

Università degli Studi di Bologna

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO PUBBLICO
(Codice disciplinare: IUS/10)

I PRINCIPI GENERALI IN MATERIA DI AFFIDAMENTO
DEI CONTRATTI PUBBLICI

Candidato:

Dott. ssa Antonella Azzariti

Ciclo XVIII

Relatore

Prof. Giuseppe Caia



Coordinatore

Prof. Girolamo Sciullo



TESI DI DOTTORATO

Ciclo XVIII

**“I principi generali in materia di affidamento dei
contratti pubblici”**

Dott. ssa Antonella Azzariti

INDICE

Premessa.

PARTE I

Profili introduttivi

CAPITOLO I

Lineamenti dell'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione.

1.1. La ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale del modulo procedimentale dell'evidenza pubblica.

1.2. I valori alla base della elezione del modello concorsuale come principale strumento di scelta del contraente nell'ordinamento nazionale.

CAPITOLO II

I caratteri fondamentali della regolamentazione europea dei contratti pubblici.

2.1. I valori protetti.

2.2. Le tecniche di normazione utilizzate.

PARTE II

Profili ricostruttivi

CAPITOLO III

I principi generali presiedenti l'esplicazione dell'attività contrattuale del soggetto pubblico.

3. Inquadramento generale.

Sezione I

Il principio di non discriminazione in base alla nazionalità.

3.1.1. Trattati generali.

3.1.2. L'applicazione del principio di non discriminazione al tema delle specifiche tecniche.

Sezione II

La parità di trattamento.

3.2.1. Tratti generali.

3.2.2. La fase di preselezione soggettiva dei concorrenti e l'interpretazione delle cause di esclusione dalle procedure di gara.

3.2.3. L'operatività del principio della parità di trattamento in relazione ai criteri di aggiudicazione.

3.2.4. La tensione tra le istanze di flessibilità e la tutela della parità di trattamento in relazione all'istituto del dialogo tecnico.

3.2.5. Il dialogo competitivo.

3.2.6. La salvaguardia della parità di trattamento nell'affidamento dei pubblici servizi a soggetti terzi rispetto alla pubblica amministrazione e le modifiche normative apportate dall'art. 13 del D.L. n. 223 del 2006.

Sezione III

I principi di trasparenza e pubblicità.

3.3.1. I profili generali di operatività.

3.3.2. Il principio di trasparenza ed il concetto di "pubblicità adeguata" nel pensiero giurisprudenziale comunitario.

3.3.3. Il sistema di pubblicità alla luce delle Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE e del codice dei contratti pubblici.

3.3.4. L'obbligo di preinformazione.

3.3.5. Il bando di gara.

3.3.6. Gli obblighi di post-informazione e le comunicazioni successive agli operatori economici.

3.3.7. La trasparenza nei rapporti tra Amministrazione ed operatori economici.

3.3.8. La nuova connotazione del diritto d'accesso agli atti delle procedure concorsuali in base all'art. 13 del Codice de Lise.

Sezione IV

Il principio di proporzionalità.

3.4.1. I tratti generali.

3.4.2. La sfera applicativa del principio di proporzionalità nella disciplina comunitaria ed interna dei contratti pubblici.

3.4.3. Il significato del principio di proporzionalità in relazione alla disciplina delle specifiche tecniche.

3.4.4. Il rispetto della proporzionalità nella scelta dei moduli procedurali di affidamento dei contratti pubblici

PARTE III

Profili evolutivi

CAPITOLO IV

La configurazione del valore della concorrenza nell'ambito dell'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione.

4.1. L'evoluzione dei valori protetti dalla disciplina delle procedure ad evidenza pubblica.

4.2. Il concetto di "mercato" come bene protetto.

Premessa.

La presente trattazione ha ad oggetto la tematica dei contratti della Pubblica Amministrazione, sotto il particolare profilo dei principi generali presiedenti l'espletamento delle procedure ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione di appalti di lavori, servizi e forniture e l'affidamento di prestazioni per le quali non sia positivamente imposto l'obbligo della gara.

Tenendo conto delle rilevanti modifiche apportate al quadro della materia dal D.lgs. n. 163 del 13 aprile 2006. e succ. mod., in recepimento delle direttive comunitarie 2004/18/CE e 2004/17/CE, si è proceduto, nella prima parte del lavoro, a ricostruire il quadro di valori sottostanti alla nozione di evidenza pubblica dapprima con riferimento all'ordinamento nazionale e successivamente all'ordinamento comunitario, sottolineando le principali differenze relative alla filosofia di fondo che permea l'agire contrattuale del soggetto pubblico nei due contesti ordinamentali.

In relazione all'ordinamento nazionale, viene messo in luce che la nozione di evidenza pubblica nasca come sistema di scelta del contraente della pubblica amministrazione mirante a salvaguardare principalmente la correttezza e l'imparzialità dell'azione amministrativa espressa in sede contrattuale, in considerazione della attribuzione di beni giuridici e posizioni di vantaggio a soggetti terzi, per poi evolversi, principalmente ma non unicamente per effetto dell'influenza comunitaria, verso una maggiore considerazione degli interessi privati attraverso i mezzi di tutela della concorrenza e della parità di accesso degli imprenditori, nel contesto normativo attuale previsti dal D.lgs. n. 163 del 2006.

Per quanto concerne l'ordinamento comunitario, viene messa in luce la *ratio* della disciplina sugli appalti pubblici, costituita dalla finalità di creare condizioni di concorrenza effettiva nell'attività contrattuale dei

soggetti pubblici con l'obiettivo di rendere possibile l'esplicazione delle libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi ex artt. 43 e 49 del Trattato UE.

A questo proposito, sono state analizzate le tecniche normative utilizzate dal legislatore comunitario e la loro evoluzione raggiunta nel quadro delle direttive di ultima generazione, evidenziando la strumentalità dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e mutuo riconoscimento rispetto alla nozione di concorrenza effettiva.

Sotto questo profilo, si è altresì rilevato come il grado di evoluzione raggiunto dall'ordinamento comunitario denoti una applicazione generalizzata dei principi in questione anche al di fuori degli ambiti positivamente disciplinati, attribuendo così valenza generalizzata ai canoni in questione.

Successivamente, nella parte ricostruttiva, vengono singolarmente analizzati i principi suddetti, enunciati dall'art. 2 del Codice dei Contratti Pubblici e nel 2° Considerando della Direttiva 2004/18/CE, evidenziando il modo in cui essi vengano coniugati con la sfera di precetti di derivazione interna e scandagliando le relative modalità applicative alla luce del Codice dei contratti pubblici.

Una volta descritto l'apparato concettuale di riferimento, nella parte conclusiva del lavoro, si è cercato di cogliere qual è, allo stato attuale, il grado di evoluzione della materia e quali siano le problematiche maggiormente attuali.

PARTE I

Profili introduttivi

CAPITOLO I

LINEAMENTI DELL'ATTIVITA' CONTRATTUALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

1.1. La ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale del modulo procedimentale dell'evidenza pubblica.

Nella tradizione propria dell'ordinamento nazionale, il concetto di evidenza pubblica indica, in senso lato, la serie procