforme alla Costituzione l'impostazione del Codice facendo leva anche sulla clausola della concorrenza, cita il passaggio motivazionale della Corte per cui: "*la concorrenza 'per' il mercato, la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali sopra indicati. La Corte chiarisce poi che ciò ovviamente non significa che nello stesso settore degli ap-*

scelta del contraente risponde alla necessità che l'acquisto finale possa soddisfare le esigenze dell'acquirente pubblico senza che si possa considerare "soddisfacente" un contratto solo in quanto rispettoso di prescrizioni procedurali e regole giuridico-amministrative [9].

È proprio dal comune dato teleologico tra la disciplina dei contratti pubblici e la promozione della concorrenza nel mercato che ne deriva quella stretta contiguità tra la normativa posta a presidio dell'azione dell'Antitrust e la disciplina dei contratti pubblici [10].

L'apertura verso forme maggiormente flessibili di procedure di affidamento deriva quindi dal fatto che gli appalti "*costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato*" [11], e in quanto tali, devono svolgersi nel rispetto delle regole concorrenziali poste a presidio dei principi della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi della trasparenza e della parità di trattamento [12].

L'art. 59 del Codice dei contratti pubblici introduce, in generale, le varie opzioni procedurali di scelta del contraente, individuando innanzitutto, secondo la nomenclatura europea [13], come procedure ordinarie, la procedura "aperta" e quella "ristretta".

L'*incipit* della norma fissa sin da subito la condizione della "*previa pubblicazione di un bando o avviso di indizione di gara*" intendendo confermare la rilevanza della pubblicità quale regola primaria fondamentale degli affidamenti pubblici [14].

---

palti, soprattutto relativi ai servizi a rete, non sussistano concomitanti esigenze di assicurare la cosiddetta concorrenza 'nel' mercato attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi, che si realizza, tra l'altro, mediante l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese (vedi considerando n. 3 della direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/17/CE)". Sul significato della concorrenza nella disciplina degli appalti pubblici, cfr. D. CAPOTORTO, Lo *Stato "consumatore" e la ricerca dei suoi principi*, in *Dir. amm*., 1, 2021, 161; M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm*., 2, 2008, 297; D. PALAZZO, *La rilevanza del rischio economico nella definizione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sui contratti pubblici e del diritto della concorrenza*, in *Dir. amm*., 1, 2019, 155.

[9] In tal senso, P. LAZZARA, *Art. 59*, *par. 2*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, II. ed., Milano, 2017, 593.

[10] In tal senso, C. BUONAURO, *Disciplina antitrust e procedure di affidamento dei contratti pubblici. Per un nuovo ruolo dell'AGCM nella vigilanza e regolazione degli appalti pubblici*, 2020, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[11] Considerando 2 della Direttiva.

[12] La legge delega 2022 cit. prevede un "*forte incentivo al ricorso a procedure flessibili, quali il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione, le procedure per l'affidamento di accordi quadro e le procedure competitive con negoziazione, per la stipula di contratti pubblici complessi e di lunga durata, garantendo il rispetto dei princìpi di trasparenza e di concorrenzialità*".

[13] Le procedure nella nomenclatura previgente (fino al 2006) erano le seguenti: a) Pubblico incanto o Asta pubblica, b) Licitazione privata, c) Appalto concorso, d) Trattativa privata, e) Appalto integrato.

[14] Sul principio di pubblicità delle procedure a evidenza pubblica e sulla sua *ratio* ordinamenta-

Si tratta di un elemento essenziale su cui la stessa normativa europea ha battuto; l'art. 26 della Direttiva 2014/24/UE, infatti, recepito con l'art. 59 in questione, si apre nei seguenti termini: "*Nell'aggiudicazione di appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure nazionali adattate in modo da essere conformi alla presente direttiva, a condizione che* […] *sia stato pubblicato un avviso di indizione di gara*".

Qualora la contrattazione seguisse moduli integralmente privatistici, il terzo, a fronte della pattuizione *inter alios acta*, non potrebbe contestare la legittimità della scelta operata dall'amministrazione aggiudicatrice, verificando il rispetto dei valori della concorrenza e della *par condicio*, e altresì l'ottimale impiego delle risorse pubbliche attraverso l'individuazione del "miglior" offerente.

A differenza delle relazioni negoziali tra i privati, infatti, la pubblica amministrazione, nella stipulazione di contratti passivi, è tenuta a seguire un preciso modulo procedimentale per l'individuazione della propria controparte contrattuale, nel rispetto di specifiche regole pubblicistiche, che si traduce in una procedimentalizzazione della scelta del contraente in specifici obblighi motivazionali, in una opzione tipizzata della selezione, nonché in particolari obblighi pubblicitari.

L'art. 59 del Codice dei contratti pubblici, dopo aver individuato le ordinarie procedure aperte e ristrette, elenca ulteriori procedure ancorate a specifici presupposti, da indicare quindi con puntuale motivazione: la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione e la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

Si tratta di opzioni che, in disparte i presupposti parzialmente diversi, sono ca-

---

le, A. GANDINO, *Sulla pubblicità delle sedute di gara: riflessioni a margine della trasparenza amministrativa nel codice dei contratti pubblici (e non solo)*, in *Foro amm. TAR*, 4, 2009, 1276; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, 15 ss.; M.R. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell'azione amministrativa*, in M.P. CHITI, G. PALMA (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 154; S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI, *I contratti con la pubblica amministrazione*, I, Torino, 2007, 288 ss. Sui bandi di gara e le modalità di pubblicazione, C. GUACCI, *Commento agli artt. 71, 72 e 73*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., 843-866. Sul principio di pubblicità dell'azione amministrativa in generale, G. ABBAMONTE, *Introduzione al tema*, in *La funzione amministrativa tra riservatezza e trasparenza. Atti del XXXV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1991, 8; S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2007, 13; R. CHIEPPA, *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, in *Dir. econ*., 1994, 613; R. MARRAMA, *La Pubblica Amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm*., 1989, 416; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 49; A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la trasparenza*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Bologna, 1994, 101 ss.; F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Dir. amm*., 2012, 21 ss.; M.R. SPASIANO, *Qualità e strumentalità del diritto di informazione*, in F. MANGANARO, A. ROMANO-TASSONE (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto di informazione*, 2005, 129.

ratterizzate tutte da uno svolgimento plurifase, con progressiva riduzione dei candidati, attraverso momenti di negoziazione contestuale tra tutti gli operatori.

Circa, invece, la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, come meglio si preciserà in seguito, vi si fa ricorso "*quando sussistono i presupposti previsti dall'art. 63*" (qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, oppure quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico).

Le condizioni per l'utilizzo di una procedura competitiva con negoziazione, di un dialogo competitivo o il partenariato per l'innovazione sono:

"*1) le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice perseguite con l'appalto non possono essere soddisfatte senza adottare soluzioni immediatamente disponibili;*

2) implicano progettazione o soluzioni innovative;

3) l'appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica dell'oggetto dell'appalto o a causa dei rischi a esso connessi;

4) le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dall'amministrazione aggiudicatrice con riferimento a una norma, una valutazione tecnica europea, una specifica tecnica comune o un riferimento tecnico" [15].

In altri termini, l'Amministrazione non è in grado di definire i mezzi che possano soddisfare le sue esigenze. Ciò accade quando non vi sia sul mercato una soluzione tecnica immediatamente disponibile, in termini di bene, servizi, soluzioni progettuali, condizioni finanziarie etc., oppure, pur essendo chiaro l'obiettivo da raggiungere, non si possano definire in anticipo le migliori soluzioni disponibili perché trattasi di progetti innovativi, oppure, data la complessità dell'appalto, sia necessario preventivamente dialogare con gli operatori.

Per i servizi o le forniture che richiedono attività di adattamento o progettazione, è probabilmente conveniente il ricorso a una procedura competitiva con negoziazione o al dialogo competitivo. Tali attività di adattamento o progettazione sono particolarmente necessarie nel caso di appalti di una certa complessità riguardanti acquisti quali prodotti sofisticati, servizi intellettuali, ad esempio alcuni servizi di consulenza, di architettura o d'ingegneria, o grandi progetti nell'ambito delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC). In tali casi la negoziazione può risultare necessaria per assicurare che le forniture o i servizi in questione soddisfino le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice [16].

Corollario di tale principio è l'ipotesi della gara "deserta", cioè il caso in cui la

---

[15] Art. 59, secondo comma, lett. a).

[16] Considerando 43 della Direttiva 2014/24/UE.

procedura aperta o ristretta abbia ricevuto soltanto offerte irregolari [17] o inammissibili [18]: la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo sono, infatti, ulteriormente utilizzabili per "*l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi per i quali, in esito a una procedura aperta o ristretta, sono state presentate soltanto offerte irregolari o inammissibili*" e "*in tali situazioni, le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a pubblicare un bando di gara se includono nella ulteriore procedura tutti, e soltanto, gli offerenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli dall'80 al 90 che, nella procedura aperta o ristretta precedente, hanno presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di appalto*" [19].

Da notare che dialogo competitivo e procedura competitiva con negoziazione sono di regola precedute da bando di gara, ma possono essere senza bando se fanno seguito a una precedente gara dove ci sono state solo offerte irregolari o inammissibili.

La *ratio* è la medesima: non vi è stata adeguata risposta del mercato e dunque bisogna cambiare il tipo di scelta.

In buona sostanza, dal momento che l'obiettivo della scelta tra le varie procedure a disposizione è portare a risultati di aggiudicazioni di appalti soddisfacenti, qualora di conseguenza le procedure aperte o ristrette senza negoziazione non siano in grado di realizzare tali risultati, diventa opportuno, se non necessario, optare per una procedura competitiva con negoziazione o per il dialogo competitivo.

1.1. La clausola di salvezza per il c.d. Terzo settore

L'attuale formulazione dell'art. 59, al primo comma, introduce una clausola di salvezza riferita al Codice del Terzo settore ("*Fermo restando quanto previsto dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*") inserita in sede di conversione del d.l. n. 76/2020, al fine di coordinare il sistema normativo dei contratti pubblici con le modalità di "coinvolgimento" attivo degli enti del Terzo settore attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento [20].

---

[17] Ai sensi del terzo comma dell'art. 59, sono considerate "irregolari" le offerte "*a) che non rispettano i documenti di gara; b) che sono state ricevute in ritardo rispetto ai termini indicati nel bando o nell'invito con cui si indice la gara; c) che l'amministrazione aggiudicatrice ha giudicato anormalmente basse*".

[18] Sono considerate "inammissibili" invece ai sensi del quarto comma della disposizione quelle offerte: "*a) in relazione alle quali la commissione giudicatrice ritenga sussistenti gli estremi per informativa alla Procura della Repubblica per reati di corruzione o fenomeni collusivi; b) che non hanno la qualificazione necessaria; c) il cui prezzo supera l'importo posto dall'amministrazione aggiudicatrice a base di gara, stabilito e documentato prima dell'avvio della procedura di appalto*".

[19] Art. 59, secondo comma, lett. b).

[20] In virtù di tale deroga le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, secondo comma, d.lgs.

Il Codice, dunque, oggi fa espressamente salve le diverse modalità di affidamento previste dal Codice del Terzo settore recependo la normativa europea e ponendo fine alle delicate questioni interpretative sorte sui rispettivi ambiti di applicazione dei due testi codicistici [21].

La conseguenza è una riduzione dell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici alle sole fattispecie ivi espressamente previste e ai soli casi in cui le stazioni appaltanti non ritengano di organizzare i servizi ricorrendo a forme di co-programmazione e co-progettazione, alla stipula di convenzioni con le organizzazioni o associazioni di volontariato e promozione sociale o a forme di autorizzazione o accreditamento previste dalla legislazione regionale in materia.

La Corte Costituzionale, in alcune sue pronunce [22] in merito, ha ricordato come, ai sensi della Direttiva 2014/24/UE, resta in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza, ma a quello di solidarietà, che può prevedere l'affidamento tramite modalità estranee al regime dei contratti pubblici o comunque attraverso un regime di evidenza pubblica alleggerito. Inoltre, il considerando n. 28 e l'art. 10, lett. h) della Direttiva escludono, dal campo di applicazione della stessa, taluni specifici servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli, forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, tra cui è individuato proprio il trasporto sanitario di emergenza e urgenza.

La normativa europea è stata recepita dal Codice dei contratti pubblici, che lascia impregiudicata la facoltà di affidare i medesimi servizi sociali individuati dalla Direttiva 2014/24/UE attraverso modalità diverse dall'appalto di servizi, escludendoli dal campo di applicazione del medesimo Codice (art. 17), e prevede per altri servizi sociali specifiche discipline facendone salve, per il tramite dell'art. 59, le diverse modalità previste dal Codice del Terzo settore.

Di recente l'ANAC ha adottato alcune Linee guida, n. 17/2022, sia pur non vincolanti [23], recanti "*Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali*" [24].

30.3.2001, n. 165, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'art. 5 assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore. Art. 5 – "*Attività di interesse generale*": "*Gli enti del Terzo settore, diversi dalle imprese sociali incluse le cooperative sociali, esercitano in via esclusiva o principale una o più attività di interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale* […]".

[21] In dottrina, D. CALDIROLA, *Servizi sociali, riforma del terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 3-4, 2016, 739; M.V. FERRONI, *L'affidamento agli enti del terzo settore ed il Codice dei contratti pubblici*, in *Nomos, Le attualità del diritto*, 2, 2018; L. GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A*., in *Urb. e app.*, 1, 2018.

[22] Corte Cost. 26.11.2020, n. 255 e Corte Cost. 26.6.2020, n. 131.

[23] Cfr. Cons. Stato, parere 3.5.2022, n. 805.

[24] Delibera ANAC 27.7.2022, n. 382. In verità l'ANAC, già con delibera 20.1.2016, n. 32 ("*Li-*

Il d.l. 31.5.2021, n. 77, conv. con mod. in l. 29.7.2021, n. 108, all'art. 48 ("*Semplificazioni in materia di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC*"), al quinto comma, ha disposto che, in relazione alle procedure *afferenti* agli investimenti pubblici finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e PNC e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, "*in deroga a quanto previsto dall'art. 59, commi 1, 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016, è ammesso l'affidamento di progettazione ed esecuzione dei relativi lavori, anche sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica di cui all'art. 23, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016*". E con effetti nel campo del settore sociale lo stesso d. l., con l'art. 47, ha introdotto delle innovazioni in materia di "*Pari opportunità e inclusione lavorativa nei contratti pubblici, nel PNRR e nel PNC*" [25].

1.2. L'affidamento congiunto

La lettura combinata e sistematica dei commi primo, primo *bis*, primo *ter* e primo *quater*, consente di ricavare la disciplina sull'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori (c.d. "appalto integrato").

La regola generale è quella del divieto per cui "è vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori"; gli appalti relativi ai lavori, infatti, sono affidati ponendo a base di gara il progetto esecutivo [26], il cui contenuto garantisce la rispondenza dell'opera ai requisiti di qualità predeterminati e il rispetto dei tempi e dei costi previsti.

Tuttavia, la regola è stata temperata da una serie di successive e ravvicinate

---

nee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali"), aveva sollecitato l'adozione di una disciplina che coordinasse gli affidamenti.

[25] Art. 47, primo comma: "*Per perseguire le finalità relative alle pari opportunità, generazionali e di genere e per promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili, in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, nonché dal PNC ...*". Al quarto comma, indi, dispone che "*Le stazioni appaltanti prevedono, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole dirette all'inserimento, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, di criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne.* […]".

[26] Ai sensi dell'art. 23, ottavo comma del Codice, il progetto esecutivo "*redatto in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare, il relativo costo previsto, il cronoprogramma coerente con quello del progetto definitivo, e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale che ogni elemento sia identificato in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo. Il progetto esecutivo deve essere, altresì, corredato da apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti in relazione al ciclo di vita*".

modifiche che hanno ampliato le aree di deroga, in particolare il d.lgs. n. 56/2017 (c.d. "decreto correttivo"), il d.l. n. 32/2019 (c.d. "Sblocca-cantieri") convertito in l. n. 55/2019, il d.l. n. 76/2020 (c.d. "decreto Semplificazioni") convertito in l. n. 120/2020, e da ultimo il d.l. n. 77/2021 (c.d. "Semplificazioni *bis*"), convertito in l. n. 108/2021.

L'attuale impianto normativo, frutto della stratificazione delle predette modifiche legislative, individua innanzitutto alcune peculiari forme contrattuali escluse dal divieto di affidamento congiunto: affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità, la locazione finanziaria, nonché le opere di urbanizzazione a scomputo, totale o parziale, dei contributi dovuti per oneri di urbanizzazione e costo di costruzione.

È stato poi inserito, in chiusura dell'art. 59, il seguente richiamo: "*Si applica l'articolo 216, comma 4-bis*"; quest'ultimo, dedicato alle disposizioni transitorie e di coordinamento, a sua volta sancisce: "*Il divieto di cui all'articolo 59, comma 1, quarto periodo, non si applica per le opere i cui progetti definitivi risultino approvati dall'organo competente alla data di entrata in vigore del presente codice con pubblicazione del bando entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione*".

Ai sensi del comma primo *bis* dell'art. 59, le stazioni appaltanti possono ricorrere all'affidamento congiunto nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori [27].

Tuttavia, il ricorso agli affidamenti congiunti richiede uno specifico onere mo-

---

[27] Di recente, Cons. Stato, sez. III, 26.5.2022, n. 4226 per cui: "*il progetto esecutivo da presentare in sede di gara a cura dell'offerente, sulla base del progetto definitivo redatto dall'Amministrazione e posto a base di gara, costituiva l'elaborato finalizzato alla valutazione, in sede di gara, dell'offerta tecnica presentata dai concorrenti, ma non esauriva né sostituiva o anticipava affatto, e indebitamente, l'attività di progettazione posta a carico del futuro aggiudicatario, dovendo essere sviluppato a seguito dell'aggiudicazione e della stipula del contratto un completo progetto esecutivo, da sottoporre alla preventiva approvazione degli organi della stazione appaltante*". Cfr. Delibera ANAC 27.4.2022, n. 210, Parere di precontenzioso, per cui: "*L'art. 59, comma 1-bis del d.lgs. n. 50/2016, come già in precedenza l'art. 53, comma 3 dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006, prevede che l'operatore economico sprovvisto della qualificazione per la progettazione possa ricorrere, alternativamente, a due soluzioni organizzative, consistenti nella associazione in RTI con professionisti o nel ricorso al supporto di progettisti qualificati, non discendendo da tali disposizioni alcun obbligo per i progettisti designati di costituirsi in raggruppamento temporaneo di professionisti o di sottoscrivere un contratto di avvalimento per assumere la qualifica di soggetti ausiliari al fine di prestare i requisiti mancanti alla società qualificata per la sola attività di costruzione. La previsione della lex specialis di gara secondo cui il rapporto tra progettista 'indicato' e impresa partecipante qualificata per la sola costruzione debba essere necessariamente formalizzato in un contratto di avvalimento ai sensi dell'art. 89 del Codice costituisce un obbligo ultra legem, con la conseguenza che l'esclusione dalla gara di tale impresa, disposta a seguito della produzione di un contratto di avvalimento nullo, nell'ambito del soccorso istruttorio all'uopo attivato, è illegittima*".

tivazionale in capo alle stazioni appaltanti nella determina a contrarre, che chiarisca, "in modo puntuale", sia i presupposti tecnici e oggettivi che legittimano l'affidamento congiunto, sia l'incidenza sui tempi di realizzazione dell'opera in termini di stima rispetto all'affidamento separato.

I requisiti minimi per lo svolgimento della progettazione oggetto del contratto sono previsti nei documenti di gara e, secondo la previsione normativa, sono posseduti dalle imprese attestate per prestazioni di sola costruzione "attraverso un progettista raggruppato o indicato in sede di offerta, in grado di dimostrarli", scelto tra gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria; le imprese attestate per prestazioni di progettazione e costruzione documentano i requisiti per lo svolgimento della progettazione esecutiva laddove i predetti requisiti non siano dimostrati dal proprio staff di progettazione.

Sennonché, il decreto Sblocca-cantieri del 2019 sospende l'applicazione, a titolo sperimentale, di una serie di norme del Codice dei contratti pubblici, tra cui proprio l'art. 59, primo comma, nella parte in cui vieta il ricorso all'affidamento congiunto; l'intento del legislatore è stato espressamente quello "*di rilanciare gli investimenti pubblici e di facilitare l'apertura dei cantieri per la realizzazione delle opere pubbliche, per le procedure per le quali i bandi o gli avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, per le procedure in relazione alle quali, alla data di entrata in vigore del presente decreto, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte, nelle more della riforma complessiva del settore e comunque nel rispetto dei princìpi e delle norme sancite dall'Unione europea, in particolare delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014*" [28]. Il termine di sperimentazione originario era fissato al 31.12.2020, successivamente differito dall'art. 8, settimo comma, della l. n. 120/2020 e da ultimo è stato prorogato al 30.6.2023 dall'art. 52, primo comma, lett. a), l. n. 108/2021).

Infine, a chiusura del complesso intreccio normativo di rinvii, richiami, deroghe ed esclusioni, il comma primo *quater* dell'art. 59 stabilisce che la stazione appaltante deve prevedere, nei documenti di gara, le modalità per la corresponsione diretta al progettista della quota del compenso corrispondente agli oneri di progettazione indicati espressamente in sede di offerta, al netto del ribasso d'asta,

---

[28] Art. 1, primo comma, l. n. 55/2019 di conversione del decreto Sblocca-cantieri. Con tale ultimo intervento il Governo ha tentato di imprimere una accelerazione al rilancio degli investimenti pubblici intervenendo con una serie di misure semplificative sul regime ordinario del Codice dei contratti pubblici; sul suo impianto derogatorio e le riforme apportate, v. P. ROSSI, *Gli appalti pubblici pre e post covid: luci ed ombre del consolidamento del "modello" derogatorio"*, in *amministrazioneincammino.luiss.it*, 2021, e tutta la bibliografia *ivi* richiamata.

previa approvazione del progetto e previa presentazione dei relativi documenti fiscali del progettista indicato o raggruppato.

Nel 2020, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato si è occupata di stabilire quale sia la qualificazione giuridica attribuibile al progettista "indicato" e se quest'ultimo possa avvalersi a propria volta di un progettista terzo mediante avvalimento, affermando il principio di diritto per cui il progettista indicato "*va qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo. Pertanto, non rientra nella figura del concorrente, né tanto meno in quella di operatore economico, nel significato attribuito dalla normativa interna e da quella dell'Unione europea. Sicché non può utilizzare l'istituto dell'avvalimento per la doppia ragione che esso è riservato all'operatore economico in senso tecnico e che, l'avvalimento cosiddetto "a cascata", era escluso anche nel regime del codice dei contratti pubblici, ora abrogato e sostituito dal decreto legislativo n. 50 del 2016, che espressamente lo vieta*" [29].

1.3. Le novità sull'appalto integrato. Cenni

Con le nuove riforme in atto, l'appalto integrato, a seguito anche della liberalizzazione per gli interventi PNRR, viene reintrodotto senza divieti, salvo alcune limitazioni: una soglia determinata sotto la quale non si potrà ricorrere all'appalto congiunto di progettazione ed esecuzione e le opere di manutenzione ordinaria e straordinaria a prescindere dall'importo.

Si prevede che la stazione appaltante motivi la propria scelta, tenendo conto "*del rischio di eventuali scostamenti di costo nella fase esecutiva rispetto a quanto contrattualmente previsto*" e che "*gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, oppure avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione*" [30].

---

[29] Ad. plen., 9.7.2020, n. 13. Cfr. G. D'ANGELO, *Nota a Cons. Stato, ad. plen., 9 luglio 2020, n. 13*, in *Foro it.*, 11, 2020, 578-584.

[30] Il nuovo Schema di Codice dedica un intero articolo, il 44, all'appalto integrato così disponendo: "*1. Negli appalti di lavori complessi, con la decisione di contrarre, la stazione appaltante o l'ente concedente, se qualificata, può stabilire che il contratto abbia per oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica approvato. Tale facoltà non può essere esercitata per gli appalti di opere con valore inferiore a € ...,00 e, indipendentemente dal loro valore, di opere di manutenzione ordinaria e straordinaria.*

2. La stazione appaltante o l'ente concedente motiva la scelta di cui al comma 1 con riferimento alle esigenze tecniche, tenendo sempre conto del rischio di eventuali scostamenti di costo nella fase esecutiva rispetto a quanto contrattualmente previsto.

3. Quando il contratto è affidato ai sensi del comma 1, gli operatori economici devono possede-

2. La procedura aperta

Per "*procedure aperte*", si intendono, ai sensi dell'art. 3 del Codice, "*le procedure di affidamento in cui ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta*" [31].

L'art. 60, dedicato specificamente alla disciplina di tali procedure, riproduce la definizione, qualificando come "aperte" quelle procedure nelle quali qualsiasi operatore economico interessato può presentare un'offerta, con l'aggiunta dell'inciso "*in risposta a un avviso di indizione di gara*".

La norma riproduce pressoché integralmente l'art. 27 della Direttiva 2014/24, ancor di più nella formulazione vigente a seguito del decreto correttivo del 2017, che ha inserito il comma secondo *bis* sulla facoltà di abbreviazione dei termini di presentazione delle offerte prevista a livello comunitario.

Si tratta di una disciplina particolarmente incentrata sui termini procedimentali: il secondo periodo del primo comma dell'art. 60 prevede innanzitutto un termine minimo generale per la ricezione delle offerte, consistente in trentacinque giorni dalla data di trasmissione del bando di gara. Il *dies a quo* è individuabile, quindi, nella data di trasmissione del bando.

Il termine minimo può essere abbreviato sino a quindici giorni nei seguenti casi:

a) qualora le amministrazioni aggiudicatrici abbiano pubblicato un avviso di preinformazione che non sia stato usato come mezzo di indizione di una gara, purché questo contenga tutte le informazioni richieste per il bando di gara, sempreché queste siano disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso di preinformazione, e l'avviso di preinformazione sia stato inviato, per la pubblicazione, da non meno di trentacinque giorni e non oltre dodici mesi prima della data di trasmissione del bando di gara [32];

---

re i requisiti prescritti per i progettisti, oppure avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. La qualificazione per la progettazione comprende anche l'uso di metodi e strumenti digitali per la gestione informativa mediante modellazione.

4. L'offerta è valutata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. L'offerta ha ad oggetto sia il progetto esecutivo che il prezzo, e indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione e per l'esecuzione dei lavori.

5. L'esecuzione dei lavori può iniziare solo dopo l'approvazione, da parte della stazione appaltante, del progetto esecutivo, il cui esame è condotto ai sensi dell'articolo 42".

La bozza di Schema è integralmente consultabile sul sito *https://www.appaltiecontratti.it/2022/10/26/nuovo-codice-appalti-il-testo-della-bozza-provvisoria-dal-consiglio-di-stato/.*

[31] Art. 3, primo comma, lett. sss).

[32] Art. 60, secondo comma.

b) qualora, per ragioni di urgenza debitamente motivate dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini minimi non possano essere rispettati [33].

Nel caso di presentazione di offerte per via elettronica, le amministrazioni aggiudicatrici possono ulteriormente ridurre di cinque giorni il termine minimo dei trentacinque [34].

La fissazione di un termine per la presentazione delle offerte risponde al fondamentale principio della parità di trattamento a base della disciplina concorrenziale, dal momento che, in difetto di termine, sarebbe rimesso alla stazione appaltante stabilire discrezionalmente quando, il numero di offerte prevenute, appaia idoneo a garantire un confronto concorrenziale sufficientemente ampio; la presenza di una scansione temporale, invece, impone all'Amministrazione di stabilire *a priori* e in modo oggettivo il lasso di tempo entro il quale le offerte devono pervenire a garanzia della trasparenza e al fine di evitare possibili favoritismi [35].

In rispetto di tale *ratio*, i termini di presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte non possono che qualificarsi di perentorietà e inderogabilità [36].

I predetti "termini minimi" stabiliti dall'art. 60 (e dagli artt. 61, 62, 64 e 65) sono "fatti salvi" dall'art. 79 del Codice dei contratti pubblici, relativo al Capo III "*Svolgimento delle procedure per i settori ordinari*", il quale sancisce che "*Nel fissare i termini per la ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, le amministrazioni aggiudicatrici tengono conto in particolare della complessità dell'appalto e del tempo necessario per preparare le offerte*". Lo stesso art. 79 sancisce che "*Quando le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati, i termini per la ricezione delle offerte, comunque superiori ai termini minimi stabiliti negli articoli 60, 61, 62, 64 e 65, sono stabiliti in modo che gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte*". Inoltre, la proroga dei termini per la ricezione delle offerte è ammessa, in modo che gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie alla preparazione delle offerte, allorquando siano fornite informazioni supplementari significative ai fini della preparazione delle offerte ovvero vi sia una modifica significativa della documentazione di gara [37].

La durata della proroga è proporzionale all'importanza delle informazioni o delle modifiche.

---

[33] Art. 60, terzo comma.

[34] Art. 60, comma secondo *bis*.

[35] In tal senso, T.a.r. Toscana, Firenze, 19.8.2020, n. 1007.

[36] Sulla perentorietà, Cons. Stato, sez. V, 31.8.2017, n. 4135.

[37] Cfr. art. 79, terzo comma, lett. a) e b).

Il comma quinto *bis* dell'art. 79, introdotto col correttivo del 2017, ha altresì previsto, risolvendo innumerevoli problematicità pratico-giuridiche, che, qualora il malfunzionamento delle piattaforme elettroniche o comunque dei mezzi elettronici utilizzati impediscano la corretta presentazione delle offerte, la stazione appaltante è tenuta ad adottare i necessari provvedimenti concedendo una proroga o una sospensione dei termini, nel rispetto dei principi generali [38].

3. La procedura ristretta

Per "*procedure ristrette*" si intendono, secondo la definizione dell'art. 3 del Codice, quelle procedure di affidamento alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti, con le modalità stabilite dal Codice medesimo [39].

La disciplina delle procedure ristrette è dettata dall'art. 61.

Come evidente già dalla definizione, la "ristrettezza" attiene alla struttura bifasica di tale tipologia procedimentale che, a differenza della procedura aperta, delinea una fase preliminare di preselezione e, solo a seguito di esito favorevole di questa, una successiva fase in cui le imprese formulano l'offerta.

Dal combinato disposto del primo e terzo comma dell'art. 60 si ricava che "*Nelle procedure ristrette qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara* […] *fornendo le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice ai fini della sele-*

---

[38] Nei seguenti termini il nuovo comma quinto *bis*, art. 79: "*Nel caso di presentazione delle offerte attraverso mezzi di comunicazione elettronici messi a disposizione dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 52, ivi incluse le piattaforme telematiche di negoziazione, qualora si verifichi un mancato funzionamento o un malfunzionamento di tali mezzi tale da impedire la corretta presentazione delle offerte, la stazione appaltante adotta i necessari provvedimenti al fine di assicurare la regolarità della procedura nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, anche disponendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento dei mezzi e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del mancato funzionamento. Nei casi di sospensione e proroga di cui al primo periodo, la stazione appaltante assicura che, fino alla scadenza del termine prorogato, venga mantenuta la segretezza delle offerte inviate e sia consentito agli operatori economici che hanno già inviato l'offerta di ritirarla ed eventualmente sostituirla. La pubblicità di tale proroga avviene attraverso la tempestiva pubblicazione di apposito avviso presso l'indirizzo Internet dove sono accessibili i documenti di gara, ai sensi dell'articolo 74, comma 1, nonché attraverso ogni altro strumento che la stazione appaltante ritenga opportuno. In ogni caso, la stazione appaltante, qualora si verifichino malfunzionamenti, ne dà comunicazione all'AGI ai fini dell'applicazione dell'articolo 32-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante codice dell'amministrazione digitale*".

[39] Art. 3, primo comma, lett. ttt).

zione qualitativa" e che "*A seguito della valutazione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici delle informazioni fornite, soltanto gli operatori economici invitati possono presentare un'offerta*".

Tra gli operatori economici prequalificati, e quelli che presentano le offerte nell'ambito di una procedura ristretta di aggiudicazione di appalti, deve sussistere il requisito dell'identità giuridica e sostanziale; sulla necessaria identità si è espressa di recente la Corte di Giustizia Europea che ha evidenziato primariamente come, il principio della parità di trattamento tra gli offerenti, che ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed efficace tra le imprese che partecipano a un appalto pubblico, imponga che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implichi, quindi, che queste ultime siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti.

Tale approccio trova fondamento nell'art. 28, par. 2, della Direttiva 2014/24/UE, secondo il quale "soltanto gli operatori economici invitati in tal senso dalle amministrazioni aggiudicatrici in seguito alla valutazione delle informazioni fornite potranno presentare un'offerta", il che presuppone logicamente una identità giuridica e sostanziale tra gli operatori economici prequalificati e quelli che presentano le offerte [40].

Tuttavia, precisa la Corte europea, il principio di uguaglianza non sarà violato qualora l'operatore economico interessato da modifiche soggettive soddisfi da solo i requisiti definiti inizialmente dall'amministrazione aggiudicatrice e che la continuazione della sua partecipazione alla procedura non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza.

Sennonché, l'art. 61 del Codice nazionale, attribuisce alle amministrazioni aggiudicatrici il potere di limitare il numero dei candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura (c.d. "*forcella*") [41]; l'art. 60, infatti, richiama l'art. 91 del medesimo testo, che prevede che nelle procedure ristrette, oltreché in verità nelle procedure competitive con negoziazione, nelle procedure di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione, le stazioni appaltanti possano ridurre il numero di candidati altrimenti qualificati da invitare, "*quando lo richieda la difficoltà o la complessità dell'opera, della fornitura o del servizio*". La condizione fondamentale, quindi, è che sussista una obiettiva difficoltà o complessità dell'oggetto dell'affidamento.

---

[40] Corte Giust. UE, 11.7.2019, causa C-697/17, parr. 33-34. La sentenza è integralmente consultabile sul sito *eur-lex.europa.eu*/.

[41] R. DE NICTOLIS, *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (*Le novità in tema di procedura ristretta. La forcella)*, Roma, 2010, 539. Cfr. A. CARACCIOLO LA GROTTERIA, *La facoltà delle stazioni appaltanti di limitare gli inviti dei candidati idonei in particolari procedure,* in *Foro amm.*, 3, 2014, 1017.

L'art. 91 richiede comunque che sia assicurato un numero minimo di candidati qualificati che, per le procedure ristrette che qui interessano, non può essere inferiore a cinque. Tuttavia, se il numero di candidati idonei sia inferiore al numero minimo, la stazione appaltante "può proseguire", secondo la sua valutazione, la procedura invitando i candidati in possesso delle capacità richieste.

Per quanto riguarda i termini, quello per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o, se è utilizzato un avviso di preinformazione come mezzo di indizione di una gara, dalla data d'invio dell'invito a confermare interesse [42], mentre quello minimo per la ricezione delle offerte è di trenta giorni dalla data di trasmissione dell'invito a presentare offerte [43].

Anche per tali procedure il termine minimo per la presentazione delle offerte può essere ridotto, e nello specifico sino a dieci giorni, purché sussistano alcune condizioni: l'avviso di preinformazione contenga tutte le informazioni richieste per il bando di gara, purché dette informazioni siano disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso di preinformazione, e sia stato inviato alla pubblicazione da non meno di trentacinque giorni e non oltre dodici mesi prima della data di trasmissione del bando di gara.

Qualora dovessero sussistere "motivi di urgenza" debitamente motivati dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini minimi, sia quello di presentazione della domanda di partecipazione che quello di ricezione dell'offerta, possono essere ridotti rispettivamente a un termine non inferiore a quindici giorni dalla data di trasmissione del bando di gara e a dieci giorni dalla data di invio dell'invito a presentare offerte [44].

4. La procedura competitiva con negoziazione

Mentre l'art. 59 stabilisce, come visto, i presupposti applicativi della procedura competitiva con negoziazione, che, lo si ricorda, consistono nei casi in cui il mercato non presenta soluzioni immediatamente disponibili, l'art. 62 disciplina nello specifico le relative modalità di svolgimento [45].

---

[42] Art. 60, secondo comma.

[43] Art. 60, terzo comma.

[44] Art. 61, sesto comma.

[45] La legge delega 2022 per il nuovo Codice dei contatti cit. ha previsto, tra i principi guida, la "*previsione del divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare, ai fini della selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate*".

Come nella procedura ristretta, anche quella competitiva con negoziazione prevede che qualsiasi operatore economico possa presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara, fornendo le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa [46].

Tuttavia, le condizioni dell'appalto, non sono già predeterminate, ma vengono definite proprio per il tramite della negoziazione.

Ecco perché, al fine di coniugare le esigenze di flessibilità pubblica e di conoscibilità privata, il legislatore prevede che le informazioni fornite debbano essere "*sufficientemente precise per permettere agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito dell'appalto e decidere se partecipare alla procedura*" [47].

Pertanto, nei documenti di gara, le amministrazioni aggiudicatrici individuano l'oggetto dell'appalto, fornendo una descrizione delle loro esigenze, illustrando le caratteristiche richieste per le forniture, i lavori o i servizi da appaltare, specificando i criteri per l'aggiudicazione dell'appalto e indicano altresì quali elementi della descrizione definiscono i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare [48].

Solo gli operatori economici invitati dall'amministrazione aggiudicatrice, in seguito alla valutazione delle informazioni fornite, possono presentare un'offerta iniziale che costituisce la base per la successiva negoziazione [49].

L'art. 3 del Codice definisce, in generale, le "*procedure negoziate*", come quelle in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto [50].

La procedura competitiva con negoziazione, così come in generale le procedure incentrate sulla negoziazione, si configura quindi come una specie di "*work in progress*", in cui le offerte si formano progressivamente attraverso un percorso dinamico e collaborativo che consente tutti gli adattamenti necessari al migliore soddisfacimento delle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice.

Le amministrazioni aggiudicatrici negoziano così, con gli operatori economici, le loro offerte iniziali e tutte le successive da essi presentate, fino a formulare le offerte finali, le quali, a differenza delle pregresse, non sono più negoziabili chiaramente.

I requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione non sono, tuttavia, soggetti a negoziazione; la non negoziabilità di questo nucleo minimo di requisiti e criteri risponde ai principi di parità di trattamento e di trasparenza vigenti nelle procedure di affidamento, che impongono che i criteri di aggiudicazione e la loro ponderazione si mantengano stabili lungo l'intera procedura e che vi sia un *minimum* di

---

[46] Art. 62, primo comma.

[47] Terzo comma.

[48] Secondo comma.

[49] Sesto comma.

[50] Art. 3, primo comma, lett. uuu).

condizioni e caratteristiche, fisiche, funzionali e giuridiche, comune a tutte le offerte in base a criteri prescelti [51].

La disposizione codicistica prevede altresì che durante le negoziazioni, al fine di rispondere effettivamente ai principi della parità di trattamento tra gli offerenti ed al principio della trasparenza, le amministrazioni aggiudicatrici non possano fornire informazioni che avvantaggino determinati offerenti rispetto ad altri, ma piuttosto devono informare i concorrenti delle modifiche apportate alle specifiche tecniche o ad altri documenti di gara, concedendo loro un tempo sufficiente per modificare e ripresentare, ove opportuno, le offerte modificate; non possono altresì rivelare, agli altri partecipanti, informazioni riservate comunicate dal candidato o da un offerente, che partecipa alle negoziazioni, senza l'accordo di questi ultimi [52].

Qualora l'amministrazione ritenga che le offerte definite soddisfino adeguatamente le proprie esigenze, può concludere la negoziazione, informandone però gli offerenti e stabilendo un termine entro il quale possono essere presentate offerte nuove o modificate [53].

In verità, data proprio la flessibilità della procedura e la sua rispondenza alla ragione del miglior soddisfacimento possibile delle esigenze della stazione appaltante, le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti sulla base delle offerte iniziali senza negoziazione, se previsto nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse [54]; la procedura, cioè, può essere definita anticipatamente anche già nella fase iniziale, se l'obiettivo viene raggiunto, purché però tale evenienza sia prevista nel bando di gara ovvero nell'invito a confermare l'interesse e, dunque, ci sia stata una specifica informazione preventiva agli operatori economici in tal senso.

Infine, per quanto riguarda i termini, l'articolo del Codice prevede che il ter-

---

[51] Il Considerando 45 della Direttiva in tal senso: "*La procedura competitiva con negoziazione dovrebbe essere accompagnata da adeguate misure di salvaguardia garantendo l'osservanza dei principi di parità di trattamento e di trasparenza. È in particolare opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici indichino preventivamente i requisiti minimi che caratterizzano la natura dell'appalto e che non dovrebbero essere modificati nel corso delle negoziazioni. Per garantire parità di trattamento a tutti gli operatori economici, i criteri di aggiudicazione e la loro ponderazione devono mantenersi stabili lungo l'intera procedura e non essere oggetto di negoziazione. Le negoziazioni dovrebbero mirare a migliorare le offerte in modo da permettere alle amministrazioni aggiudicatrici di acquistare lavori, forniture e servizi perfettamente adeguati alle loro esigenze specifiche. Le negoziazioni possono riguardare tutte le caratteristiche dei lavori, delle forniture e dei servizi commissionati, fra cui ad esempio qualità, quantità, clausole commerciali e aspetti sociali, ambientali e innovativi, se e in quanto non costituiscano requisiti minimi*".

[52] Art. 62, nono e decimo comma.

[53] Art. 62, dodicesimo comma. La disposizione precisa altresì che le amministrazioni debbano verificare che "*le offerte finali siano conformi ai requisiti minimi prescritti e all'articolo 94, valutano le offerte finali in base ai criteri di aggiudicazione e aggiudicano l'appalto ai sensi degli articoli 95, 96 e 97*."

[54] Art. 62, ottavo comma.

mine minimo per la ricezione delle offerte iniziali è di trenta giorni dalla data di trasmissione dell'invito.

I termini sono ridotti "*nei casi previsti dall'articolo 61, commi 4, 5 e 6*", vale a dire, lo si ricorda, quando l'avviso di preinformazione contenga tutte le informazioni richieste per il bando di gara, purché dette informazioni siano disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso stesso, e sia stato inviato per la pubblicazione da non meno di trentacinque giorni e non oltre dodici mesi prima della data di trasmissione del bando di gara; qualora dovessero sussistere "motivi di urgenza", debitamente motivati dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini minimi, sia quello di presentazione della domanda di partecipazione sia quello di ricezione dell'offerta, possono essere ridotti rispettivamente a un termine non inferiore a quindici giorni dalla data di trasmissione del bando di gara e a dieci giorni dalla data di invio dell'invito a presentare offerte.

5. La procedura negoziata senza bando

La procedura prevista dall'art. 63 del Codice dei contratti pubblici prevede la possibilità di una negoziazione senza previa pubblicazione di un bando di gara; trattandosi di una opzione derogatoria rispetto al principio basilare della pubblicità del bando o dell'avviso, la procedura è consentita solo "*nei casi e nelle circostanze indicati*" e "*dando conto con adeguata motivazione*".

In altri termini, l'amministrazione aggiudicatrice, data l'eccezionalità della scelta, deve fornire una motivazione adeguata e particolarmente rigorosa circa la sussistenza in concreto dei presupposti richiesti, anche in termini di assenza di soluzioni alternative o sostituibili praticabili.

La Direttiva 2014/24/UE, al considerando n. 50, orienta in tal senso: "*Tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali.* […] *Le amministrazioni aggiudicatrici che si avvalgono di questa eccezione dovrebbero indicare i motivi per cui non esistono soluzioni alternative o sostituibili praticabili*".

La disposizione del Codice nazionale individua una pluralità di ipotesi, dividendo tra i casi riferibili a tutti gli appalti di lavori, forniture e servizi e i casi riferibili a specifici oggetti di affidamento, da considerarsi dunque tassative e in ogni caso da interpretare restrittivamente.

Di seguito si sintetizzano i vari casi.

In generale, per gli appalti di lavori, forniture e servizi:

A) Qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non siano state presentate offerte "appropriate" ovvero la gara sia andata deserta.

Ai sensi dell'art. 63, un'offerta "*non è ritenuta appropriata se non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è, quindi, manifestamente inadeguata, salvo modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice e ai requisiti specificati nei documenti di gara. Una domanda di partecipazione non è ritenuta appropriata se l'operatore economico interessato deve o può essere escluso ai sensi dell'articolo 80 o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 83*".

B) Qualora i lavori, le forniture e i servizi possano essere forniti infungibilmente solo da un determinato operatore economico.

L'infungibilità è ravvisabile quando "*1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica; 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici; 3) tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale; Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto*".

Sulla scorta di pratiche scorrette nell'utilizzo dell'opzione della procedura negoziata senza bando, specie per gli appalti nel settore sanitario e per le acquisizioni di servizi e forniture informatiche, l'ANAC ha adottato delle Linee guida, n. 8/2017 [55], occupandosi dello specifico aspetto dell'infungibilità, al fine di prevenire eventuali restrizioni della concorrenza e il fenomeno c.d. del *lock-in*, quale fenomeno cioè per cui le decisioni di acquisto in un certo momento vincolano le decisioni future [56].

L'ANAC distingue, innanzitutto, sotto il profilo economico-giuridico, tra "infungibilità" ed "esclusività" precisando che l'esclusiva attiene all'esistenza di privative industriali, secondo cui solo il titolare di un diritto di esclusiva (brevetto) può sfruttare economicamente un certo prodotto o servizio, mentre un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno.

Come rileva l'Autorità, un bene o un servizio possono essere infungibili perché, a causa di ragioni di tipo tecnico o di privativa industriale, non esistono possibili sostituti degli stessi, oppure, a causa di decisioni passate da parte del contraente che lo vincolano nei comportamenti futuri o, infine, a seguito di decisioni strategiche da parte dell'operatore economico; per cui, un operatore economico che offre un prodotto o un servizio infungibile potrà praticare un prezzo più elevato di quello che deriverebbe da un confronto concorrenziale, in quanto potrà sfrut-

---

[55] Delibera 13.9.2017, n. 950 ("*Linee guida n. 8 – Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili*").

[56] Cfr. premessa alle Linee guida.

tare i vantaggi derivanti da una domanda inelastica, ovvero una domanda che reagisce poco a variazioni di prezzo.

L'infungibilità, che nasce a seguito di decisioni passate del contraente e/o di un comportamento strategico da parte dell'operatore economico, è conosciuta con il termine economico di *lock-in*[57], quel fenomeno, in altri termini, per il quale l'infungibilità determina un "ingabbiamento" nella scelta effettuata.

Pertanto, per i casi in cui una fornitura e un servizio siano effettivamente infungibili, le deroghe normative all'evidenza pubblica sono giustificate dal fatto che l'esito di un'eventuale gara risulterebbe scontato, esistendo un unico operatore economico in grado di aggiudicarsela e, conseguentemente, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica determinerebbe uno spreco di tempo e di risorse. Naturalmente, trattandosi di una deroga all'evidenza pubblica, occorre che l'infungibilità sia debitamente accertata e motivata nella delibera o determina a contrarre dell'amministrazione.

Ai fini del superamento del *lock-in*, l'ANAC ammette come non possa esistere una regola generale ma sia necessario procedere "caso per caso, magari prevedendo che un singolo affidamento possa essere assegnato a due o più fornitori (*multi-sourcing*), o prevedendo più aggiudicatari per la singola gara (o lotto), con l'assegnazione, al concorrente primo qualificato, di una quota predefinita del quantitativo massimo previsto per la gara e a scalare per i successivi; o dividendo la gara in due o più lotti e imponendo restrizioni sul numero massimo di lotti aggiudicabili. In tal modo, la stazione appaltante potrebbe acquisire un certo potere contrattuale negli affidamenti successivi, poiché potrà contare sull'esistenza di più imprese che hanno

---

[57] Sul *lock-in* così spiega l'ANAC: "*Si tratta di un fenomeno spesso associato al settore della* Information and Communications Technology *(ICT), ma che può presentarsi anche in altri settori. La Commissione Europea ha recentemente fornito la seguente definizione di* lock-in *per gli appalti nel settore informatico: 'Il* lock-in *si verifica quando l'amministrazione non può cambiare facilmente fornitore alla scadenza del periodo contrattuale perché non sono disponibili le informazioni essenziali sul sistema che consentirebbero a un nuovo fornitore di subentrare al precedente in modo efficiente'. Esempi nei quali il* lock-in *è l'effetto di un comportamento del consumatore/stazione appaltante sono quelli legati alla presenza di elevati costi di investimento (iniziale) non recuperabili (*sunk costs*), per effetto dei quali cambiare il fornitore determina la perdita degli stessi; alla presenza di lunghi e costosi processi di apprendimento (*learning*) per l'utilizzo ottimale di un determinato servizio o prodotto, che andrebbero persi in caso di cambio del fornitore; o alla presenza di esternalità e di economie di rete, per cui il valore del bene è legato al numero di altri utilizzatori del bene stesso (si pensi, ad esempio, ai* social networks*), in questo caso, se un cliente cambia singolarmente il fornitore, ne perde la sua utilità. Per quanto concerne i comportamenti del fornitore che possono condurre ad esiti di tipo* lock-in*, gli esempi tipici sono riconducibili al possesso di informazioni riservate, all'esclusiva di diritto o di fatto sui pezzi di ricambio o sui materiali di consumo (ad esempio, toner delle stampanti), alla conoscenza approfondita dei bisogni del cliente e/o alla cattura di fatto dello stesso. In tutti questi casi, il cliente incontra elevate difficoltà a cambiare gestore/fornitore. Ciò è vero, indipendentemente dal numero di concorrenti presenti sul mercato; anzi si può ritenere che le singole imprese tenderanno ad adottare comportamenti tanto più aggressivi quanto maggiore è il numero dei concorrenti*" (cfr. par. 1 delle Linee guida).

acquisito una conoscenza sulle caratteristiche e le necessità dell'amministrazione (riduzione dell'asimmetria informativa); oppure, si potrebbe agire sulle specifiche tecniche, mediante gare basate su standard e non su sistemi prioritari [58].

C) Qualora, per ragioni di "*estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili*", purché in nessun caso imputabili all'amministrazione aggiudicatrice, il rispetto dei termini per le procedure aperte, ristrette o competitive con negoziazione non sia possibile. In tal caso l'affidamento deve essere disposto "*nella misura strettamente necessaria*".

Nello specifico, invece, per gli appalti di forniture, la procedura *ex* art. 63 è esperibile:

a) qualora i prodotti oggetto dell'appalto siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo [59];

b) qualora siano effettuate consegne complementari dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti [60];

c) per forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime;

d) per l'acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dagli organi delle procedure concorsuali.

Per gli appalti di servizi:

a) qualora l'appalto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o ad uno dei vincitori del concorso. In quest'ultimo caso, tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati.

Va aggiunta, altresì, una peculiare ipotesi, prevista al quinto comma della norma, che riguarda la "*ripetizione di lavori o servizi analoghi*"; è possibile cioè utilizzare la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per nuovi lavori o nuovi servizi che siano analoghi a quelli già aggiudicati a favore del medesimo operatore.

La correlazione sta nella coincidenza tra gli oggetti dei due appalti. Tuttavia,

---

[58] Cfr. par. 2.4 delle Linee guida.

[59] "*Salvo che si tratti di produzione in quantità volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo*".

[60] "*Qualora il cambiamento di fornitore obblighi l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni*".

tale caso è consentito solo in presenza di alcune condizioni, vale a dire che la possibilità di avvalersi della procedura sia indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione, che l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi sia computato per la determinazione del valore globale dell'appalto (ai fini dell'applicazione delle "soglie") e che l'opzione sia limitata al triennio successivo alla stipulazione del contratto dell'appalto iniziale.

6. Il dialogo competitivo

Il dialogo competitivo è definito dal Codice, all'art. 3, "*procedura di affidamento nella quale la stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati sono invitati a presentare le offerte; qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare a tale procedura*".

L'elemento innovativo sta nel "dialogo".

L'art. 64 articola la procedura prevedendo, innanzitutto, che il provvedimento con cui le amministrazioni aggiudicatrici decidono di ricorrere al dialogo competitivo debba contenere una specifica motivazione.

Nel bando di gara o nell'avviso di indizione di gara devono essere poi garantire alcune informazioni minime, quali le esigenze della stazione appaltante e i requisiti richiesti, da definirsi nel bando stesso, nell'avviso o in un documento descrittivo.

Nel dialogo competitivo qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare in risposta a un bando di gara, o a un avviso di indizione di gara, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante, per la selezione qualitativa.

Il dialogo è finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le necessità dell'amministrazione e può riguardare tutti gli aspetti oggettivi dell'appalto [61].

La disposizione codicistica prevede che la stazione appaltante prosegua il dialogo finché non è in grado di individuare la soluzione o le soluzioni che possano soddisfare le sue necessità; una volta dichiarato concluso il dialogo e informati i concorrenti, invita ciascuno a presentare le loro offerte finali in base alla soluzione o alle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo, contenenti tutti gli elementi richiesti e necessari per l'esecuzione del progetto.

---

[61] Art. 64, quinto comma.

L'istituto si fonda quindi su una "strutturale flessibilità" e su di un'ampia discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice, sia perché viene rimessa unicamente ai concorrenti l'individuazione della "idoneità" delle soluzioni, sia perché durante il dialogo possono essere discussi "tutti gli aspetti" dell'appalto, a differenza di quanto previsto per la procedura competitiva con negoziazione di cui all'art. 62, così da giungere in maniera progressiva alla definizione degli elementi essenziali dell'offerta e dunque del contratto [62].

Il dialogo competitivo, come la procedura competitiva con negoziazione, è sì finalizzato a garantire una maggiore flessibilità di affidamento, tuttavia, mentre nella procedura competitiva vi è una offerta iniziale da parte degli invitati a partecipare che dà avvio alla fase di negoziazione, nel dialogo competitivo la negoziazione con gli aspiranti concorrenti si pone in una fase ancora antecedente la presentazione formale dell'offerta. La differenza si ripercuote sull'ampiezza del confronto tra amministrazione e operatore economico, dal momento che l'art. 62, come sopra illustrato, individua alcune informazioni minime sull'oggetto del contratto che devono essere note al privato, mentre l'art. 64 in discussione stabilisce che il bando debba contenere, quale informazione minima, le proprie "esigenze" e, proprio per il tramite di un dialogo, si avvia poi un confronto dialettico e dinamico volto a individuare e definire i mezzi più idonei a soddisfare quelle esigenze.

Orbene, sulle offerte possono essere richieste precisazioni, chiarimenti, perfezionamenti o complementi delle informazioni, che però non possono avere l'effetto di modificare gli aspetti essenziali dell'offerta o dell'appalto, compresi i requisiti e le esigenze indicati nel bando di gara, nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo, qualora le variazioni rischino di falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio.

Le stazioni appaltanti valutano poi le offerte ricevute sulla base dei criteri di aggiudicazione prefissati.

I documenti alla base delle offerte ricevute possono essere integrati con quanto emerso nel dialogo competitivo e, su richiesta della stazione appaltante, possono essere condotte negoziazioni con l'offerente che risulta aver presentato l'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo al fine di confermare gli impegni finanziari o altri termini contenuti nell'offerta attraverso il completamento dei termini del contratto, purché da ciò non consegua la modifica sostanziale di elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto, comprese le esigenze e i requisiti ovvero che non si rischi di falsare la concorrenza o creare discriminazioni.

---

[62] Così T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. III, 2.11.2017, n. 2502.

7. Il partenariato per l'innovazione

Gli appalti innovativi, a differenza di quelli tradizionali, non mirano all'acquisizione di prodotti o servizi già disponibili sul mercato, ma stimolano gli operatori alla creazione di soluzioni *ad hoc* basate su tecnologie emergenti [63].

Il considerando 47 della Direttiva 2014/24/UE, esplicitamente afferma che "*La ricerca e l'innovazione, comprese l'ecoinnovazione e l'innovazione sociale, sono uno dei principali motori della crescita futura e sono state poste al centro della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. Le autorità pubbliche dovrebbero utilizzare gli appalti pubblici strategicamente nel miglior modo possibile per stimolare l'innovazione. L'acquisto di prodotti, lavori e servizi innovativi svolge un ruolo fondamentale per migliorare l'efficienza e la qualità dei servizi pubblici e nello stesso tempo affrontare le principali sfide a valenza sociale. Ciò contribuisce a ottenere un rapporto più vantaggioso qualità/prezzo nonché maggiori benefici economici, ambientali e per la società attraverso la generazione di nuove idee e la loro traduzione in prodotti e servizi innovativi, promuovendo in tal modo una crescita economica sostenibile*".

L'art. 65 del Codice dei contratti pubblici disciplina il "*partenariato per l'innovazione*" [64], disponendo innanzitutto che a esso si ricorra qualora le esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici non possano essere soddisfatte per il tramite di soluzioni già disponibili sul mercato; in altri termini, se l'esigenza di sviluppare e successivamente acquistare prodotti, servizi o lavori non trova riscontro in soluzioni già disponibili sul mercato, le amministrazioni aggiudicatrici hanno accesso a una procedura di appalto specifica che dovrebbe consentire loro di istituire un partenariato per l'innovazione a lungo termine per lo sviluppo e il successivo acquisto di prodotti, servizi o lavori caratterizzati da novità e innovazione.

La specificità della procedura richiede "*una motivata determinazione*" [65] in

---

[63] Sull'argomento, C. CHIARELLO, *Il partenariato per l'innovazione*, in *Giustamm.it*, 2, 2016; S. FANTINI, *Il partenariato per l'innovazione*, in *Urb. e app*., 8-9, 2016, 955.

[64] Lo stesso Codice disciplina agli artt. 180 e ss. il "Partenariato Pubblico Privato" nel Titolo I della Parte IV – Partenariato Pubblico Privato e Contraente Generale ed altre modalità di affidamento. Trattasi, come prevede l'art. 3, primo comma, lett. eee) dello stesso Codice di un "*contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore*".

[65] Cfr. primo comma, art. 65.

termini di indisponibilità sul mercato delle soluzioni ricercate e, dunque, dell'opzione per la procedura innovativa.

Tuttavia, nei documenti di gara, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori fissano i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare, in modo sufficientemente preciso da permettere agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito della soluzione richiesta e decidere se partecipare alla procedura.

L'amministrazione deve altresì disciplinare *ex ante*, nei documenti di gara, il regime applicabile ai diritti di proprietà intellettuale

Come la procedura competitiva con negoziazione, si tratta di una procedura plurifase sia pur in questo caso cadenzata delle fasi del processo di ricerca e di innovazione, che possono comprendere la fabbricazione dei prodotti o la prestazione dei servizi o la realizzazione dei lavori.

Il partenariato per l'innovazione fissa obiettivi intermedi che le parti devono raggiungere e prevede il pagamento della remunerazione mediante congrue rate. In base a questi obiettivi, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può decidere, dopo ogni fase, di risolvere il partenariato per l'innovazione o, nel caso di un partenariato con più operatori, di ridurre il numero degli operatori risolvendo singoli contratti, a condizione che essa abbia indicato nei documenti di gara tali possibilità e le condizioni per avvalersene [66].

L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore assicura che la struttura del partenariato e, in particolare, la durata e il valore delle varie fasi, riflettano il grado di innovazione della soluzione proposta e la sequenza di attività di ricerca e di innovazione necessarie per lo sviluppo di una soluzione innovativa non ancora disponibile sul mercato. Il valore stimato delle forniture, dei servizi o dei lavori, non deve essere sproporzionato rispetto all'investimento richiesto per il loro sviluppo [67].

Lo *step* iniziale consiste nella formulazione della domanda di partecipazione da parte degli operatori economici in risposta a un bando di gara o ad un avviso di indizione di gara, presentando le informazioni richieste dalla stazione appaltante per la selezione qualitativa. Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara.

L'amministrazione aggiudicatrice e l'ente aggiudicatore possono decidere di instaurare il partenariato per l'innovazione con uno o più operatori economici che conducono attività di ricerca e sviluppo separate.

Sennonché si apre la fase di valutazione delle domande e di sviluppo vero e proprio della soluzione innovativa. Soltanto gli operatori economici invitati dalle

---

[66] Art. 65, quinto comma.

[67] Art. 65, decimo comma.

amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori, in seguito alla valutazione delle informazioni fornite, possono partecipare alla procedura.

Anche in questo caso, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori possono limitare il numero di candidati idonei da invitare alla procedura secondo il metodo della "forcella".

Si passa così alla fase della negoziazione in cui le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori negoziano le offerte iniziali e tutte le offerte successive presentate dagli operatori interessati, tranne le offerte finali, per migliorarne il contenuto, a condizione che i requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione non siano soggetti a negoziazioni.

Nel corso delle negoziazioni le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori garantiscono la parità di trattamento fra tutti gli offerenti. A tal fine, non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri. Essi informano per iscritto tutti gli offerenti le cui offerte non sono state escluse delle modifiche alle specifiche tecniche o ad altri documenti di gara diversi da quelli che stabiliscono i requisiti minimi. A seguito di tali modifiche, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori concedono agli offerenti un tempo sufficiente per modificare e ripresentare, ove opportuno, le offerte modificate [68].

Gli appalti sono aggiudicati unicamente sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo; si tratta dell'unico criterio di aggiudicazione per tale opzione procedurale in quanto è ritenuto il più adatto a comparare le offerte concernenti soluzioni innovative [69].

[68] Settimo comma.

[69] In tal senso, considerando 49 Direttiva 2014/24/UE.

Capitolo Ventunesimo

L'aggiudicazione del contratto

DANIELA MENDOLA

SOMMARIO: 1. Il provvedimento di aggiudicazione. – 2. I presupposti per l'aggiudicazione di un appalto. – 3. La rimozione in autotutela del provvedimento di aggiudicazione. – 4. L'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione. – 5. La non giustiziabilità della proposta di aggiudicazione provvisoria. – 6. Il potere di controllo dell'ANAC nei contratti di appalto pubblico. – 7. Prospettive di riforma.

1. Il provvedimento di aggiudicazione

Come previsto dall'art. 32, quinto comma, d.lgs. n. 50/2016, l'aggiudicazione è l'atto conclusivo del procedimento ad evidenza pubblica, mediante il quale l'amministrazione procede all'assegnazione della gara pubblica al miglior offerente. In tal senso, l'aggiudicatario deve essere inteso quale soggetto economicamente più efficiente che propone l'offerta più vantaggiosa [1].

L'aggiudicazione rientra nella categoria dei provvedimenti amministrativi, attesa la sua natura di atto autoritativo unilaterale, tipico e nominato, funzionale alla realizzazione di un interesse pubblico [2].

---

[1] Per una disamina sul provvedimento di aggiudicazione si rinvia a N.A. TOSCANO, *Il provvedimento di aggiudicazione tra pubblicità e accesso agli atti*, in *Urb. e app.*, 3, 2021, 293; C. CONTALDI LA GROTTERIA, *L'aggiudicazione nel nuovo Codice: la diversa posizione delle parti contraenti*, in *Dir. e prat. assicur.*, 12, 2007, 57; D. BONACCORTI DI PATTI, *Mercato assicurativo r.c. auto e committenti pubblici: fra diritto antitrust, procedure di scelta del contraente e obbligo a contrarre*, in *Resp. civ. e prev.*, 4, 2016, 1330; R. GAROFOLI, *Gli organismi di diritto pubblico: scelta dell'appaltatore e profili di giurisdizione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche. Natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdiziona*le, Milano, 2004, 42.

[2] L' aggiudicazione è un provvedimento amministrativo unilaterale con cui si accerta con effetti costitutivi il vincitore della gara ed è espressione del potere autoritativo della Pubblica Amministrazione. Per una disamina in via generale del provvedimento amministrativo si rinvia a S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, in *Studi per un nuovo diritto amministrativo*,

Essa presenta i caratteri tipici di ogni provvedimento amministrativo: l'autoritarietà, attesa la possibilità di produrre unilateralmente modifiche nella sfera giuridica di altri soggetti; l'esecutività, perché produce automaticamente l'effetto predeterminato *ex lege*; l'inoppugnabilità dopo che sia decorso un determinato periodo di tempo e, infine, l'esecutorietà, in quanto atto idoneo a produrre effetti diretti ed immediati.

Dalla natura di provvedimento amministrativo deriva l'applicabilità *in toto* dei principi previsti dall'art. 1, l. n. 241/1990.

Come espressamente previsto all'art. 2 del Codice degli appalti pubblici, infatti, l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, devono avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, libera concorrenza [3], parità di trattamento, legittimo affidamento [4], non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità.

I principi enunciati dalla prefata disposizione normativa sono recepiti dall'Unione Europea [5] e rappresentano un monito per la disciplina interna degli appalti.

Come enunciato dal Consiglio di Stato, "*nel rispetto dei principi di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, enunciati dall'art. 97 della Costituzione, la serie procedimentale volta ad individuare il miglior contraente* [6] *per la stipulazione del contratto pubblico* [7] *si impernia sui postulati di trasparenza ed imparzialità che, a loro volta, si concretizzano nel principio di par condicio tra*

---

collana diretta da S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, M. NETTESHEIM, S. PERONGINI, A. ZITO, Torino, 2016. 355; C. GUACCI, *Il procedimento amministrativo. Nozioni e caratteri generali*, in *Percorsi di diritto amministrativo*, a cura di S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SATTA, Torino, 2014, 141 ss.

[3] S. VILLAMENA, *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori*, in *Dir. amm*., 4, 2020, 4993; R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, *in Dir. amm*., 2, 2010, 325 ss.; M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm*., 2, 2008, 297 ss.; G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. quadr. pubbl. serv.*, 2, 1999, 24-25.

[4] Il legittimo affidamento è "*un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività*" (Cons. Stato, sez. VI, 13.8.2020, n. 5011).

[5] L. PARONA, *L'influenza del diritto europeo sulla disciplina dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3, 2021, 49.

[6] L'obiettivo di miglioramento della qualità delle prestazioni contrattuali pubbliche si fonda, secondo la nuova prospettazione, non solo sulla qualità dell'offerente e delle offerte, ma soprattutto sulla ridefinizione della domanda pubblica; perciò, sulla "qualità" della parte contrattuale pubblica o meglio sulla qualificazione e professionalità delle strutture deputate alla funzione appalti. In tal senso, G.M. RACCA, S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm*., 2019, 1, 33.

[7] Sul punto si vedano V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm*., 2, 2003, 217 ss.; A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016.

tutti i concorrenti, attuato attraverso la previa predisposizione del bando di gara, e nel rispetto dei principi di concorsualità, segretezza, completezza, serietà, autenticità e compiutezza delle offerte ...." (Cons. Stato, sez. VI, 17.2.2012, n. 844, in *www.dejure.it*).

Si delinea, dunque, un modello di pubblica amministrazione improntato ai principi di correttezza e di buona amministrazione e un comportamento dei pubblici poteri orientato al confronto leale e rispettoso della libertà di determinazione negoziale dei privati [8].

Tuttavia, l'azione amministrativa deve ispirarsi anche ai principi di buona fede e collaborazione, i quali per un verso impongono alle stazioni appaltanti di privilegiare, nei limiti del possibile, una lettura ed una interpretazione non rigida e formalistica delle regole della *lex specialis*, al fine di assicurare la più ampia partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e, per altro verso, si concretizzano in un vero e proprio obbligo per l'amministrazione di collaborare con i concorrenti, invitandoli a completare la documentazione ovvero a fornire chiarimenti in ordine a certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

Il provvedimento di aggiudicazione, inoltre, deve essere accompagnato da una relazione sintetica circa i motivi che hanno determinato la Pubblica Amministrazione all'adozione del provvedimento finale [9].

2. I presupposti per l'aggiudicazione di un appalto

I presupposti per l'aggiudicazione di un appalto sono: la conformità dell'offerta ai requisiti, alle condizioni e ai criteri indicati nel bando di gara; la provenienza di tale offerta da parte di un offerente non escluso e che soddisfi i criteri di selezione fissati dall'amministrazione aggiudicatrice; inoltre, è attribuita alla stazione appaltante la facoltà di non aggiudicare l'appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa [10], se tale offerta non soddisfi gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro (art. 94, d.lgs. n. 50/2016) [11].

---

[8] Cfr. A. NICOLUSSI, F. ZECCHIN, *La natura relazionale della responsabilità "preprovvedimentale" della pubblica amministrazione. Autorità e affidamenti*, in *Eur. e dir. priv.*, 4, 2021, 791, nota a Cass. civ., sez. un., 15.1.2021, n. 615.

[9] In tal senso, B. GILIBERTI, F. GASPARI, *Sul termine di impugnazione dei provvedimenti di aggiudicazione di contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2, 2022, 267.

[10] G.C. FIGUERA, *Offerta economicamente più vantaggiosa e nuovo criterio "del prezzo o costo fisso",* in *Urb. e app*., 2, 2022, 2240.

[11] S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2006. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Riv. giur. edil*., 3, 2017, 101.

Il legislatore ha previsto dei criteri per l'aggiudicazione di un appalto, che sono indicati all'art. 95, d.lgs. n. 50/2016. In particolare, la predetta norma testualmente prevede che "*fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96*" [12].

Il legislatore ha tuttavia operato una distinzione, prevedendo che sono aggiudicati, esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, i contratti relativi ai: servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'art. 50, primo comma, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'art. 36, secondo comma, lett. a); i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro; i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

Si fa ricorso, invece, al criterio del minor prezzo, per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera di cui al terzo comma, lett. a).

L'aggiudicazione, come anzidetto, è la manifestazione di una scelta adottata dalla Pubblica Amministrazione nel rispetto dei principi di imparzialità e di buon andamento, essa pertanto deve contenere una motivazione adeguata con cui l'amministrazione esplica le ragioni per cui abbia preferito un contraente rispetto ad un altro [13].

La Pubblica Amministrazione deve provvedere alla comunicazione *ex officio* dell'aggiudicazione definitiva, che assume i caratteri di una comunicazione c.d. qualificata, atteso che deve essere indirizzata non solo all'aggiudicatario, ma anche al concorrente che segue in graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara e a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse.

---

[12] P. ADAMI, *Prezzo più basso: verifica dell'anomalia e minimi tabellari*, nota a T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 29.4.2021, n. 1083, in *Urb. e app*., 6, 2021, 800.

[13] La comunicazione contiene l'esposizione dei motivi di fatto e di diritto per cui la stazione appaltante abbia preferito un'offerta piuttosto che un'altra. In generale sulla comunicazione si rinvia a T.a.r. Napoli, sez. VIII, 14.3.2022, n. 1664.

Risultano destinatari della suddetta comunicazione anche coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non sono state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva.

Come previsto espressamente dall'art. 76 del Codice dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti sono tenute ad informare "tempestivamente" (entro e non oltre cinque giorni) ciascun candidato e ciascun offerente delle decisioni riguardanti l'aggiudicazione di un appalto. Gli stessi termini si applicano anche per la comunicazione dell'avvenuta stipulazione del contratto di appalto [14].

La prefata norma prevede l'obbligo per le stazioni appaltanti di informare ciascun candidato o ciascun offerente delle decisioni prese con riferimento: alla conclusione di un accordo quadro o ai motivi dell'eventuale decisione di non concluderlo; all'aggiudicazione di un appalto o ai motivi dell'eventuale decisione di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara o di riavviare la procedura; all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione o i motivi dell'eventuale decisione di non attuare un tale sistema.

Suddetta disposizione normativa è finalizzata ad assicurare un'effettiva e tempestiva tutela ai soggetti potenzialmente lesi, fra i quali evidentemente rientrano anche coloro che non hanno presentato domanda di partecipazione, ritenendo illegittima l'indizione della gara, e coloro che hanno proposto domanda di annullamento in sede giurisdizionale rispetto alle clausole c.d. escludenti.

A carico dell'Amministrazione, dunque, sono ravvisabili tre obblighi: il primo è quello di non divulgare talune informazioni relative all'aggiudicazione degli appalti, alla conclusione di accordi quadro o all'ammissione di un sistema dinamico di acquisizione, se la loro diffusione ostacola la applicazione della legge o è contraria all'interesse pubblico o pregiudica interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati o dell'operatore economico selezionato, oppure possa recare pregiudizio alla leale concorrenza tra questi (art. 76, quarto comma).

Il secondo obbligo rientra tra quelli "informativi" che impongono all'amministrazione di comunicare d'ufficio, entro cinque giorni dall'emissione del provvedimento, l'atto amministrativo che ha determinato la scelta dell'amministrazione.

L'ultimo obbligo è quello di effettuare le suddette comunicazioni a mezzo di posta elettronica, in risposta all'esigenza di efficientare l'azione amministrativa e di garantire un più rapido scambio di informazioni.

---

[14] N.A. TOSCANO, *Il provvedimento di aggiudicazione tra pubblicità e accesso agli atti*, in *Urb. e app.*, 3, 2021, 393.

3. La rimozione in autotutela del provvedimento di aggiudicazione

Qualora sia intervenuto il provvedimento di aggiudicazione non è precluso all'Amministrazione l'esercizio del potere di autotutela [15] (art. 32, ottavo comma, d.lgs. n. 50/2016), qualora si renda conto di aver commesso un errore che inficia il provvedimento adottato, in modo da prevenire eventuali controversie future [16].

In altre parole, il provvedimento amministrativo illegittimo può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge [17]. L'autotutela, invero, assurge a dovere dell'amministrazione ogniqualvolta quest'ultima si renda conto di avere emesso un provvedimento *contra ius*.

Come noto, l'autotutela rappresenta una prerogativa di tutte le amministrazioni pubbliche che consente di modificare autonomamente l'assetto definitivo di un rapporto giuridico [18]. La Pubblica Amministrazione può, dunque, "*farsi giustizia da sé*", ma deve operare secondo le regole di diritto. Per tale ragione, il provvedimento di ritiro dell'atto, deve essere supportato da una adeguata e sufficiente motivazione dalla quale sia desumibile la sussistenza di un pubblico interesse alla rimozione dell'atto.

---

[15] Sul tema si rinvia ai contributi di B. BIANCARDI, *Responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici – Responsabilità precontrattuale nelle procedure ad evidenza pubblica: quali regole a parti invertite*?, in *Giur. it*., 7, 2021, 1708; L. D'ORAZIO, *La tutela concorsuale del subappaltatore e l'autotutela della stazione appaltante ai sensi dell'art. 118, comma 3, D.Lgs. n. 163/2003*, in *Fall.*, 3, 2020, 35; M. BALBI, *Aggiudicazione provvisoria e poteri di autotutela della p.a.*, in *Urb. e app.*, 10, 2007, 1287, nota a T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III., sent. 19 aprile 2007, n. 1874; F. SAITTA, *Flessibilità e rigidità dei contratti pubblici: l'autotutela della stazione appaltante tra norme (poche) e prassi*, in *Dir. econ.*, 2, 2014, 275; F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, *Manuale di diritto ammnistrativo*, IV, *I Contratti pubblici*, Roma, 2014, 387 ss.; R. DE NICTOLIS, *L'autotutela provvedimentale di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole e eccezioni*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017; E. ROMANO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: profili ricostruttivi e prospettive di evoluzione normativa*, in *Dir. e proc. amm*., 2012, 3, 1007-1087.

[16] È rimessa alla valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice la decisione sull'attivazione del potere di autotutela. Sul punto Cons. Stato, 14.7.2022, n. 6014.

[17] Cons. Stato, sez. V, 11.10.2018, n. 5863 "*La stazione appaltante, fino al momento dell'aggiudicazione definitiva della gara d'appalto, può sempre riesaminare il procedimento di gara per emendarlo da eventuali errori commessi o da illegittimità verificatesi, senza che ciò possa essere considerata manifestazione del potere di autotutela, che presuppone esaurita la precedente fase procedimentale e l'intervenuta adozione del provvedimento conclusivo della stessa*".

[18] G.M. ESPOSITO, *Il sistema amministrativo tributario italiano*, Padova-Milano, 2021; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; S. STAMMATI, *La revoca degli atti amministrativi. Struttura e limiti, linee dell'evoluzione, con una parentesi all'annullamento d'ufficio* in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano, 1987.

Il perimetro operativo dell'azione amministrativa è, dunque, il pubblico interesse, che deve sussistere come ragione giustificatrice della condotta amministrativa e deve prevalere sull'interesse del privato alla conservazione degli effetti dell'atto su cui ha riposto un legittimo affidamento [19]. La motivazione, dunque, deve tenere conto anche dell'esigenza di recare il minor sacrificio possibile alla posizione giuridico-soggettiva del privato.

Come è stato correttamente affermato, in sede di riesame, l'Amministrazione, opera in attuazione del principio della "*ultrattività del potere amministrativo*", che risponde all'esigenza di una continua ricerca dell'interesse pubblico concreto [20].

L'autotutela è un procedimento di secondo grado che si conclude con un provvedimento di secondo grado. Essa può essere sostitutiva, qualora il provvedimento affetto da illegittimità sia sostituito con altro privo del vizio, oppure eliminatoria, quando la Pubblica Amministrazione decide di procedere alla rimozione dell'atto senza emetterne un altro [21].

Il paradigma legale del procedimento di autotutela è rappresentato dall'art. 97 della Carta costituzionale, che sancisce il principio di imparzialità e di buon andamento e canonizza la c.d. presunzione di legittimità di un atto amministrativo.

Per esercitare il potere di autotutela occorre procedere alla comunicazione a tutti i soggetti che hanno riposto aspettative sul provvedimento, in base ad un principio di legittimo affidamento. Sebbene l'esercizio del potere di autotutela rientri nell'ambito della discrezionalità della Pubblica Amministrazione, quest'ultima non potrà esimersi dal dare conto della sussistenza dei presupposti per la sua operatività (illegittimità, interesse pubblico concreto ed attuale alla rimozione e valutazione delle posizioni giuridiche soggettive consolidate in capo ai destinatari).

Si è detto, dunque, che l'autotutela è il potere riconosciuto alla Pubblica Amministrazione di rimuovere un atto illegittimo e di eliminare *ex tunc* gli effetti del suddetto atto, a differenza di quanto accade per la revoca, che rimuove gli effetti *ex nunc* di un atto, perché ritenuto "*inopportuno*" [22].

---

[19] S. MIRATE, *I limiti dell'affidamento dell'aggiudicatario in caso di annullamento di una gara di appalto*, in *Giorn. dir. amm*., 2022, 4, 524.

[20] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La persistente rilevanza del ruolo dell'interesse pubblico dopo la L. n. 15/2005 e La sua effettiva consistenza*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 120.

[21] M.S. GIANNINI, *Il diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 578.

[22] Il presupposto per la revoca è la sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico (o una rinnovata valutazione di quelle originarie) particolarmente consistenti e preminenti sulle esigenze di tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha diligentemente partecipato alla gara, rispettandone le regole e organizzandosi in modo da vincerla, ed esige, quindi, una motivazione particolarmente convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione comparativa dei predetti interessi (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19.5.2016, n. 2095).

In dottrina, F. GAVIOLI, *Sì alla revoca dell'aggiudicazione se la stazione appaltante evidenzia un risparmio*, in *Quotidiano giuridico*, 27.11.2020; A. PRESTI, *Revoca dell'aggiudicazione definiti-*

La revoca determina l'inidoneità del provvedimento revocato a produrre effetti ulteriori [23] (art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990) ed esige la stessa forma del provvedimento ritirato, infatti, non può assumere una forma implicita, ma deve rivestire la forma del provvedimento revocato (principio dell'accessorietà).

Come per l'autotutela [24], anche la revoca risponde all'esigenza di soddisfare un interesse pubblico, incontrando il limite insuperabile dei diritti soggettivi che siano eventualmente sorti e si siano consolidati in capo al soggetto [25].

La stazione affidante può, dunque, procedere alla revoca dell'aggiudicazione, allorché la gara esperita non risponda più alle esigenze dell'ente e sussista un interesse pubblico, concreto ed attuale, all'eliminazione degli atti divenuti inopportuni, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dell'aggiudicatario nei confronti dell'Amministrazione [26].

In particolare, nel valutare l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, occorrerà tener conto anche dei controinteressati, ovvero di coloro che hanno un interesse contrario all'annullamento dell'atto [27]. Questi ultimi hanno riposto un

---

va: condizioni e presupposti, in *lamministrativista*.it, 28.12.2016, nota a Cons. Stato, sez. III, 29.11.2016, n. 6026.

[23] Sul punto, si rinvia a M. CERUTI, *Contratti della P.A. La revoca dell'intera procedura di gara per potenziale soccombenza è illegittima*, in *Giur. it*., 1, 2022, 173; F. GAFFURI, *La responsabilità per revoca di una gara di appalto*, in *Giur. it*., 6, 2020, 826.

[24] Cfr. A.R. CERRONI, *L'autotutela della stazione appaltante in caso di rifiuto di stipula dell'aggiudicatario*, in *Urb. e app*., 5, 2021, 669; M. BARBERA, *Responsabilità della p.a. Annullamento dell'aggiudicazione e responsabilità precontrattuale*, in *Giur. it.*, 4, 2021, 921.

[25] Il Consiglio di Stato si è espresso sulla eventuale responsabilità dell'amministrazione dalla revoca dell'atto. Se la revoca è dovuta a sopravvenienze di diritto, al privato spetta – sempreché ne ricorrano le condizioni – l'indennizzo da revoca legittima o il risarcimento integrale del danno da revoca giudicata illegittima; se la revoca è disposta per sopravvenienze di fatto, al destinatario dell'originario provvedimento deve essere corrisposto l'indennizzo (circoscritto, nell'ipotesi disciplinata dal comma primo *bis* dell'art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990, al solo "danno emergente"), in caso di revoca legittima, e il risarcimento dei danni (comprensivo dell'interesse positivo, sia in termini di danno emergente che di lucro cessante, in applicazione dell'art. 1223 c.c.), in caso di revoca illegittima; infine nell'ipotesi di revoca penitenziale, all'amministrato deve essere riconosciuto il risarcimento del danno precontrattuale (nei limiti dell'interesse negativo, ancorché comprensivo del lucro cessante, ai sensi dell'art. 1337 c.c.), qualora la revoca, seppur legittima, sia stata disposta contravvenendo ai doveri di protezione e correttezza (tipicamente per inadeguato apprezzamento dei presupposti di fatto e diritto posti a fondamento del provvedimento revocato), o il risarcimento integrale del danno, qualora la revoca sia illegittima (Cons. Stato, sez. V, 10.4.2020, n. 2358).

[26] M. CERUTI, *Contratti della P.A. La revoca dell'intera procedura di gara per potenziale soccombenza è illegittima*, in *Giur. it*., 1, 2022, 173.

[27] Un discorso a parte deve essere effettuato circa la possibilità di modificare il provvedimento di aggiudicazione. In tal caso, infatti, secondo la giurisprudenza "Affinché, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, possa essere apportata allo stesso una modifica sostanziale, è necessario avviare una nuova procedura di aggiudicazione avente ad oggetto l'aggiudicazione dell'appalto così modificato, non potendosi ritenere legittima una modifica apportata mediante trattativa privata fra l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario" (Cons. Stato, sez. VI, 3.5.2018, n. 2630), in *Red. Giuffrè*, 2018.

affidamento legittimo sull'atto e sugli effetti che da esso promanano. Ciò in ragione del fatto che non viene in rilievo solo l'interesse ad ottenere un provvedimento. Rileva, altresì, anche l'interesse ad ottenere un provvedimento favorevole che sia stabile e definitivo [28].

A seguito dell'aggiudicazione, dunque, vi è un arco temporale entro cui la Pubblica Amministrazione può ripensare alla scelta effettuata e, se del caso, ritornare sui suoi passi [29].

Potrà, altresì, tenere conto delle rimostranze fatte presenti dalle imprese partecipanti alla gara e formalizzate nel ricorso. Sono fatte salve le ipotesi eccezionali, in cui l'esecuzione del contratto deve essere effettuata d'urgenza. In particolare, è consentita l'esecuzione d'urgenza per ipotesi tassativamente previste: sono tali quelle situazioni oggettivamente imprevedibili per ovviare a stati di pericolo per persone, animali o cose; per l'igiene o per la salute pubblica o per il patrimonio storico, artistico e culturale.

Il legislatore inserisce anche una clausola di salvezza, prevedendo che l'esecuzione del contratto in via d'urgenza è ammessa anche quando dalla mancata esecuzione immediata della prestazione deriverebbe un grave danno all'interesse pubblico.

L'autotutela può riguardare anche la proposta di aggiudicazione provvisoria, in tal caso l'Amministrazione non è tenuta ad una preventiva comunicazione di avvio del relativo procedimento [30], diversamente da quanto accade per la rimozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva [31].

Il passaggio dalla proposta di aggiudicazione all'aggiudicazione definitiva non è automatico, pertanto, la stazione appaltante che ritiri l'aggiudicazione provvisoria in sede di autotutela o non proceda all'aggiudicazione definitiva, non è tenuta a darne comunicazione al destinatario dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'art. 7, l. n. 241/1990 [32].

---

[28] Sul punto si rinvia allo scritto di G.P. CIRILLO, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Foro amm.*, 7-8, 2016, 1990C.

[29] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 11.10.2018, n. 5863 "*La stazione appaltante, fino al momento dell'aggiudicazione definitiva della gara d'appalto, può sempre riesaminare il procedimento di gara per emendarlo da eventuali errori commessi o da illegittimità verificatesi, senza che ciò possa essere considerata manifestazione del potere di autotutela, che presuppone esaurita la precedente fase procedimentale e l''intervenuta adozione del provvedimento conclusivo della stessa*".

[30] T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. III, 12.6.2020, n. 1158.

[31] T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 14.9.2016, n. 4300.

[32] Cons. Stato, sez. V, 10.10.2018, n. 5834: "*Nell'ambito delle gare pubbliche, la revoca dell'aggiudicazione provvisoria, così come pure l'annullamento, non richiede la previa comunicazione di avvio del procedimento, trattandosi di atto endoprocedimentale che si inserisce nel procedimento di scelta del contraente come momento necessario, ma non decisivo; soltanto l'aggiudicazione definiti-*

Tuttavia, sulla possibilità di esercitare l'autotutela con riguardo alla proposta di aggiudicazione provvisoria non vi è uniformità di orientamenti, infatti, una parte della giurisprudenza, ha asserito che "la mancata conferma dell'aggiudicazione provvisoria non dà luogo all'esercizio di alcun potere in via di autotutela [33] tale da richiedere il raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, con conseguente puntuale obbligo di motivazione in capo all'amministrazione" [34].

Il predetto *decisum* muove dall'assunto che, in caso di proposta di aggiudicazione provvisoria, non è in alcun modo prospettabile un affidamento del destinatario [35], in quanto tale atto non è conclusivo del procedimento ad evidenza pubblica e non vi è, dunque, lo svolgimento di alcun procedimento di secondo grado (che comporterebbe la necessità di una comunicazione di avvio del procedimento, nonché una motivazione adeguata sulla rimozione dell'atto emanato). Resterebbe, quindi, esclusa l'applicazione delle regole previste dall'art. 21-*quinques* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990, che prescrivono rispettivamente il potere di revoca e di annullamento d'ufficio, e ciò in considerazione della natura di atto endoprocedimentale della proposta di aggiudicazione a cui non possono applicarsi le regole sul provvedimento amministrativo [36].

Si giunge, pertanto, alla seguente conclusione: la proposta di aggiudicazione provvisoria è un atto endoprocedimentale, con effetti interinali ed instabili, che si presenta come un atto necessario ma non decisivo. Soltanto la scelta del contraente tramite aggiudicazione definitiva produce effetti stabili e definitivi nella sfera giuridica dell'interessato e, pertanto, può ingenerare un legittimo affidamento.

---

va, infatti, attribuisce in modo stabile il bene della vita ed è, pertanto, idonea ad ingenerare un affidamento in capo all'aggiudicatario, imponendo l'instaurazione del contraddittorio procedimentale".

[33] Sul punto F. GAVIOLI, *La stazione appaltante può revocare l'aggiudicazione provvisoria anche senza avviare il procedimento*, in *Quotidiano giuridico*, 7.2.2018.

[34] Cons. gius. amm. sic., 16.5.2022, n. 584; T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 2.2.2021, n. 702; Cons. Stato, sez. II, 20.11.2020, n. 7230; T.a.r. Veneto, Venezia, sez. II, 16.6.2020, n. 508; T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 16.5.2020, n. 164.

[35] Cons. Stato, sez. V, 11.10.2018, n. 5863: "*Qualora, nell'ambito di una gara d'appalto, non sia confermata l'aggiudicazione provvisoria, non è possibile esercitare alcun potere in via di autotutela, tale da richiedere il confronto tra l'interesse pubblico e quello privato e il conseguente puntuale obbligo di motivazione in capo all'amministrazione, ciò in quanto non è prospettabile un affidamento del destinatario dell'aggiudicazione provvisoria, trattandosi di un atto che non è conclusivo del procedimento di evidenza pubblica*".

[36] La proposta di aggiudicazione provvisoria costituisce un evento fisiologico, inidoneo ad ingenerare un affidamento tutelabile all'aggiudicazione definitiva, con il conseguente obbligo risarcitorio. In tali termini, Cons. Stato, sez. V, sent. 19.7.2016, n. 3646.

4. L'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione

Il provvedimento di aggiudicazione può essere annullato o revocato dalla Pubblica Amministrazione, ma può anche accadere che il soggetto non aggiudicatario chieda un accertamento sulla legittimità del provvedimento di aggiudicazione.

Il provvedimento *de quo*, infatti, può essere oggetto di impugnazione da parte di colui che si senta leso dalla decisione della stazione appaltante. Il fondamento costituzionale di tale tutela è, di certo, ravvisabile nell'art. 113, primo comma, laddove prevede che contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Si tratta, altresì, di un diritto inviolabile (art. 2 Cost.) e principio supremo dell'ordinamento fondato sull'art. 24, primo comma, Cost.

Al pari di ogni altra azione giudiziale, anche nel caso di specie, assume rilevanza il c.d. interesse ad agire del soggetto ricorrente [37]. Sulla nozione di interesse ad agire si è espressa più volte la giurisprudenza comunitaria, affermando che l'interesse è desumibile per chiunque abbia preso parte alla gara, mentre risulta escluso a priori per chi non abbia presentato alcuna offerta [38].

La giurisprudenza comunitaria fa espresso riferimento ad un interesse meramente strumentale alla rinnovazione della gara, che si desume dalla sola presentazione della domanda di partecipazione, che si contrappone all'interesse finale e che si configura ogniqualvolta l'interessato aspira all'aggiudicazione della gara [39].

Di gran lunga più stringente, appare, invece, la giurisprudenza nazionale, che richiede un interesse c.d. qualificato, che sia diretto, concreto ed attuale.

In particolare, occorre che l'annullamento degli atti gravati risulti idoneo ad apportare al ricorrente un'effettiva utilità, con l'onere per il ricorrente di dimostrare a priori che, se le operazioni si fossero svolte correttamente, sarebbe risultato con certezza aggiudicatario (Cons. Stato, sez. III, 17.12.2015, n. 5717, in *www.dejure.it*).

---

[37] F. GOISIS, *Il contenzioso appalti nella prospettiva dell'Unione Europea: verso una giurisdizione (primariamente) di diritto oggettivo*?, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2022, 394; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere del concorrente escluso dalla gara: la Cassazione sceglie il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1, 2021, 179.

[38] Corte Giust. UE, 2.9.2021, in cause riunite C-721/19 e C-722/19, Sisal SpA, punto 60.

[39] L'utilità finale che l'operatore economico intende conseguire attraverso il giudizio avverso gli atti della procedura di aggiudicazione è l'affidamento dell'appalto, quale che sia il provvedimento impugnato e, nel caso di atto diverso dall'aggiudicazione, quale che sia l'utilità strumentale immediatamente perseguita (nel caso, ad esempio, dell'impugnazione dell'esclusione è la riammissione alla procedura); passaggio necessario, a tal fine, è comunque l'eliminazione dell'aggiudicazione ad altro concorrente. Cfr. Cons. Stato, sez. III, 18.4.2019, n. 2534; Cons. Stato, 14.7.2014, n. 3656.

Il ricorso avverso l'esclusione da una gara è affetto da improcedibilità qualora non venga impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva. Più nel dettaglio, nel processo amministrativo, il ricorso avverso la esclusione da una gara pubblica è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse allorché non sia impugnata, nonostante la tempestiva comunicazione, l'aggiudicazione definitiva dell'appalto, che costituisce l'atto che rende definitiva la lesione dell'interesse azionato dal soggetto escluso; infatti, l'eventuale annullamento della esclusione, che ha effetto viziante e non caducante, lasciando sopravvivere l'aggiudicazione non impugnata, non è idoneo ad attribuire al ricorrente alcun effetto utile.

Resta, tuttavia, esclusa l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione se sono stati impugnati gli atti, a monte, di indizione della gara, in quanto l'annullamento del bando travolge anche il provvedimento di aggiudicazione. In particolare, l'accoglimento dei motivi diretti alla caducazione di norme generali della *lex specialis*, produce un effetto caducante dell'intera procedura [40].

In tal senso, occorre sottolineare che sussiste una connessione endoprocedimentale tra la fase di ammissione e quella di aggiudicazione, che si fonda su di un nesso di presupposizione, tale che il vizio della prima riverbera, per derivazione, sulla seconda.

Perciò, l'aggiudicazione sopravvenuta, adottata in pendenza del ricorso proposto avverso l'esclusione, non solo può, ma deve essere contestata, con l'ordinario e tempestivo rimedio impugnatorio, ai fini della procedibilità del ricorso: a questo farebbe altrimenti difetto l'interesse ad agire [41].

Per quanto concerne il termine di decadenza, vale la regola generale, secondo la quale il termine per l'impugnazione del provvedimento inizia a decorrere dalla effettiva conoscenza dell'atto lesivo. L'interessato, dunque, potrà proporre impugnazione entro trenta giorni dalla avvenuta "conoscenza piena" del provvedimento di aggiudicazione [42].

---

[40] Nel caso in cui venga impugnata l'aggiudicazione di una gara pubblica, non possono essere fatti valere vizi riguardanti la fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, poiché in tal caso l'eventuale accoglimento comporterebbe la regressione del procedimento alla fase appunto di ammissione, con evidente lesione dei principi di efficienza, speditezza ed economicità, oltre che di proporzionalità del procedimento di gara. Cons. Stato, sez. V, 27.7.2020, n. 4758; Cons. Stato sez. III, 20.8.2018, n. 4983, in *Mass. Red*., 2018.

[41] Con. Stato, sez. III, sent. 20.5.2020, n. 3200; Cons. Stato, sez. V, 31.7.2019, n. 5420; Cons. Stato, sez. III, 18.4.2019, n. 2534.

[42] Per conoscenza deve intendersi la cognizione degli elementi essenziali, del dispositivo e delle ragioni che sorreggono la determinazione della Pubblica Amministrazione. La pubblicazione degli esiti della gara sul sito on line della stazione appaltante non comporta la decorrenza del termine per proporre ricorso avverso l'aggiudicazione. La comunicazione individuale costituisce l'unico adempimento idoneo ad individuare il *dies a quo* e, nel caso in cui non sia stata effettuata, deve ritenersi che il termine per impugnare il provvedimento di aggiudicazione inizi a decorrere dal momento in cui l'interessata ne ha avuto conoscenza piena e non dal momento, eventualmente, successivo, in cui

La giurisprudenza del Consiglio di Stato si è espressa sulla nozione di piena conoscenza, asserendo che non debba essere intesa come conoscenza integrale, ma è sufficiente la percezione dell'esistenza di un provvedimento amministrativo e degli aspetti che ne rendono evidente la lesività nella sfera giuridica del ricorrente (Cons. Stato, sez. III, 27.10.2021, n. 7178).

L'interesse al ricorso, dunque, nasce con l'aggiudicazione, perché solo in tale momento il concorrente può dolersi di una effettiva lesione della propria situazione giuridica (cfr. Cons. Stato, sez. III, 1.8.2014, n. 4067) [43].

Per quanto concerne il profilo risarcitorio, il danno da mancata aggiudicazione comprende il danno emergente, posto che i costi per la partecipazione alla gara sono destinati, di regola, a restare a carico del concorrente [44].

Spetta, per contro, anche il lucro cessante, che si identifica con il c.d. interesse positivo e che ricomprende: il mancato profitto, cioè a dire l'utile che l'impresa avrebbe ricavato, in base alla formulata proposta negoziale ed alla propria struttura dei costi, dalla esecuzione del contratto; il danno c.d. curriculare, derivante dall'impossibilità di arricchimento della propria storia professionale ed imprenditoriale, con conseguente potenziale perdita di competitività in relazione a future occasioni contrattuali.

Assume, tuttavia, rilevanza il tempo che intercorre tra la proposta negoziale di aggiudicazione e l'atto successivo, per comprendere se l'interessato abbia o meno riposto un legittimo affidamento. Come anticipato, il ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva, di regola, deve essere proposto nel termine di 30 giorni, decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79, accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al secondo comma, lett. c), dello stesso art. 79.

Quindi, nel caso di comunicazione incompleta, la conoscenza utile ai fini della decorrenza del termine, coincide con la cognizione, acquisita in sede di accesso, degli elementi oggetto della comunicazione, senza che sia necessaria l'estrazione delle relative copie [45]. Il ricorso non può comunque essere proposto ol-

---

la Stazione appaltante abbia concluso con esito positivo la verifica del possesso dei requisiti di gara in capo all'aggiudicatario. E ciò in considerazione del fatto che l'aggiudicazione, da un lato, fa sorgere in capo all'aggiudicatario un'aspettativa di diritto alla stipulazione del contratto di appalto subordinata all'esito positivo della verifica del possesso dei requisiti e, dall'altro, produce nei confronti degli altri partecipanti alla gara un effetto immediato, consistente nella privazione definitiva, salvo interventi in autotutela della Stazione appaltante o altre vicende comunque non prevedibili né controllabili, del bene della vita cui aspirano, rappresentato dall'aggiudicazione della gara. Cfr. Corte Giust. UE, sez. IX, 24.2.2022, n. 532; T.a.r. Napoli, Campania, sez. I, 11.5.2021, n. 3116; T.a.r. Trentino-Alto Adige, Bolzano, sez. I, 3.10.2016, n. 273.

[43] Sul punto anche Cons. Stato, sez. V, sent. 31.3.2020, n. 2183 (ud. 9.1.2020).

[44] Cons. Stato, sez. V, 2.1.2019, n. 14.

[45] Sul punto si veda A. CAVINA, *Termine di impugnazione dell'aggiudicazione per vizi conoscibili in esito all'accesso: il principio della "dilazione temporale" alla prova dei fatti*, in *Urb. e app.*,

tre il termine di quaranta giorni dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione [46].

Giova ricordare che il Consiglio di Stato ha poi confermato che, l'importo complessivo dovuto a titolo di risarcimento dei danni sofferti dal partecipante alla gara pubblica, al quale è stata illegittimamente negata l'aggiudicazione dell'appalto, va incrementato degli interessi legali dalla data della pubblicazione della sentenza a quella dell'integrale pagamento; non invece della rivalutazione monetaria, se il ricorrente non dà la prova del maggior danno (Cons. Stato, sez. IV, 14.3.2016, n. 992).

In più, il Consiglio di Stato, con riferimento ai soggetti aventi diritto al risarcimento del danno, ha precisato che "*rispetto all'impugnazione di atti di esclusione da procedure di affidamento di contratti pubblici non sono configurabili posizioni di controinteresse, se non quando la gara sia stata definitivamente aggiudicata, e nei soli confronti del concorrente aggiudicatario, e non del secondo graduato*" (Cons. Stato, sez. V, 25.2.2016, n. 771). Il dovere di correttezza, nella decisione, risponde al noto brocardo *nemo venire contra factum proprium*, in quanto si impone all'Autorità di ponderare comparativamente l'affidamento del privato con gli altri interessi coinvolti [47].

La lesione di interessi legittimi per effetto dell'adozione di un provvedimento illegittimo configura "*una responsabilità non avente natura né contrattuale né extracontrattuale, ma oggettiva, sottratta ad ogni possibile esimente, poiché derivante dal principio generale funzionale a garantire la piena ed effettiva tutela degli interessi delle imprese, a protezione della concorrenza, nel settore degli appalti pubblici*" (Cons. Stato, sez. V, 8.11.2012, n. 5686). È necessaria la c.d. prova di resistenza, essenziale per la dimostrazione dell'interesse al ricorso che, come noto, costituisce condizione dell'azione *ex* art. 100 c.p.c., rilevabile anche d'ufficio e in sede di appello.

Si è discusso se l'azione risarcitoria promossa nei confronti della stazione appaltante possa dare origine ad un procedimento di revisione dell'atto emesso dalla Pubblica Amministrazione. Tuttavia, sarebbe condivisibile una risposta negativa,

---

5, 2022, 682; G. LA ROSA, *L'incerta decorrenza del termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione*, in *Urb. e app*., 1, 2020, 65; M. MARCHESE, *Aggiudicatario: una tutela imperfetta. Parte processuale*, in *Esec. forz*., 4, 2020, 935; E. MERCURIO, *Aggiudicatario: una tutela imperfetta. Parte sostanziale*, in *Esec. forz*., 3, 2020, 652.

[46] Cons. Stato, sez. V, 23.7.2018, n. 4442: "*Nelle procedure ad evidenza pubblica la mera pubblicazione della delibera di aggiudicazione all'albo pretorio non è idonea, nel sistema previsto dall'art. 79, co. 5, d.lg. 163/2006, a determinare la decorrenza del termine d'impugnazione, tale termine infatti decorre dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva a tutti gli interessati*", in *Red. Giuffrè*, 2018.

[47] S. TARULLO, *Il principio di leale collaborazione procedimentale, Solidarietà e correttezza della dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008, 348.

muovendo dall'assunto che l'azione risarcitoria potrebbe essere promossa anche a distanza di tempo e l'impresa esclusa potrebbe non avere più interesse ad ottenere una reintegra, quando, ad esempio, il contratto sia interamente eseguito [48].

E, d'altronde, il giudice amministrativo è chiamato all'accertamento dell'illegittimità del provvedimento adottato e non anche alla disapplicazione dello stesso.

Ciò anche in ragione del fatto che l'aggiudicazione ha, a sua volta, prodotto effetti nei confronti dell'impresa aggiudicatrice che ha riposto un affidamento legittimo in quel provvedimento.

L'interesse dell'impresa esclusa è di essere risarcita di tutti i danni patiti [49], in termini di danno emergente, inteso come pregiudizio derivante da un'ingiusta esclusione, e lucro cessante, ovverosia la perdita di *chance* [50], oltreché della possibilità di stipulare un contratto di appalto. Decorso il tempo utile per impugnare il provvedimento di aggiudicazione e superata la fase dei controlli, si addiviene alla stipulazione del contratto di appalto.

Per quanto riguarda la competenza a conoscere della causa, occorre sottolineare che il procedimento di aggiudicazione della gara di appalto si caratterizza per la sussistenza di una netta separazione tra la fase procedimentale, che si conclude con il provvedimento di aggiudicazione, e la fase strettamente privatistica, che si esplica attraverso la stipulazione del contratto di appalto.

Da tale distinguo deriva una differente applicazione della disciplina, perché nel primo caso la situazione giuridico-soggettiva che si configura è di interesse legittimo, nella seconda fase si tratta di diritti soggettivi. Ne consegue anche una differente forma di tutela, con la competenza rispettivamente del giudice amministrativo o del giudice ordinario.

Nell'aggiudicare una gara pubblica, l'Amministrazione, come si è più volte sottolineato, deve perseguire una serie di obiettivi e considerare il contraente che persegua al meglio gli obiettivi fissati dal bando di gara, ma non è escluso che le

---

[48] G. IUDICA, *Brevi note in tema di proposizione dell'azione risarcitoria per invalidità del permesso di costruire, termine di decadenza e certezza dei rapporti di diritto pubblico*, nota a T.a.r. Torino, sez. II, 17.12.2015, n. 1747, in *Riv. giur. edil.*, 3, 2016, 0179B.

[49] Cfr. Cass. civ., sez. un., 29.5.2017, n. 13454.

[50] Cons. Stato, sez. V, 18.6.2018, n. 3733: "*Ai fini della quantificazione del risarcimento per la perdita di chance causata dall'illegittima condotta dell'amministrazione, occorre stabilire la misura percentuale della probabilità di aggiudicazione per l'interessato, tenendo conto della fase della procedura in cui è stato adottato l'atto illegittimo e di come si sarebbe evoluta nel proseguo; per beneficiare del risarcimento per equivalente, infatti, la chance di aggiudicazione dell'interessato ha effettivamente raggiunto un'apprezzabile consistenza, consistente in una probabilità seria e concreta o anche in una elevata probabilità di aggiudicazione del contratto, mentre in presenza di una mera possibilità di aggiudicazione, vi è solo un ipotetico danno che non risulta meritevole di reintegrazione*" in *Red. Giuffrè*, 2018.

Amministrazioni nazionali, nel definire le modalità di aggiudicazione di un contratto, possano perseguire obiettivi diversi da quelli strettamente economici, ad esempio di carattere sociale o ambientale.

Tuttavia, affinché il perseguimento di tali obiettivi sia legittimo, occorre rispettare i principi generali di imparzialità, trasparenza e proporzionalità, onde evitare che si producano discriminazioni illegittime.

5. La non giustiziabilità della proposta di aggiudicazione provvisoria

Come si è affermato in precedenza, l'aggiudicazione si presenta quale atto tipizzato dal legislatore e si colloca nell'ambito di una sequenza procedimentale che conduce alla sottoscrizione del contratto di appalto.

L'art. 32 del d.lgs. n. 50/2016 ha eliminato la tradizionale categoria della "aggiudicazione provvisoria" (anche al fine di evitare confusioni terminologiche con la aggiudicazione definitiva), ma distingue solo tra: la proposta di aggiudicazione, che è quella adottata dal seggio di gara, ai sensi dell'art. 32, quinto comma, e l'aggiudicazione *tout court*, che è il provvedimento conclusivo di aggiudicazione (T.a.r. Lazio, Roma, sez. I *bis*, 14.6.2022, n. 7826) [51].

La proposta di aggiudicazione ha natura di atto endoprocedimentale, strumentale all'emanazione del provvedimento finale; si tratta, quindi, di un passaggio intermedio che si inserisce nella procedura di scelta del contraente quale momento necessario, ma non decisivo, atteso che la definitiva individuazione dell'affidatario si cristallizza soltanto con l'aggiudicazione definitiva, atto conclusivo della gara, autenticamente il solo idoneo ad attribuire in modo stabile il bene della vita oggetto di interesse.

Lo schema proposta di aggiudicazione – aggiudicazione origina una fattispecie a formazione progressiva.

Si tratta, dunque, di un atto che si inserisce in una fase procedimentale [52], non autonomamente impugnabile, perché produce effetti instabili e interinali che non fanno sorgere l'interesse ad impugnare [53].

---

[51] T.a.r. Lazio, Roma, sez. I *bis*, 14.6.2022, n. 7826, in *Quotidiano giuridico*, 27.6.2022.

[52] L. IEVA, *La garanzia provvisoria (nella gara) assicura la stipulazione del contratto dopo la gara, non altre vicende (intranee alla gara),* in *Urb. e app*., 4, 2022, 473; F. GAVIOLI, *Aggiudicazione provvisoria: la stazione appaltante non è tenuta a pagare i risarcimenti*, in *Quotidiano giuridico*, 22.8.2017.

[53] L'art. 120, comma secondo *bis*, c.p.a., vieta di impugnare la proposta di aggiudicazione provvisoria. Sul punto si rinvia a Cons. Stato, sez. III, sent. 26.1.2018, n. 565.

Ne consegue che la stazione appaltante che si determini al ritiro o all'annullamento della proposta di aggiudicazione, avente per sua natura, efficacia destinata ad essere superata con l'emanazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, conclusiva del procedimento, non determina un *vulnus* in capo al soggetto beneficiato, per cui non risulta necessario comunicare l'intenzione di procedere all'annullamento di tale atto endoprocedimentale; parimenti, non sussiste la violazione dell'art. 21-*nonies*, l. 7.8.1990, n. 241 e/o dei principi in materia di autotutela, perché il potere di autotutela contemplato dalla predetta norma si riferisce esclusivamente all'annullamento dei provvedimenti conclusivi del procedimento (T.a.r. Lombardia, Milano, sez. IV, n. 1670/2016).

Più precisamente si tratterebbe di "ritiro" della proposta di aggiudicazione e non di annullamento, dal momento che la proposta è subordinata all'approvazione da parte dell'organo competente. Come testualmente previsto, infatti, la stazione appaltante, una volta ricevuta la proposta di aggiudicazione presentata dal RUP, ha trenta giorni per approvarla, salva eventuale interruzione del termine per richiesta di chiarimenti o documenti (art. 33, primo comma, d.lgs. n. 50/2016). È pur vero che l'approvazione della proposta di aggiudicazione non equivale ad efficacia dell'aggiudicazione, in quanto occorre procedere alla verifica dei requisiti in capo all'operatore economico e, qualora il RUP non ravvisasse i suddetti requisiti di carattere generale e speciale, verrebbe meno l'aggiudicazione.

Ne deriva che solo il provvedimento di aggiudicazione definitiva è autonomamente impugnabile, dal momento che soltanto esso è lesivo in via diretta ed immediata degli interessi del destinatario [54]. L'ordinamento giuridico, infatti, ha delineato un complesso sistema di garanzie applicabili al periodo compreso tra l'aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto. Il suddetto sistema di garanzie non riguarda, invece, l'arco temporale c.d. interinale, che va dalla proposta di aggiudicazione provvisoria all'aggiudicazione definitiva. Quest'ultima, tuttavia, non è da ritenersi atto meramente confermativo, bensì un provvedimento autosufficiente che, sebbene riproduca i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, comporta comunque una nuova ed autonoma valutazione degli interessi pubblici sottostanti.

La proposta di aggiudicazione e l'aggiudicazione definitiva sono atti adottati da organi differenti e tra essi non sussiste alcun rapporto di interdipendenza funzionale, ma sono dotati di piena autonomia. Quanto detto offre una spiegazione anche all'ipotesi in cui alla proposta di aggiudicazione provvisoria non faccia seguito fisiologicamente un provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Appare allora chiaro che, nonostante il tentativo riformistico del legislatore, la

---

[54] L'aggiudicazione definitiva produce effetti stabili e non aleatori. Sul punto si rinvia a F. GAVIOLI, *Appalto, indagini penali in corso: legittima la revoca dell'appalto*, in *Quotidiano giuridico*, 3.8.2017.

proposta di aggiudicazione non è sostanzialmente differente dalla pregressa "aggiudicazione provvisoria", permanendo, dunque, le differenze soltanto da un punto di vista meramente semantico. Il legislatore, infatti, non è intervenuto sulla disciplina, né ha definito il perimetro di giustiziabilità della stessa. Restano, pertanto, i soli approdi giurisprudenziali a disciplinare *subiecta materia.*

6. Il potere di controllo dell'ANAC nei contratti di appalto pubblico

Tra i poteri attribuiti all'ANAC vi è quello di intervenire nei confronti dei soggetti aggiudicatari ogni qual volta si ravvisino fatti di corruzione [55]. Il potere di controllo dell'ANAC [56] non si realizza mediante l'espressione di un consenso, ma si esaurisce nel mero riscontro della sussistenza dei requisiti legali, con conseguente iscrizione, che consolida una legittimazione già assicurata mediante presentazione della domanda. L'attività di vigilanza, anche a carattere settoriale, è svolta sia d'ufficio sia su segnalazione, eventualmente attraverso accertamenti svolti anche dagli ispettori, nonché sulla base di programmi annuali appositamente redatti.

L'Autorità nazionale anticorruzione che, come è noto, ha il compito di garantire trasparenza e correttezza nei procedimenti ad evidenza pubblica e di prevenire forme di corruzione, può intervenire mediante la rimozione e attraverso il commissariamento della *governance* dell'impresa con riguardo al contratto pubblico in questione [57].

Si tratta di un intervento finalizzato ad evitare la risoluzione del contratto di appalto in ossequio ad un principio di conservazione dei negozi giuridici [58]. Qualora la compromissione riguardi un singolo individuo, l'ANAC dispone l'allontanamento di quest'ultimo e la rinnovazione dell'organo sociale nel termine di trenta giorni ovvero, nei casi più gravi, di dieci giorni.

---

[55] F. BUCCHI, *Gara d'appalto di lavori. Varianti, lavori aggiuntivi e pareri di precontenzioso Anac*, in *Giur. it.*, 8-9, 2022, 1926; A. DI CAGNO, *Gli effetti del parere di precontenzioso Anac sul potere di riesame dell'atto amministrativo*, in *Urb. e app*., 4, 2022, 505; E. D'ALTERIO, *I poteri sanzionatori in materia di contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm*., 1, 2022, 99, nota a Cons. Stato, sez. VI, 31.8.2021, n. 6119.

[56] Talvolta, l'ANAC può disporre anche l'annullamento dell'atto. Sul punto A. DI CAGNO, *Gli effetti del parere di precontenzioso dell'Anac sul potere di riesame dell'atto amministrativo*, in *Urb. e app*., 4, 2022, 505.

[57] F. PEIRONE, *La tutela dell'integrità negli appalti pubblici e la giustizia amministrativa.* – Public procurement integrity and the remedies system, in *Foro amm.*, 7-8, 2015, 1940, nota a Cons. Stato, sez. IV, 20.1.2015, n. 143.

[58] A. NARDONE, *I poteri di vigilanza, controllo e regolazione dell'Anac: natura giuridica e strumenti di tutela*, in *Foro amm*., 6, 2019, 1131; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, 499 ss.

In caso di inottemperanza all'ordine di rinnovazione, ovvero qualora la rinnovazione non garantisca l'integrità e la moralità dell'impresa, si procede ad una misura più invasiva ovvero alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa. Ciò è quanto risulta dall'art. 32 del d.l. n. 90/2014, che prevede le ipotesi di sostituzione del soggetto "compromesso" al fine di garantire certezza giuridica, trasparenza e correttezza. Si tratta di uno strumento "straordinario" per il perseguimento dell'"ordinaria" correttezza. La *ratio* della gestione commissariale, di cui all'art. 32 del d.l. n. 90/2014, non è quella di privare la stazione appaltante di ogni potere circa la risoluzione o la prosecuzione del rapporto una volta disposta la gestione straordinaria e temporanea dell'impresa, sia nell'ipotesi generale di cui all'art. 32, primo comma (procedimenti o processi per taluni reati o situazioni anomale sintomatiche di condotte illecite) che in quella particolare del decimo comma (informativa antimafia), atteso che il medesimo decimo comma ha, invece, inteso consentire eccezionalmente al Prefetto di valutare l'adozione della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o dell'accordo contrattuale o della concessione, ove l'impresa non rinnovi gli organi sociali o, nei casi più gravi, anche in via immediata e diretta, in ragione delle esigenze funzionali alla realizzazione dell'opera pubblica, al servizio o alla fornitura oggetto del contratto ovvero dell'accordo contrattuale e, comunque, non oltre il collaudo. Pertanto, pur se sia già stato disposto dal Prefetto il commissariamento straordinario dell'impresa aggiudicataria, la stazione appaltante conserva la potestà di procedere all'annullamento dell'aggiudicazione, ove, a seguito delle indagini effettuate in sede penale, essa risulti essere stato il frutto di turbativa d'asta. Nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per i delitti di cui agli artt. 317 c.p., 318 c.p., 319 c.p., 319-*bis* c.p., 319-*ter* c.p., 319-*quater* c.p., 320 c.p., 322 c.p., 322-*bis* c.p. 346-*bis* c.p., 353 c.p. e 353-*bis* c.p., ovvero, in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o ad un contraente generale, il Presidente dell'ANAC ne informa il procuratore della Repubblica e, in presenza di fatti gravi e accertati anche ai sensi dell'art. 19, quinto comma, lett. a) del presente Decreto, propone, al Prefetto competente in relazione al luogo in cui ha sede la stazione appaltante, alternativamente, la rinnovazione o la gestione straordinaria. Nel primo caso, si chiede al Prefetto di ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto o della concessione. Nella seconda ipotesi, si chiede di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione.

Secondo la giurisprudenza, le misure interdittive a carico di enti e società sono

efficaci dal momento della loro notifica e non invece all'atto della comunicazione all'autorità di vigilanza. La precisazione arriva dalla Cassazione, che delimita così la durata delle ordinanze per evitare un'estensione, per via burocratica, dei provvedimenti chiesti dalla Procura nell'ambito di indagini penali. Per la Corte, la comunicazione all'ANAC non ha effetto costitutivo dell'interdittiva, ma solo "*di mera pubblicità notizia funzionale ai poteri di controllo e vigilanza che all'Autorità competono*" [59].

La scelta di nominare un commissario per garantire la regolare esecuzione dell'appalto pubblico, come alternativa alla risoluzione del contratto, viene giustificata dalla necessità di evitare effetti sull'erogazione di "*servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali*" e per i "*livelli occupazionali*" o relative a lavori in avanzato stato di esecuzione [60].

In via residuale, qualora i fatti corruttivi non riguardino i soggetti in posizione "apicale" o titolari del potere di amministrazione dell'impresa, è possibile l'adozione di una misura di sostegno e monitoraggio dell'impresa. In particolare, il Prefetto provvede alla nomina di un numero di esperti non superiore a tre, dotati dei requisiti di professionalità e onorabilità. Gli esperti hanno il compito di fornire all'impresa delle direttive e indicazioni secondo modelli di trasparenza (art. 32, punto 8, d.l. n. 90/2014).

Più nel dettaglio, la gestione commissariale, espressamente qualificata come attività di pubblica utilità (poiché essa risponde, in via prioritaria, all'interesse generale di assicurare la realizzazione dell'opera) è volta, attraverso l'intervento del Prefetto, non soltanto a garantire l'interesse pubblico alla completa esecuzione dell'appalto, ma anche a sterilizzare la gestione del contratto, oggetto del procedimento penale, dal pericolo di acquisizione delle utilità illecitamente captate in danno della pubblica amministrazione.

E non si è mancato di sottolineare che, sotto tale profilo, l'istituto si manifesta come uno strumento di autotutela contrattuale previsto direttamente dalla legge [61]. In altri termini, questa speciale forma di commissariamento riguarda soltanto il contratto (e la sua attuazione) e non anche la *governance* dell'impresa in quanto tale, ed in ciò si distingue dalle misure di prevenzione patrimoniali disposte ai sensi del d.lgs. n. 159/2011 (c.d. Codice antimafia). Il Commissariamento è una vera e propria misura cautelare che può essere emanata non soltanto quando sia stata accertata la responsabilità della *governance* dell'impresa, ma anche quando l'ANAC abbia rilevato una situazione anomala sul piano dell'integrità dell'aggiudicatario [62].

---

[59] Cass. pen., sez. VI, 21.3.2017, n. 15578, in *Guida dir.*, 17, 2017, 37.

[60] G.M. Racca, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2-3, 2015, 345.

[61] Cons. Stato, sez. III, 10.1.2018, n. 93, in *Massima redazionale*, 2018.

[62] F. Peirone, *op. ult. cit.*

La soglia di tutela viene anticipata ad un momento precedente alla commissione di un fatto che costituisce reato proprio, perché nell'ambito dei contratti pubblici occorre intervenire mediante misure atte anche solo a prevenire ed evitare fenomeni di corruzione. In primo luogo, si mira alla protezione delle risorse pubbliche impiegate in un singolo contratto, rappresentando una delle più avanzate frontiere in tema di prevenzione dell'illegalità nella contrattazione pubblica, poiché è una misura efficace in quanto rapida, essendo limitata ad avere efficacia fino all'ultimazione del contratto "compromesso" o meglio fino al suo collaudo.

In secondo luogo, i nuovi amministratori subentrano pienamente nella gestione dell'impresa, seppur temporaneamente e a fini di pubblica utilità. Persino l'eventuale utile derivante dal contratto di appalto è accantonato in un apposito fondo, non potendo essere distribuito fino all'esito dei giudizi in sede penale e ciò al fine di impedire che l'esigenza di proseguire l'appalto possa tradursi in un vantaggio per l'autore dell'illecito.

Questo nuovo istituto sembra attribuire al Presidente dell'ANAC un potere decisamente ampio e incisivo sull'impresa privata e propositivo nei confronti del Prefetto, dal contenuto cautelare e sostanzialmente penalistico ma esonerato dalle garanzie proprie di un accertamento processuale penale. Pur potendosi giustificare una deroga alle garanzie costituzionali in una situazione di urgenza come quella che ha portato all'adozione del d.l. n 90/2014, il rischio si presenta nell'eventualità che le sue disposizioni vengano applicate stabilmente così come formulate.

Si delinea così una figura nuova di commissariamento, attivabile anche in presenza di una probabilità di illecito, purché qualificata, tendente a tutelare l'interesse pubblico alla conclusione delle prestazioni contrattuali nel termine stabilito, a evitare che eventuali indagini o condotte illecite in atto possano pregiudicare la realizzazione di opere di interesse pubblico o prestazioni indifferibili, ma va tenuto in conto anche la necessità di rispettare il principio di libertà economica del privato e soprattutto il suo diritto a difendersi.

Le misure cautelari rispondono anche ad un principio di salvezza dei rapporti giuridici e operano al fine di evitare che venga pregiudicata l'esecuzione del contratto. Parimenti, tale esigenza deve essere soddisfatta, fermo restando la necessità di garantire la correttezza e la trasparenza nei procedimenti ad evidenza pubblica. Ecco che la Pubblica Amministrazione è chiamata nuovamente ad operare un bilanciamento di interessi: l'interesse ad esercitare la libertà di concorrenza e l'interesse all'integrità nei procedimenti ad evidenza pubblica [63]. Lo strumento adoperato per combattere la corruzione nelle gare pubbliche è quello di un ampliamento dei poteri riconosciuti all'ANAC, che è chiamata ad intervenire con funzioni consultive e di verifica preventiva nelle procedure ad evidenza pubblica. Il potere di

[63] Sul tema si rinvia a M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni e applicazioni*, in *Dir. soc*., 4, 2003, 439.

adottare misure interdittive si aggiunge agli ulteriori poteri di cui è titolare l'ANAC e che sono indicati all'art. 211 del Codice dei contratti pubblici: il potere di emettere pareri e il potere di legittimazione attiva [64].

È stata, inoltre, disposta la redazione di un apposito albo, presso l'ANAC, dei componenti delle Commissioni giudicatrici di appalti pubblici e contratti di concessione, che l'autorità sarà tenuta ad aggiornare e disciplinare mediante un regolamento generale.

L'art. 77 del nuovo Codice esclude la possibilità di nominare coloro che, nel biennio antecedente all'indizione della procedura di aggiudicazione, abbiano ricoperto cariche di pubblico amministratore presso la stessa stazione appaltante. I soggetti interessati devono possedere i requisiti di compatibilità e moralità.

7. Prospettive di riforma

Lo "*Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*", presentato dal Consiglio di Stato, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 1 della l. 21.6.2022, n. 78, sebbene non apporti innovazioni alla disciplina dell'aggiudicazione, inserisce nella Parte I, dedicata ai principi generali, quelli di buona fede e legittimo affidamento, tra la stazione appaltante e l'operatore economico, nella fase precedente e successiva all'adozione del provvedimento di aggiudicazione.

In particolare, lo schema del nuovo Codice prevede che nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede.

Tuttavia, in caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti.

Secondo il dettato normativo contenuto nella bozza del nuovo Codice, nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte negoziali dell'operatore economico.

Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito.

---

[64] Sul punto si rinvia a G.M. ESPOSITO, D. MENDOLA, *Commento all'art. 211 D.Lgs. 50/2016*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.M. ESPOSITO, Torino, 2017.

Capitolo Ventiduesimo

La stipulazione del contratto

OLGA RUSSO

SOMMARIO: 1. La stipulazione del contratto e la fase privatistica della contrattazione pubblica. – 2. Il termine per la stipulazione del contratto. – 3. La mancata stipulazione del contratto nei termini. – 3.1. Il sistema delle garanzie in funzione della stipula. – 4. Lo "*stand-still period*". – 5. I procedimenti di controllo e la stipula del contratto. – 6. Le modalità di stipula e la forma del contratto. – 7. La documentazione antimafia e la stipula del contratto. – 8. Prospettive di riforma.

1. La stipulazione del contratto e la fase privatistica della contrattazione pubblica

La stipulazione del contratto segna il passaggio dalla fase pubblicistica del modulo procedimentale dell'evidenza pubblica alla fase privatistica, nella quale la relazione autoritativa di esercizio del potere amministrativo, tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'operatore economico, tende a essere superata ponendo su un piano di parità il soggetto pubblico e quello privato.

E va in tale direzione, in sede di individuazione dei principi comuni, l'art. 30, ottavo comma del Codice dei contratti pubblici, il quale specifica che alla stipula del contratto, oltreché alla successiva fase di esecuzione, "si applicano le disposizioni del Codice civile" per tutto quanto non espressamente previsto dal Codice medesimo.

Il passaggio tra le due fasi, in verità, non è immediato, ma si crea uno iato temporale il cui decorso si riflette non solo sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nella relazione ma anche, chiaramente, secondo quella inscindibile interconnessione amministrativistica tra diritto sostanziale e diritto processuale, sotto il profilo dell'impugnativa giudiziale degli atti conclusivi della fase pubblicistica.

In altri termini, tra l'aggiudicazione definitiva, momento conclusivo della pro-

cedura a evidenza pubblica, e la stipulazione del contratto, momento iniziale del rapporto privatistico tra l'amministrazione e l'aggiudicatario, si instaura una sorta di "zona grigia" in cui le situazioni giuridiche soggettive assumono una natura al limite tra l'interesse legittimo e il diritto soggettivo [1].

La qualificazione soggettiva di cui è titolare l'aggiudicatario diviene decisiva ai fini dell'individuazione degli strumenti utilizzabili per la tutela dei propri interessi, giacché, se si qualifica la posizione in termini di diritto soggettivo, il privato potrebbe esperire l'azione *ex* art. 2932 c.c. al fine di ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso, mentre, se si qualifica la posizione in termini di interesse legittimo, l'impresa può esperire l'azione avverso il silenzio, ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., al fine di ottenere la declaratoria dell'obbligo di provvedere per la stazione appaltante; per la giurisprudenza amministrativa, essendo l'atto di aggiudicazione l'esito a valle del procedimento a evidenza pubblica, ed essendo inidoneo a instaurare una relazione negoziale tra stazione appaltante e privato aggiudicatario, non può che assumere una natura provvedimentale, in particolare di provvedimento amministrativo ampliativo della sfera soggettiva del destinatario [2]. Ne deriva allora che l'aggiudicatario, per effetto dell'aggiudicazione stessa, così come diviene titolare di un interesse legittimo oppositivo alla sua conservazione, diviene al contempo titolare di un interesse legittimo pretensivo alla stipulazione del contratto, sicché nessuna posizione di diritto soggettivo a detta stipula potrà essere riconosciuta all'impresa aggiudicataria [3].

Sotto il profilo squisitamente processualistico, l'art. 133, primo comma, lett. e), n. 1, c.p.a. attribuisce espressamente, e secondo il miglior insegnamento del Giudice delle leggi [4], alla giurisdizione "esclusiva" del giudice amministrativo le

---

[1] *Ex multis*, T.a.r. Sicilia, Catania, sez. I, 1.12.2020, n. 3233; T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 18.7.2019, n. 1349; Cons. giust. amm., reg. sic., sez. giur., 30.7.2018, n. 459; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 3.11.2015, n. 12400.

[2] Sull'aggiudicazione del contratto e la sua natura giuridica, si rimanda più dettagliatamente al relativo contributo nella presente opera.

[3] *Ex multis*, T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 10.7.2018, n. 4563. La sentenza richiama T.a.r. Lazio n. 12400/2015 cit. e Cass. civ., sez. un., 11.1.2011, n. 391, secondo cui "*nelle procedure connotate da concorsualità aventi ad oggetto la conclusione di contratti da parte della pubblica amministrazione spetta al giudice amministrativo la cognizione dei comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e "nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto", tra tali atti essendo compreso anche quello di revoca della aggiudicazione stessa (principio formulato nella sentenza n. 27169/07 e confermato nelle successive decisioni n. 10443/08, n. 19805/08 e n. 20596/08). In ragione di tali concordi orientamenti giurisprudenziali, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha recentemente ritenuto, con sentenza 11 aprile 2014, n. 1781, in una fattispecie simile alla presente (silenzio serbato dall'amministrazione su diffida per la stipulazione di contratto di compravendita immobiliare) che la stipulazione del contratto rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo*".

[4] Corte Cost., 6.7.2004, n. 204: "[…] *nel quadro istituzionale delineato dalla legge fondamentale del nostro Stato, il giudice ordinario è giudice dei diritti e la sua giurisdizione viene meno soltan-*

controversie "*relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative*". La disposizione sembra riflettere la struttura bifasica pubblica/privata degli affidamenti pubblici, l'una, quindi, di spettanza del giudice amministrativo, l'altra del giudice ordinario.

In giurisprudenza, pertanto, si è consolidato l'orientamento per il quale rientrano senza dubbio nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie che radicano le loro ragioni nella serie negoziale successiva alla stipulazione del contratto, cioè non solo quelle che attengono al suo adempimento, e quindi concernenti l'interpretazione dei diritti e degli obblighi delle parti, ma anche quelle volte ad accertare le condizioni di validità, efficacia, nullità o annullabilità del contratto, siano esse inerenti, estranee o sopravvenute alla struttura del contratto, comprese quelle derivanti da irregolarità o illegittimità della procedura amministrativa a monte e le fattispecie di radicale mancanza del procedimento a evidenza pubblica o di sussistenza di vizi che affliggono singoli atti, accertabili incidentalmente da detto giudice, al quale le parti possono rivolgersi senza necessità del previo annullamento da parte del giudice amministrativo [5].

La *querelle* interpretativa consiste piuttosto nel "pre" stipulazione, in particolare per la fase intermedia collocata tra i due momenti dell'aggiudicazione e della stipulazione.

Senza volersi dilungare in questa sede, si evidenzia soltanto che si contrappongono orientamenti giurisprudenziali, anche di legittimità, che, da un lato, interpretando sistematicamente la previsione della giurisdizione esclusiva dell'art. 133, affermano che nelle procedure a evidenza pubblica aventi a oggetto la conclusione di contratti da parte della pubblica amministrazione, spetti al giudice amministrativo la cognizione dei comportamenti e degli atti assunti prima dell'aggiudicazione e anche nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, mentre sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti, nella sola fase successiva afferente all'esecuzione del rapporto;

---

to nei limitati casi in cui la cognizione, in considerazione dell'intreccio, difficilmente districabile per talune controversie, di figure giuridiche attive riconducibili all'una o all'altra categoria, è attribuita al giudice amministrativo, il legislatore ordinario non potrebbe discostarsi da tale modello, attribuendo determinate materie al giudice amministrativo in considerazione della loro rilevanza pubblicistica. E ciò tanto più che il contesto normativo di riferimento, ancorché caratterizzato dalla progressiva estensione dell'area della giurisdizione esclusiva – in buona parte a prescindere dalla qualificazione giuridica della situazione vantata nei confronti della pubblica amministrazione […]".

[5] Cass. civ., sez. un., ord. 13.12.2019, n. 32976, in sede di regolamento di giurisdizione.

dall'altro lato, invece, troviamo decisioni che, interpretando restrittivamente l'art. 133, basano il riparto di giurisdizione della fase intermedia sulla regola generale fissata dall'art. 7, primo e quarto comma, c.p.a., cioè sulla situazione giuridica soggettiva, attribuendo quindi alla cognizione del giudice amministrativo soltanto le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi [6].

2. Il termine per la stipulazione del contratto

L'art. 32, ottavo comma del Codice dei contratti pubblici prevede che, una volta divenuta efficace l'aggiudicazione, a seguito delle verifiche di legge, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti, la stipulazione del

[6] *Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 27.10.2021, n. 7217, in cui si ricostruisce con chiarezza e sistematicità gli orientamenti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e quelli del Consiglio di Stato. In particolare l'interessante pronuncia ricorda che "*(così Cass., sez. un., ord., 4 luglio 2017, n. 16419, e 17 dicembre 2020, n. 28979, che hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario in controversie risarcitorie introdotte rispettivamente dalla pubblica amministrazione per responsabilità precontrattuale del privato affidatario e da quest'ultimo per responsabilità della p.a. per lesione dell'affidamento riposto nella legittimità degli atti di gara, poi revocati o annullati; Cass., sez. un., 5 ottobre 2018, n. 24411, che ha ritenuto vertente in materia di diritti soggettivi, quindi rientrante nella giurisdizione ordinaria, la controversia avente ad oggetto un provvedimento di "decadenza dall'aggiudicazione" adottato dalla stazione appaltante dopo l'aggiudicazione definitiva e prima della stipulazione del contratto; di recente, Cass., sez. un., ord. 17 giugno 2021, n. 17329, che ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario relativamente alla domanda risarcitoria della stazione appaltante conseguente alla violazione dell'obbligo di rinnovare la polizza fideiussoria scaduta prima dell'aggiudicazione*"; ancora precisa che "*La giurisprudenza del Consiglio di Stato interpreta l'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), c.p.a. riferendo l'ambito di applicazione della giurisdizione esclusiva a tutte le fasi della procedura di gara ad evidenza pubblica comprendendovi quella successiva all'aggiudicazione, prima della stipulazione del contratto, e segnatamente ascrive alla propria cognizione le controversie concernenti: – sia l'esercizio di poteri di autotutela tesi alla rimozione degli atti di gara, compresi l'annullamento e la revoca dell'aggiudicazione ex art. 32, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, e le conseguenze che ne derivano in termini risarcitori per la lesione del legittimo affidamento del privato nella legittimità di quegli atti (cfr. C.d.S., Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, nonché le decisioni in tema di risarcimento dei danni per responsabilità precontrattuale della p.a. in caso di revoca, pur legittima, degli atti di gara e/o dell'aggiudicazione: cfr. C.d.S., V, 28 gennaio 2019, n. 697; 13 luglio 2020, n. 4514; 26 aprile 2021, n. 3303; 12 luglio 2021, n. 5274, tra le altre); – sia il provvedimento di "decadenza" dall'aggiudicazione adottato nei confronti dell'aggiudicatario per mancanza dei requisiti, generali o speciali di partecipazione (cfr., tra le tante, già C.d.S., V, 23 febbraio 2015, n. 844) emersa dopo l'aggiudicazione, in occasione della verifica ex art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, ovvero per inottemperanza ad obblighi di allegazione documentale preordinati alla stipulazione del contratto (cfr. C.d.S., V, 29 luglio 2019, n. 5354, e 2 agosto 2019, n. 5498); con conseguente giurisdizione amministrativa in tema di escussione della cauzione provvisoria ed eventuale risarcimento dei danni derivati alla pubblica amministrazione, in qualità di stazione appaltante, dalla mancata stipulazione del contratto imputabile all'aggiudicatario 'decaduto' (cfr. C.d.S., III, 31 agosto 2016, n. 3755, e, di recente, II, 31 dicembre 2020, n. 8546)*".

contratto di appalto o di concessione deve avere luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito a offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario, purché comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto.

È previsto dunque un termine massimo per la stipula, che è di sessanta giorni, tendenzialmente a tutela dell'aggiudicatario, in modo che questi possa calcolare e attuare le proprie scelte imprenditoriali entro tempi certi.

L'ottavo comma dell'art. 32, in verità, è stato oggetto di rilevanti modifiche nel 2020, a opera del Decreto semplificazioni [7] che, tra le varie previsioni, ha sostituito la precedente versione normativa per cui la stipulazione del contratto "aveva luogo" nel termine di sessanta giorni con quella attuale per cui la stipulazione "deve avere luogo" [8] nel termine dei sessanta giorni.

La giurisprudenza amministrativa ha pacificamente ritenuto che, l'infruttuoso decorso del termine massimo previsto per la sottoscrizione del contratto di appalto, non precluda affatto la possibilità di stipularlo, stante la natura meramente ordinatoria dello stesso [9]. Probabilmente la modifica terminologica, con tanto di consequenziale previsione di profili di responsabilità come a breve si illustrerà, dovrebbe far orientare oggi verso differenti qualificazioni.

La data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, costituisce altresì una delle comunicazioni d'ufficio da fare ai partecipanti alla procedura, cui sono tenute le stazioni appaltanti ai sensi dell'art. 76 del Codice [10]; in particolare, la data di stipula va comunicata dalla stazione appaltante immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni: all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione o sono in termini per presentare impugnazione, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva.

---

[7] D.l. 16.7.2020, n. 76, "*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*" (*G.U.* n. 178 del 16.7.2020, suppl. ord. n. 24).

[8] Art. 4, primo comma, lett. a), d.l. n. 76/2020: "*All'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al primo periodo, le parole 'ha luogo' sono sostituite dalle seguenti 'deve avere luogo'* […]".

[9] *Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 14.7.2022, n. 5991; T.a.r. Roma, sez. II, 9.5.2022, n. 5733.

[10] Art. 76, quinto comma: "*Le stazioni appaltanti comunicano d'ufficio immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni*: […] *d) la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, ai soggetti di cui alla lettera a) del presente comma*". L'art. 76 si occupa dell'informazione dei candidati e degli offerenti, nel rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità e al fine di garantire quella piena conoscibilità della lesività degli atti da cui far decorrere le impugnative processuali.

3. La mancata stipulazione del contratto nei termini

L'art. 32, ottavo comma, come novellato [11], aggiunge un profilo di responsabilità giuridica nel momento in cui prescrive che: la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto [12], e che tale motivazione sarà valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto.

Ed è altresì previsto che, le stazioni appaltanti, data proprio la ricaduta in termini di responsabilità, abbiano facoltà di stipulare contratti di assicurazione della propria responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione.

Qualora la stipulazione del contratto non avvenga nel termine fissato, la norma attribuisce all'aggiudicatario la possibilità di sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto mediante atto notificato alla stazione appaltante; all'aggiudicatario, tuttavia, non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate.

In altri termini, nell'ambito delle gare pubbliche, la sopravvenuta scadenza del termine per la sottoscrizione del contratto di appalto o di concessione (termine stabilito dal bando ovvero, in mancanza di previsioni *ad hoc*, dall'art. 32, ottavo comma del Codice) determina, in capo all'aggiudicatario, la possibilità di disimpegnarsi da ogni vincolo negoziale, ovvero di "confermare", anche tacitamente, l'offerta stessa, accettando la stipula contrattuale [13].

La giurisprudenza amministrativa ha ritenuto, sia pur nell'interpretazione della precedente formulazione normativa, che qualora l'aggiudicatario si trovi di fronte all'inerzia dell'amministrazione che si sottragga all'obbligo di stipulare il contratto, l'operatore economico abbia allora di fronte a sé due opzioni: un diritto potestativo di svincolarsi dalla propria offerta o l'azione avverso il silenzio, di cui agli

---

[11] Dall'art. 4, primo comma, lett. b), d.l. n. 76/2020.

[12] Art. 32, ottavo comma: "*Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione deve avere luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario, purché comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto. La mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e viene valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto*". E, inoltre, precisa che "*non costituisce giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto, salvo quanto previsto dai commi 9 e 11, la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto*".

[13] T.a.r. Puglia, Lecce, sez. II, 7.3.2022, n. 379.

artt. 31 e 117 del c.p.a. al fine di ottenere la condanna dell'amministrazione pubblica a provvedere [14].

Non sussisterebbe, invece, alcun obbligo per l'Amministrazione di rivalutare l'offerta a suo tempo presentata dall'aggiudicatario mediante rinegoziazioni e/o adeguamenti di sorta, in contesti peraltro caratterizzati dal formalismo dell'evidenza pubblica e dalla conseguente cristallizzazione degli esiti della gara ormai ultimata [15].

La stessa giurisprudenza ha anche riconosciuto che sia la stazione appaltante a poter agire per ottenere il risarcimento del danno effettivo nel caso di mancato stipula del contratto imputabile all'aggiudicatario, quando esso ecceda l'importo della cauzione provvisoria [16], di cui a breve si dirà.

Così come si è ritenuto che, qualora l'aggiudicatario si renda ripetutamente indisponibile alla sottoscrizione del contratto, con un contegno ambiguo e tale per cui non si fornisce un chiaro rifiuto alla stipula del contratto mediante le specifiche modalità di legge, sia legittima l'adozione da parte dell'amministrazione di un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, essendo tra l'altro il potere di autotutela espressamente consentito dalla clausola di salvezza dell'ottavo comma dell'art. 32 [17].

Sempre secondo l'attuale formulazione dell'ottavo comma, nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza, ovvero se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, nel caso di servizi e forniture, l'ag-

---

[14] Cons. Stato, n. 5991/2022 cit. Nel senso del "diritto potestativo", così si esprime il Collegio: "*L'esercizio del diritto potestativo di sciogliersi da ogni vincolo, che l'art. 32 comma 8, d.lgs. 50/2016 riconosce all'aggiudicataria, come avvenuto nella specie, produce ex se gli effetti della cessazione del rapporto negoziale, con la conseguenza che su di essi non potrà sovrapporre la sua valutazione il RUP, soprattutto se, come in questo caso, il fine, secondo l'appellante, è quello di ribaltare sull'incolpevole aggiudicataria le responsabilità per la mancata sottoscrizione del contratto nel termine di legge*" (punto 25.4). Il Decreto semplificazioni n. 76/2020, per le procedure di affidamento diretto disciplinate in via derogatoria durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sottosoglia, ancora utilizzabili tra l'altro qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente venga adottato entro il 30.6.2023, ha previsto una peculiare responsabilizzazione del R.u.p. nel momento in cui la mancata tempestiva stipulazione del contratto è stata valutata quale fatto suscettibile di responsabilità erariale; l'art. 1, primo comma, terzo periodo del decreto, infatti, così espressamente prevede: "*Il mancato rispetto dei termini di cui al secondo periodo, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso possono essere valutati ai fini della responsabilità del responsabile unico del procedimento per danno erariale e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto*".

[15] T.a.r. Puglia, n. 379/2022, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 24.6.2010, n. 4019; T.a.r. Abruzzo, sez. I, 31.5.2011, n. 299.

[16] Cons. Stato, sez. V, 27.10.2021, n. 7217, che richiama a propria volta il precedente Cons. Stato, sez. III, 31.8.2016, n. 3755.

[17] T.a.r. Puglia, n. 379/2022, cit.

giudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, *ivi* comprese quelle per opere provvisionali; invece, nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione.

L'esecuzione d'urgenza è ammessa esclusivamente dalla norma in quelle ipotesi di eventi che siano oggettivamente imprevedibili, "*per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari*".

3.1. Il sistema delle garanzie in funzione della stipula

Il Legislatore ha attribuito particolare rilevanza alle garanzie, da costituire mediante cauzione [18] o fideiussione [19], da parte degli operatori economici quando partecipano alle procedure di affidamento (garanzie provvisorie) e per l'esecuzione del contratto (garanzie definitive).

Le garanzie sono tutte inscindibilmente collegate alla eventuale sottoscrizione del contratto.

La relativa disciplina è contenuta, rispettivamente, negli artt. 93 (garanzie per la partecipazione alla procedura) [20] e 103 del Codice (garanzie definitive) [21].

---

[18] Art. 93, secondo comma: "*La cauzione è costituita presso l'istituto incaricato del servizio di tesoreria o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice, esclusivamente con bonifico o con altri strumenti e canali di pagamento elettronici previsti dall'ordinamento vigente*".

[19] Art. 93, terzo comma: "*La garanzia fideiussoria* […] *a scelta dell'appaltatore può essere rilasciata da imprese bancarie o assicurative* […] *o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti all'albo* […] *che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'art. 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e che abbiano i requisiti minimi di solvibilità richiesti dalla vigente normativa bancaria assicurativa*".

[20] Più ampiamente, sull'art. 93, P. GIAMMARIA, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, II ed., Milano, 2017, 821-826; sull'art. 103, I. RAIOLA, in R. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dei Contratti pubblici*, 2017, 1821; S.S. SCOCA, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2017, 1399-1408. In generale, si rinvia a tutta la manualistica in materia di contrattazione pubblica e, tra tanti, a F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI, *I contratti pubblici. Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, Roma, 2021; A. CARULLO, G. IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, in *Breviaria Iuris* (fondati da G. CIAN e A. TRABUCCHI), Padova, 2022; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2021; M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei*

La garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, secondo comma, c.c. (nel caso di scadenza dell'obbligazione principale) nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

La stazione appaltante, nell'atto in cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede contestualmente allo "svincolo" della garanzia, e comunque entro un termine non superiore a trenta giorni dall'aggiudicazione.

Relativamente alla gara, il primo comma dell'art. 93 [22] prescrive che "*L'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata 'garanzia provvisoria' pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente*". L'importo della garanzia, però, può essere ridotto e persino aumentato dalla stazione appaltante per renderlo proporzionato e adeguato alla natura delle prestazioni oggetto del contratto e al grado di rischio a esso connesso.

Oltre alla "garanzia provvisoria", ai sensi dell'ottavo comma, l'offerta deve essere altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore, an-

---

contratti pubblici, Torino, 2019; M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e successive modifiche*, Milano, 2021; R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, 2021; A. LONGO, E. CANZONIERI, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Milano, 2018; F. MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici, Assetto e dinamiche evolutive alla luce del codice, degli atti attuativi e dei decreti semplificazione 2020-2021*, Torino, 2021; M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019; R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), *I Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014.

L'art. 93 non si applica agli appalti di servizi aventi ad oggetto la redazione della progettazione e del piano di sicurezza e coordinamento e ai compiti di supporto alle attività del responsabile unico del procedimento.

[21] "*L'appaltatore per la sottoscrizione del contratto deve costituire una garanzia, denominata 'garanzia definitiva' a sua scelta sotto forma di cauzione o fideiussione con le modalità di cui all'art. 93, commi 2 e 3, pari al 10 per cento dell'importo contrattuale e tale obbligazione è indicata negli atti e documenti a base di affidamento lavori, di servizi e di forniture* […] *La cauzione è prestata a garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, nonché a garanzia del rimborso delle somme pagate in più all'esecutore rispetto alle risultanze della liquidazione finale, salva comunque la risarcibilità del maggior danno verso l'appaltatore*".

[22] L'art. 93, primo comma, prevede che "*l'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata 'garanzia provvisoria' pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente*". In particolare: la "cauzione" "*può essere costituita, a scelta dell'offerente, in contanti, con bonifico, in assegni circolari o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice*" la "fideiussione" "*a scelta dell'appaltatore può essere rilasciata da imprese bancarie o assicurative che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano le rispettive attività o rilasciata dagli intermediari finanziari*" qualificati.

che diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto (garanzia definitiva), qualora l'offerente risultasse affidatario [23].

In virtù dell'art. 93, sesto comma, "*La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva*".

La garanzia provvisoria assolve, quindi, alla precipua funzione di assicurare la serietà e l'attendibilità dell'offerta in vista della futura sottoscrizione del relativo contratto, assolvendo a una funzione indennitaria ovvero compensativa nei casi in cui l'aggiudicatario non sottoscriva il contratto, in quanto garantisce, appunto, alla stazione appaltante, il ristoro dei danni cagionati dall'eventuale rifiuto-impedimento dell'impresa aggiudicataria di stipulare il contratto [24].

La garanzia provvisoria deve dunque tutelare l'amministrazione aggiudicatrice dalla possibile mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario e non è un mero elemento formale posto a "corredo" dell'offerta", ma diviene in tal modo elemento afferente sostanzialmente all'offerta stessa [25].

Tant'è che, sempre secondo la disposizione normativa, "la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto".

In verità, il testo originario del sesto comma dell'art. 93 stabiliva che "*la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo*"; l'attuale formulazione è opera delle modifiche apportate dall'art. 59, primo comma, lett. d), d.lgs. 19.4.2017, n. 56.

Nonostante l'eliminazione del riferimento al dolo e alla colpa grave, che comportano la configurazione di un modello di responsabilità oggettiva con conseguente esclusione di responsabilità nei soli casi di dimostrata assenza di un rapporto di causalità, non è cambiata tuttavia la connessione della garanzia alla stipulazione del contratto.

Sennonché, la mancata sottoscrizione del contratto viene ricondotta dal legislatore "ad ogni fatto" imputabile all'affidatario; la genericità della formula ha provocato non poche criticità interpretative attinenti l'ambito di operatività della "garanzia provvisoria", al fine di stabilire se essa copra soltanto i "fatti" che si verifi-

---

[23] La norma non si applica alle microimprese, piccole e medie imprese e ai raggruppamenti temporanei o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da microimprese, piccole e medie imprese.

[24] In tal senso, Delibera ANAC n. 72 del 29.1.2020. Va segnalata, sull'escussione della garanzia provvisoria e il regime giuridico applicabile, la recente Corte Cost., 26.7.2022, n. 198 che ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale, che erano state sollevate dalla sezione V del Consiglio di Stato, concernenti la non retroattività del regime più favorevole introdotto dal nuovo Codice dei contratti pubblici in tema di escussione della garanzia provvisoria.

[25] Cons. Stato, sez. V, 27.1.2021, n. 804.

cano nel periodo compreso tra l'aggiudicazione e il contratto ovvero se si estenda anche a quelli che si verificano nel periodo compreso tra la "proposta di aggiudicazione" e l'aggiudicazione.

Sul tema è intervenuta l'Adunanza plenaria n. 7/2022 affermando il seguente principio di diritto: "*il comma 6 dell'art. 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016 – nel prevedere che la 'garanzia provvisoria' a corredo dell'offerta 'copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario'* (…)" – delinea un sistema di garanzie che si riferisce al solo periodo compreso tra l'aggiudicazione e il contratto e non anche al periodo compreso tra la "proposta di aggiudicazione" e l'aggiudicazione" [26].

Il ragionamento del Supremo Consesso della giustizia amministrativa parte innanzitutto da una riflessione sul piano dell'interpretazione letterale, per cui il sesto comma dell'art. 93 è chiaro nel fare riferimento sia all'aggiudicazione, quale provvedimento finale della procedura amministrativa, sia al "fatto riconducibile all'affidatario" e non anche al concorrente destinatario della "proposta di aggiudicazione", rendendo palese il significato delle parole utilizzate dal legislatore nel senso di delimitare l'operatività della garanzia al momento successivo all'aggiudicazione.

Il significato letterale della norma è confermato anche dal contenuto degli atti della procedura di gara. Il disciplinare dispone, infatti, che "*l'eventuale esclusione dalla gara prima dell'aggiudicazione, al di fuori dei casi di cui all'art. 89, comma 1, non comporterà l'escussione della garanzia provvisoria*" [27].

La plenaria prosegue il proprio *iter* motivazionale evidenziando altresì che sul diverso piano dell'interpretazione teleologica, il legislatore ha inteso ridurre l'ambito di operatività del sistema delle garanzie nella fase procedimentale, come risulta dall'analisi della successione delle leggi nel tempo, non confermando, col Codice del 2016, il sistema previgente, che prevedeva la possibilità, ricorrendo i presupposti indicati, di escutere la garanzia, con funzione sanzionatoria, anche nei confronti dei partecipanti alla procedura. Ne consegue che l'estensione del perimetro della "garanzia provvisoria" si porrebbe in contrasto con la *ratio legis* [28].

Ancora, sul piano dell'interpretazione sistematica, in primo luogo, dall'analisi del contesto in cui la norma è inserita e, in particolare, dalla lettura coordinata di alcune disposizioni del Codice, risulta chiara la distinzione tra la fase procedimentale relativa alla "proposta di aggiudicazione" e la fase provvedimentale relativa all'"aggiudicazione". Con riguardo alla "proposta di aggiudicazione" formulata dalla commissione di gara, il Codice disciplina il rapporto tra essa e l'aggiudicazione. Il destinatario della proposta è ancora un concorrente, ancorché in-

---

[26] Ad. plen., 26.4.2022, n. 7.

[27] *Ivi*, punto 5.2.

[28] *Ivi*, punto 5.3.

dividualizzato. Nella prospettiva della tutela, la "proposta di aggiudicazione", essendo atto endoprocedimentale, non è suscettibile di autonoma impugnazione.

Con riguardo all'aggiudicazione, il Codice disciplina il rapporto tra essa e il contratto. L'art. 32, sesto comma, stabilisce che "*l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta*", in quanto occorre la stipula del contratto e l'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile per sessanta giorni.

Nella prospettiva della tutela, l'aggiudicazione è il provvedimento finale di conclusione del procedimento di scelta del contraente che, in quanto tale, ha rilevanza esterna e può essere oggetto sia di impugnazione in sede giurisdizionale sia di autotutela amministrativa [29].

Pertanto, come rileva la Plenaria, nel caso di mancata stipulazione del contratto a seguito di una "aggiudicazione", le ragioni possono dipendere sia dalla successiva verifica della mancanza dei requisiti di partecipazione sia, soprattutto, dalla condotta dell'aggiudicatario che, per una sua scelta, decide di non stipulare il contratto; in tali ipotesi la stazione appaltante deve annullare d'ufficio il provvedimento di aggiudicazione e rinnovare il procedimento con regressione alla fase della "proposta di aggiudicazione", e, relativamente ai possibili pregiudizi economici determinati dalla condotta dell'aggiudicatario, è bene evidenziare che questi sono coperti dalla "garanzia provvisoria", che consente all'amministrazione di azionare il rimedio di adempimento della prestazione dovuta con la finalità di compensare, in via forfettaria, i danni subiti dall'amministrazione per violazione delle regole procedimentali nonché dell'obbligo di concludere il contratto.

Invece, nel caso di "mancata aggiudicazione" a seguito di una "proposta di aggiudicazione", i motivi di tale determinazione possono dipendere, oltre che da ragioni relative all'offerta, dalla verifica negativa preventiva del possesso dei requisiti di partecipazione del concorrente individuato.

In tali ipotesi, l'amministrazione non è costretta a procedere all'aggiudicazione e poi ad esercitare il potere di annullamento in autotutela, potendosi limitare a non adottare l'atto di aggiudicazione e ad individuare il secondo classificato nei cui confronti indirizzare la nuova "proposta di aggiudicazione"; ne deriva che, in tale contesto, i pregiudizi economici, se esistenti, hanno portata differente rispetto a quelli che si possono verificare nella fase provvedimentale, con possibilità per l'amministrazione, ricorrendone i presupposti, di fare valere l'eventuale responsabilità precontrattuale del concorrente ai sensi degli artt. 1337-1338 c.c. [30].

Al momento della sottoscrizione del contratto, come innanzi già evidenziato, è richiesto, ai sensi dell'art. 103 del Codice [31], che l'appaltatore costituisca una ga-

---

[29] *Ivi*, punto 5.4.

[30] *Ivi*, punto 5.5.

[31] Art. 103, primo comma, primo periodo: "*L'appaltatore per la sottoscrizione del contratto deve costituire una garanzia, denominata 'garanzia definitiva' a sua scelta sotto forma di cauzione o*

ranzia "definitiva" che dovrà accompagnare l'intera fase esecutiva di adempimento delle obbligazioni contrattuali [32], proprio perché con la sottoscrizione del contratto si concretizza la fase costitutiva di stipulazione dello stesso tra pubblica amministrazione e aggiudicatario, e sorge il vincolo negoziale prodromico alla successiva fase dell'esecuzione.

4. Lo "*stand-still period*"

Il nono comma dell'art. 32 prevede che "*Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione*".

Si tratta di un termine dilatorio (di c.d. *stand-still*) che, nell'impedire temporaneamente la stipulazione del contratto, consente il coordinamento con il termine per la proposizione dei ricorsi giurisdizionali in materia [33].

In questa sede non si tratteranno tuttavia gli aspetti processualistici data la complessità e l'elevata specialità delle controversie in materia di contratti pubblici; il rito sugli appalti, disciplinato agli artt. 119-124 c.p.a., è infatti frutto di una molteplicità di riforme intervenute negli anni, anche su spinta eurounitaria, che non solo hanno spostato in sede processualistica il reale banco di prova delle tutele in materia di affidamenti pubblici, ma hanno comportato anche non pochi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali su plurimi aspetti del rito e del suo coordinamento con la disciplina sostanziale, soprattutto di *stand-still* [34].

---

fideiussione con le modalità di cui all'articolo 93, commi 2 e 3, pari al 10 per cento dell'importo contrattuale e tale obbligazione è indicata negli atti e documenti a base di affidamento di lavori, di servizi e di forniture". Cfr. Decreto del Ministero dello sviluppo economico di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 19.1.2018, n. 31, "*Regolamento con cui si adottano gli schemi di contratti tipo per le garanzie fideiussorie previste dagli articoli 103, comma 9 e 104, comma 9, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*".

[32] T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 10.6.2019, n. 7486: "[…] *in assenza di termine perentorio posto dall'amministrazione, ben poteva ammettersi la presentazione delle garanzie ex art. 103 d.lgs. n. 50/2016 fino alla data di stipulazione del contratto*".

[33] In dottrina, sullo *stand-still*, tra i tanti, A. DI MARIO, *Clausole "standstill" nell'attuazione della direttiva 2007/66*, 2009, in *www.giustizia-amministrativa.it*; C. FISCHIONE, *La c.d. clausola di stand still nel nuovo Codice degli appalti pubblici con particolare riferimento agli affidamenti sotto soglia – Alcune considerazioni sul divieto di "gold plating"*, in *www.italiappalti.it*; P. PROVENZANO, *La violazione dello "stand still period" rende illegittima l'aggiudicazione?*, 2021, in *lamministrativista.it.*

[34] Sul "rito appalti" la bibliografia è ampia e si rinvia a essa per i dovuti approfondimenti; in particolare, sul coordinamento con la disciplina sostanzialistica, anche alla luce delle nuove molteplici riforme intervenute, e sulle principali criticità giuridico-pratiche, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Processo amministrativo – formulario commentato*, III ed., Milano, 2016, 2361 ss.; M.F. FRACANZANI, *Il rito in materia di contratti pubblici*, in G.P. CIRILLO, S. PERONGINI (a cura di), *Diritto processuale*

Pertanto, di seguito ci si limiterà ai profili strutturali e generali dell'istituto.

Lo *stand-still*, dunque, è un impedimento temporaneo alla stipulazione del contratto, che opera *ex lege* a prescindere dalla proposizione o meno di ricorsi giurisdizionali; in altri termini è uno *spatium deliberandi* lasciato ai concorrenti, per valutare se proporre o non ricorso giurisdizionale, con la garanzia che, se ricorrono, non saranno pregiudicati da una stipulazione già avvenuta [35].

Il termine dilatorio trova, tuttavia, alcune eccezioni, contemplate dal decimo comma dell'art. 32, a cui lo *stand-still* non si applica:

1. nel caso in cui, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o dell'inoltro degli inviti nel rispetto del presente 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;
2. nel caso di un appalto basato su un accordo quadro [36];
3. nel caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione;
4. nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico;
5. nel caso di affidamenti effettuati ai sensi dell'art. 36, secondo comma 2, lett. a) e b), vale a dire per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta, nonché per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di rilevanza comunitaria per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti [37].

L'undicesimo comma dell'art. 32 prevede infine il c.d. "*stand-still* processua-

---

amministrativo, Torino, 2020, 313 ss.; M. GIUSTINIANI, P. FONTANA, *L'abrogazione del rito processuale super-accelerato ad opera del decreto "sblocca-cantieri": ratio, ricadute pratiche, osservazioni critiche e prime applicazioni giurisprudenziali*, 2019, in *www.italiappalti.it*; M. LIPARI, Il *rito appalti nel d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, 2020, in *www.giustizia-amministrativa.it*; ID., *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, 2017, in *www.giustizia-amministrativa.it*; F. MAGGIO, *Il rito "super accelerato" ed il regime delle preclusioni per effetto dell'abrogazione operata dal d.l. 32 del 2019 – c.d. "sblocca cantieri"*, 2020, in *www.giustizia-amministrativa.it*; N. PAOLANTONIO, *Il rito accelerato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2020, 541 ss.; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, 15/2019, in *www.federalismi.it*.

[35] T.a.r. Lazio, Roma, sez. III *ter*, 9.12.2010, n. 35816.

[36] T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 5.8.2020, n. 8989.

[37] T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 23.11.2020, n. 12332; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 16.11.2020, n. 11983.

le", per il quale se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione 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, tuttavia tale sospensione è condizionata al fatto 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 [38].

L'apparente contraddittorietà della norma, laddove prevede la sospensione della stipulazione, da un lato, "*per i successivi venti giorni*", a condizione che intervengano determinati provvedimenti giudiziari, e, dall'altro, "*fino alla pronuncia dei detti provvedimenti se successiva*", quindi anche alla scadenza del termine dei venti giorni, deve essere risolta nel senso di ritenere che l'effetto preclusivo automatico debba permanere fino all'assunzione dei predetti provvedimenti a opera del giudice, anche se adottati oltre il termine di venti giorni, dovendosi quindi correlare, lo *stand-still* processuale, esclusivamente alla decisione del giudice in ordine alla richiesta cautelare, altrimenti risultando privo di significato l'inciso "*ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva*" ai venti giorni, di cui alla citata norma [39].

Tale regola tutela l'interesse del concorrente non aggiudicatario impugnante l'aggiudicazione, poiché consente il primo vaglio giudiziario dei motivi di ricorso in sede di decisione sull'istanza cautelare, a contratto non ancora concluso, e, quindi, in condizioni tali da poter assicurare al ricorrente tutela piena (in forma specifica), senza eccessiva compromissione dell'interesse pubblico come, invece, accadrebbe se fosse accolta l'istanza di sospensione dell'aggiudicazione con il

---

[38] Fa notare, sia pur nella vigenza della disciplina previgente, M. RAMAJOLI, *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm*., 3, 2011, che gli strumenti di tutela preventiva in materia di contrattualistica pubblica divengono tre: l'obbligo di *standstill*, ossia il divieto di conclusione del contratto prima di 35 giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni dell'aggiudicazione definitiva; la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale insieme all'istanza cautelare avverso l'aggiudicazione definitiva; infine le misure cautelari vere e proprie.

[39] In tal senso, T.a.r. Lazio, Roma, sez. II *bis*, decreto 24.7.2019, n. 5055 che precisa: "*tale interpretazione – sulla permanente operatività dell'effetto preclusivo alla stipula del contratto sino alla conclusione della fase cautelare di primo grado – sia la più coerente con la ratio della norma, da raccordarsi con le previsioni di cui agli articoli da 121 a 124 c.p.a. e con il principio di effettività della tutela, nonché con l'applicazione dell'istituto per i casi di rinvio della camera di consiglio per l'esame cautelare, essendosi affermato, in tale ipotesi, che 'Nel caso in cui nella camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare di sospensione temporanea dell'aggiudicazione venga disposto un rinvio dell'udienza camerale continua ad operare lo* stand still*, potendo dirsi venuto meno tale motivo ostativo alla stipula del contratto solo nel caso di un rinvio della causa all'udienza di merito (anche ai fini dell'esame dell'istanza cautelare), perché solo in questo ultimo caso può dirsi essere intervenuta una rinuncia, sia pur implicita, all'operatività del vincolo di stand still' (Consiglio di Stato, sez. V, 14 novembre 2017, n. 5243; TAR Lazio, sez. II bis, decreto 31 maggio 2019 n. 3222)*".

contratto già stipulato e l'esecuzione avviata; l'interesse dell'aggiudicatario, come quello, omogeneo, dell'amministrazione, alla celere stipulazione del contratto sono, dunque, destinati a recedere, ma il bilanciamento è garantito dalla durata limitata nel tempo e condizionata dello *stand-still*[40].

È come se lo *stand-still*, sostanziale e processuale, funga da "collante" per conciliare le due spinte opposte per assicurare stabilità agli effetti del contratto, quale cardine delle relazioni di mercato, al fine di evitare che la sentenza del giudice, resa in relazione alle procedure di aggiudicazione, possa travolgere gli effetti del contratto e di assicurare, al contempo, l'effettività della tutela giurisdizionale rispetto al bene della vita richiesto dal ricorrente, in modo tale da preservare l'aspirazione di questi ad una protezione "reale" anziché solo "obbligatoria", consistente nella possibilità di stipulare il contratto con l'amministrazione, e da evitare una commutazione automatica di essa nel risarcimento per equivalente monetario[41].

In ogni caso, l'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente oppure fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari oppure, ancora, rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

5. I procedimenti di controllo e la stipula del contratto

L'art. 32 del Codice, al dodicesimo comma prevede che "*Il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti*". Il successivo tredicesimo comma prescrive altresì che "*L'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace*", salvi i casi di urgenza.

La stipula del contratto, cioè, può essere condizionata preventivamente e successivamente dall'esito positivo di determinati procedimenti di controllo: prima della stipula, i controlli sono quelli finalizzati all'approvazione della proposta di aggiudicazione, dopo la stipula, sono quelli meramente eventuali, finalizzati all'approvazione del contratto.

---

[40] Così Cons. Stato, sez. V, 9.9.2020, n. 5420. La pronuncia precisa altresì che "*Lo* stand still *comporta, allora, un impedimento procedimentale, ma, proprio per la necessità di bilanciare gli opposti interessi in precedenza descritti, delimitato alla stipulazione del contratto e non, invece, alle altre attività prodromiche alla stipulazione stessa quali la verifica dei requisiti ed ogni altro obbligo previsto dalla legge di gara a carico dell'aggiudicatario*" (punto 3.2.).

[41] In tal senso F. CINTIOLI, Le *innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti),* in *Dir. proc. amm*., 1, 2012, 3.

Orbene, il contratto può essere innanzitutto stipulato solo a seguito dell'esito positivo dell'eventuale approvazione della proposta di aggiudicazione e degli altri controlli previsti, nel rispetto dei termini di *stand-still* e del termine massimo di legge; in disparte, tuttavia, la disamina dell'approvazione della proposta di aggiudicazione [42] si analizzerà di seguito al controllo sul contratto stipulato, per il quale è quindi l'efficacia del contratto sottoscritto a essere subordinata alla condizione sospensiva dell'esito positivo dei controlli.

In determinati casi, infatti, l'efficacia di un atto o di un provvedimento è condizionata dal perfezionamento di un ulteriore procedimento, o sub-procedimento, amministrativo, che a propria volta ha a oggetto il provvedimento stesso, come appunto un controllo [43].

L'approvazione si inquadra nella categoria degli atti di controllo "preventivo", cioè quegli atti amministrativi che si atteggiano, nei confronti dell'atto soggetto al controllo, come requisiti di efficacia; con essa l'autorità controllante, dopo aver valutato l'opportunità dell'atto posto in essere dall'autorità soggetta al suo controllo, col pronunciarne la conformità a quelle regole che l'ordinamento le affida da presidiare, gli conferisce quella esecutività, e cioè quella possibilità di estrinsecare la sua forza operativa, che l'ordinamento lascia appunto dipendere da tale pronuncia [44].

L'art. 33 del Codice dei contratti pubblici, al secondo comma, qualifica l'approvazione del contratto come "eventuale" e rinvia ai termini e alle procedure da seguire per l'approvazione della proposta di aggiudicazione. L'approvazione del contratto è sottoposta ai controlli previsti dai rispettivi ordinamenti delle stazioni appaltanti [45].

In forza del rinvio, dunque, il contratto stipulato è soggetto all'eventuale approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appal-

---

[42] Si rimanda all'apposito capitolo sull'aggiudicazione. Si ricorda in tale sede che l'art. 33, primo comma, Codice dei contratti pubblici così sancisce: "*La proposta di aggiudicazione è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente. Decorsi tali termini, la proposta di aggiudicazione si intende approvata*".

[43] Sui procedimenti amministrativi di controllo, V. CERULLI IRELLI, *Principii del diritto amministrativo*, II, Torino, 2005, 210-216.

[44] Così, A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 274; l'insigne giurista ricostruisce in maniera chiara e rigorosa (260-283) l'atto di approvazione demarcandone i confini con i visti, le autorizzazioni e le omologazioni.

[45] Art. 33, secondo comma: "*L'eventuale approvazione del contratto stipulato avviene nel rispetto dei termini e secondo procedure analoghe a quelle di cui al comma 1. L'approvazione del contratto è sottoposta ai controlli previsti dai rispettivi ordinamenti delle stazioni appaltanti*".

tante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento del contratto da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni.

Tale termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente.

Una volta decorsi i termini, il contratto si intende approvato.

E una volta divenuto efficace, il contratto potrà anche avere esecuzione.

6. Le modalità di stipula e la forma del contratto

Le modalità di stipulazione del contratto previste dal legislatore sono varie e prescritte a pena di nullità.

L'art. 32, al quattordicesimo comma, espressamente prevede che "*Il contratto è stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico*[46]*, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione ap-*

[46] Sulla stipula mediante atto pubblico informatico, si fa riferimento al d.lgs. 2.7.2010, n. 110 ("*Disposizioni in materia di atto pubblico informatico redatto dal notaio, a norma dell'articolo 65 della legge 18 giugno 2009, n. 69*") che consente ai notai di redigere atti pubblici in formato elettronico potendo sottoscrivere i medesimi atti e le scritture private utilizzando la firma digitale. L'art. 65 della delega aveva le seguenti finalità: "*1. Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, con l'osservanza dei princìpi e dei criteri direttivi di cui al comma 5, uno o più decreti legislativi in materia di ordinamento del notariato con riferimento alle procedure informatiche e telematiche per la redazione dell'atto pubblico, l'autenticazione di scrittura privata, la tenuta dei repertori e registri e la conservazione dei documenti notarili, nonché alla rettifica di errori di trascrizioni di dati degli atti notarili. 2. I decreti legislativi di cui al comma 1, in coerenza con la normativa comunitaria, e in conformità ai princìpi e ai criteri direttivi di cui al comma 5, realizzano il necessario coordinamento, anche formale, con le altre disposizioni vigenti. 3. Gli schemi dei decreti legislativi sono adottati su proposta del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, e successivamente trasmessi al Parlamento, ai fini dell'espressione dei pareri da parte delle Commissioni competenti per materia, che sono resi entro il termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti sono emanati anche in mancanza dei pareri. Qualora detto termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal comma 1 o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di sessanta giorni.* […] *5. Nell'attuazione della delega il Governo si attiene ai seguenti princìpi e criteri direttivi: a) ricorso generalizzato ai sistemi ed alle procedure informatiche, assicurando in ogni caso la certezza, sicurezza e correttezza dello svolgimento della funzione notarile, in conformità alle disposizioni di carattere generale contenute nel codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82; b) attribuzione al notaio della facoltà di provvedere, mediante propria certificazione, a rettificare errori od omissioni materiali di trascrizione di dati preesistenti alla redazione dell'atto, fatti salvi i diritti dei terzi*".

paltante o mediante scrittura privata; in caso di procedura negoziata ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri"[47].

La norma contiene un corpo generale per le varie tipologie di affidamento e uno specifico per le procedure negoziate e gli affidamenti sotto i 40.000 euro.

Le forme di conclusione generale sono tra loro alternative[48] e sono richieste quali forma scritta *ad substantiam*.

In verità, il corpo generale ripropone la disposizione già presente nel precedente Codice degli appalti (d.lgs. n. 163/2006): l'art. 11, tredicesimo comma, del previgente Codice, infatti, novellato in tal senso nel 2012 col c.d. "decreto sviluppo *bis*"[49], prevedeva che "*il contratto è stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice o mediante scrittura privata*".

La *ratio* è agevolmente rinvenibile nell'intento di estendere, al settore dei contratti pubblici soggetti alla disciplina del Codice, l'utilizzo delle modalità elettroniche di stipulazione in linea con le politiche di incentivo alla digitalizzazione pubblica e alla progressiva dematerializzazione dei procedimenti amministrativi; tuttavia, già in passato, la disposizione sulla forma del contratto aveva suscitato incertezze applicative riguardanti l'ambito di applicazione oggettiva della norma e l'individuazione delle diverse opzioni percorribili dalle stazioni appaltanti con particolare riguardo all'esatta estensione dell'obbligo di ricorso alle modalità elettroniche.

Sennonché, la determinazione ANAC n. 1/2013[50], dopo aver rilevato che per

---

[47] Sulle modalità elettroniche di firma e di formazione dei documenti, si rinvia primariamente al Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 7.3.2005, n. 82) e a tutta la normativa, anche regolamentare, in materia. Si ricordano alcuni adempimenti connessi alla stipula del contratto pubblico e alle sue modalità di firma: per quanto riguarda l'assolvimento dell'imposta di bollo relativa a contratti pubblici formati con procedura Mepa, l'art. 3 del d.p.r. n. 642/1972 stabilisce che la stessa possa essere corrisposta secondo due modalità: "*a) mediante pagamento dell'imposta a intermediario convenzionato con l'Agenzia delle Entrate, il quale rilascia, con modalità telematiche, apposito contrassegno; b) in modo virtuale, mediante pagamento dell'imposta all'ufficio dell'Agenzia delle entrate o ad altri uffici autorizzati o mediante versamento in conto corrente postale*"; inoltre, ai sensi dell'art. 20, secondo comma, lett. e) della l. n. 413/1991 "*le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici devono comunicare all'anagrafe tributaria gli estremi dei contratti di appalto, di somministrazione e di trasporto conclusi mediante scrittura privata e non registrati*".

[48] Parere MIT 850/2021, 11.2..2021.

[49] Il comma fu sostituito dall'art. 6, terzo comma del d.l. 18.10.2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla l. 17.12.2012, n. 221.

[50] Determinazione n. 1 del 13.2.2013 ("*Indicazioni interpretative concernenti la forma dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 11, comma 13 del Codice*"), pubblicata in *G.U.*, Serie gen., n. 50 del 28.2.2013.

giurisprudenza di legittimità tutti i contratti stipulati dalla pubblica amministrazione, anche quando quest'ultima agisce *iure privatorum*, richiedono la forma scritta *ad substantiam* [51] e che il documento pubblico è definito dal Codice civile (art. 2699) come il "*documento redatto con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato*", osserva che l'obbligo di ricorso alle modalità elettroniche di stipula "*appare circoscritto alla stipulazione in forma pubblica amministrativa, non essendovi una analoga specificazione con riguardo all'utilizzo della scrittura privata, nei casi in cui detto utilizzo è consentito*".

L'Autorità così argomenta: "*La presenza della congiunzione avversativa 'o', prima dell'espressione 'mediante scrittura privata', non depone nel senso di poter ritenere estendibile l'inciso 'in modalità elettronica' anche alla stipulazione per scrittura privata'.*

A corroborare tale interpretazione concorre il fatto che la modalità elettronica debba avvenire 'secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante': detta specificazione sembra logicamente riferita alla sola forma pubblica amministrativa, per la quale l'intervento dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante lascia presupporre una specifica disciplina di dettaglio, prevista da ciascuna amministrazione, per la stipula dei contratti allo stesso demandata".

7. La documentazione antimafia e la stipula del contratto

La prevenzione della corruzione negli affidamenti pubblici trova senza dubbio un notevole supporto strategico nel sistema delle certificazioni antimafia che dovrebbe consentire il contrasto "a monte" dei tentativi di infiltrazioni illecite, impedendo, a certe condizioni, la stessa possibilità di concludere contratti con la pubblica amministrazione [52].

---

[51] L'ANAC cita Cass. civ., sez. I, 4.9.2009, n. 19206. Il principio è di vecchia data, cfr. Cons. Stato, sez. III, 13.3.1979, n. 41.

[52] La tematica della documentazione antimafia è particolarmente complessa e tecnica, non analizzabile in maniera esaustiva in tale sede; pertanto, si rimanda per i dovuti approfondimenti alla normativa vigente e a tutta l'ampia bibliografia in materia. Tra molti, si consiglia altresì la lettura di N. DURANTE, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia*, 2022, in *www.giustizia-amministrativa.it*; *ivi*, R. GAROFOLI, G. FERRARI, Sicurezza *pubblica e funzioni amministrative di contrasto alla criminalità: le interdittive antimafia*, 2019; V. MAMELI, *Gli effetti nel tempo dell'interdittiva ed il potere di riesame*, 2022; M. NOCCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, 2020; V. SALOMONE, Il *sistema della documentazione antimafia – Normativa e giurisprudenza*, 2019; M.A. SANDULLI, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, 2022. Cfr. altresì, G. LEONE, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato alle prese con l'interdittiva prefettizia antima-*

Si ricorda che l'art. 83 del c.d. Codice antimafia [53] pone in capo alle pubbliche amministrazioni, prima di stipulare, ovvero anche prima di approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, il dovere di acquisire la documentazione antimafia [54].

La documentazione non è comunque richiesta per i provvedimenti, gli atti e i contratti il cui valore complessivo non superiori a 150.000 euro [55].

L'accertamento di una delle situazioni da cui emerge un tentativo di infiltrazione mafiosa, "*comporta il divieto della stipula del contratto, nonché del subappalto, degli altri subcontratti, delle cessioni o dei cottimi, comunque denominati, indipendentemente dal valore*" [56].

---

fia e la teoria dell'interpretazione, in *Foro amm*., 6, 2018, 1108; R. PAPANIA, *Notazioni in tema di efficacia interdittiva delle informative antimafia*, in *Foro amm. CDS*, 1, 2011, 321. Cfr. l'intervento di S. PERONGINI sul tema "Questioni controverse in tema di interdittiva antimafia" in occasione del convegno di studi "Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza" i cui atti e le cui relazioni sono consultabili sul sito della Giustizia amministrativa *www.giustizia-amministrativa.it*. Sui rapporti tra appalti e antimafia, A. CERRETO, *Recesso della p.a. da un contratto di appalto di lavori pubblici per effetto di informativa antimafia e riparto di giurisdizione tra giudice ordinario ed amministrativo, con osservazioni alla sentenza Cass. S.U. 29 agosto 2008 n. 21928 e spiragli di razionalizzazione del sistema di riparto sulla sorte del contratto*, 2008, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[53] D.lgs. 6.9.2011, n. 159, "*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*" (*G.U.* 28.9.2011, n. 226).

[54] La norma dispone nei seguenti termini, al primo comma: "*Le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di lavori o di servizi pubblici, devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'articolo 84 prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67*". La documentazione antimafia può essere richiesta solo dai soggetti individuati dall'art. 83, primo comma, e cioè da soggetti pubblici (o ad essi equiparati dalla legge) prima di stipulare contratti e subcontratti pubblici, e non può essere richiesta invece nei rapporti fra privati, neppure in forza di un protocollo di legalità (Cons. Stato, sez. III, 20.1.2020, n. 452). Il secondo comma precisa che: "*La disposizione di cui al comma 1 si applica ai contraenti generali di cui all'articolo 176 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, (ora art. 194 del d.lgs. n. 50 del 2016) di seguito denominati «contraente generale»*". La documentazione antimafia è costituita, ai sensi del successivo art. 84 del Codice, sia dalla "comunicazione antimafia" sia dalla "informazione antimafia": "*La comunicazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67*" (secondo comma) mentre "*L'informazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67, nonché, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 91, comma 6, nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicati nel comma 4*" (terzo comma).

[55] Art. 83, terzo comma, lett. e).

[56] Art. 95, terzo comma ("*Disposizioni relative ai contratti pubblici*"). La risoluzione del contratto è doverosa a seguito dell'informativa antimafia e la pubblica amministrazione non può rilasciare alcun atto abilitativo (T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 10.8.2017, n. 751).

Tra l'altro, tra i requisiti di carattere generale richiesti ai fini della partecipazione e della successiva esecuzione alle procedure di affidamento, il Codice dei contratti pubblici indica anche quelli previsti dalla normativa "antimafia"; ai sensi del secondo comma, dell'art. 80, infatti, "*costituisce motivo di esclusione la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto*" [57].

Orbene, il complesso normativo creato dai due sistemi codicistici comporta chiaramente per le stazioni appaltanti una serie di adempimenti in vista della stipula del contratto.

Le pubbliche amministrazioni devono innanzitutto, prima della stipulazione, acquisire l'informazione antimafia per quei contratti e subcontratti il cui valore sia:

a) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione *ivi* indicati;

b) superiore a 150.000 euro per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali;

c) superiore a 150.000 euro per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni, cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche [58].

La richiesta dell'informazione antimafia deve essere effettuata, attraverso la banca dati nazionale unica, al momento dell'aggiudicazione del contratto ovvero trenta giorni prima della stipula del subcontratto.

In materia di comunicazione antimafia, invece, qualora il prefetto non rilasci la comunicazione antimafia entro trenta giorni dalla data della consultazione della banca dati, le pubbliche amministrazioni procedono anche in assenza della comunicazione antimafia previa acquisizione di apposita autocertificazione.

In altri termini, fuori dei casi in cui è richiesta l'informazione antimafia e salvo il decorso del termine della consultazione prefettizia, "i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi o forniture dichiarati urgenti ed i provvedimenti di rinnovo conseguenti a provvedimenti già disposti, sono stipulati, autorizzati o adottati previa acquisizione di apposita dichiarazione con la quale l'interessato attesti che

---

[57] Sulle esclusioni degli operatori economici dalle gare, E. ROMANO, *L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici* ("Studi per un nuovo diritto amministrativo"), Torino, 2019.

[58] Art. 91, primo comma, Codice antimafia.

nei propri confronti non sussistono le cause di divieto, di decadenza o di sospensione" [59] previste ai fini antimafia.

Orbene, il recente decreto Semplificazioni, in quell'ottica di accelerazione dell'azione amministrativa che lo contraddistingue, ha previsto, all'art. 3, secondo comma, che fino al 30.6.2023 [60], per le verifiche antimafia riguardanti l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici aventi a oggetto lavori, servizi e forniture, si procede mediante il rilascio della c.d. "informativa liberatoria provvisoria", a seguito di consultazione della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia e delle ulteriori banche dati disponibili.

Tale informativa liberatoria provvisoria consente espressamente alle stazioni appaltanti di "*stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture, sotto condizione risolutiva, ferme restando le ulteriori verifiche ai fini del rilascio della documentazione antimafia da completarsi entro sessanta giorni*".

Quindi, secondo la nuova, sia pur eccezionale, procedura, una volta consultata la banca dati del Ministero dell'interno non è necessario attendere i tempi ordinari per il completamento delle verifiche prefettizie, ma è consentito alla stazione appaltante di procedere con la stipula del contratto, ancorché sotto condizione risolutiva, rimanendo fermi gli ulteriori controlli da completarsi entro 60 giorni.

Qualora la documentazione successivamente pervenuta accerti la sussistenza di una delle cause interdittive previste dal Codice antimafia, i soggetti interessati sono tenuti a recedere dai contratti, fatti salvi il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione della restante parte nei limiti delle utilità conseguite.

8. Prospettive di riforma

La fase della stipulazione del contratto è stata oggetto di attenzione da parte del legislatore che ha conferito delega al Governo al fine di rivedere l'attuale disciplina dei contratti pubblici [61]. Con la riforma ci si orienterà alla cristallizzazio-

---

[59] Art. 89, primo comma, in materia di autocertificazione.

[60] Termine differito dall'art. 51, primo comma, lett. c), sub 2, l. n. 108/2021.

[61] Si ritiene opportuno evidenziare che con la legge delega 21.6.2022, n. 78, art. 1, il Parlamento ha delegato il Governo "*ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai princìpi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine*

ne in un unico articolo della materia della stipulazione concentrando così, in una apposita disposizione, i plurimi profili sopra analizzati e mettendo finalmente un punto normativo espresso ai più recenti orientamenti giurisprudenziali. In particolare, si provvederà a definire in maniera chiara, da un lato, che se la stipula del contratto non avviene nel termine per fatto della stazione appaltante o dell'ente concedente, l'aggiudicatario può farne constatare il silenzio inadempimento o, in alternativa, può sciogliersi da ogni vincolo mediante atto notificato; dall'altro, che se la mancata stipula del contratto non avviene nel termine fissato per fatto dell'aggiudicatario costituisce motivo di revoca dell'aggiudicazione.

Ed è sicuramente innovativa anche la riforma della vigente dizione "condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione", cui è sottoposto il contratto, nella nuova formulazione della "condizione risolutiva dell'esito negativo della sua approvazione", giacché la condizione risolutiva influisce su un rapporto negoziale già instauratosi e, pertanto, deve soggiacere alle regole aventi una natura più squisitamente privatistica [62].

di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate".

[62] Lo schema di Codice è in tal senso e risulta consultabile sul sito *https://www.appaltiecontratti.it/2022/10/26/nuovo-codice-appalti-il-testo-della-bozza-provvisoria-dal-consiglio-di-stato/*.

STUDI PER UN NUOVO DIRITTO AMMINISTRATIVO

Collana diretta da

S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, M. Nettesheim, S. Perongini, A. Zito

Volumi pubblicati

1. Marco Gaetano Pulvirenti, *Profili giuridici della funzione amministrativa*, 2013.
2. Carmencita Guacci, *Le impugnazioni incidentali nel processo amministrativo*, 2013.
3. Giovanni Licata, *Provvedimenti antitrust a contenuto normativo*, 2013.

Nuova serie

1. Giovanni Iudica, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, 2016.
2. Enza Romano, *La "non contestazione" nel processo amministrativo*, 2016.
3. Sergio Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, 2016.
4. Sergio Perongini (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, 2017.
5. Carmencita Guacci, *La competenza nel processo amministrativo*, 2018.
6. Enza Romano, *La valutazione dell'affidabilità dell'operatore economico. I motivi di esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, 2017.
7. Margherita Interlandi, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, 2018.
8. Sebastiano Licciardello (a cura di), *Il governo dell'economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario della nascita*, 2018.
9. Enza Romano, *L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici*, 2019.
10. Sergio Perongini, Sebastiano Licciardello (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, 2019.
11. Renata Pepe, *Il potere di ripristino tra sanzione e provvedimento amministrativo*, 2019.
12. Francesco Zammartino, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, 2020.
13. Francesco Scalia, *Energia sostenibile e cambiamento climatico. Profili giuridici della transizione energetica*, 2020.

14. Matteo Timo, *Funzioni amministrative e attività private di gestione della spiaggia. Profili procedimentali e contenutistici delle concessioni balneari*, 2020.
15. Sergio Perongini, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, 2020.
16. Raffaele Caroccia, *Risarcimento dell'interesse legittimo.* Chance*, tutela dell'affidamento e regole*, 2022.
17. Sergio Perongini, *La Formula «ora per allora» nel diritto pubblico*, volume I, *Le diverse tipologie di provvedimenti «ora per allora»*, 2022.
18. Sergio Perongini, *La Formula «ora per allora» nel diritto pubblico*, volume II, *Il provvedimento amministrativo «ora per allora»*, 2022.
19. Mariaconcetta D'Arienzo, *Contributo allo studio dei modelli organizzativi in sanità*, 2022.
20. Marco Gaetano Pulvirenti, *Patrimonio culturale e ordinamento pluralista*, 2022.
21. Mario Panebianco, Gaspare Dalia (a cura di), *Il segreto di Stato. Una indagine multidisciplinare sull'equo bilanciamento di ragioni politiche e giuridiche*, 2022.
22. Carmencita Guacci, Enza Romano, *Topics of public contracts. The calls for tender and the exclusion of the economic operator from the procedure*, 2022.
23. Carmencita Guacci, Enza Romano, *Argomenti di diritto amministrativo e dei contratti pubblici*, 2023.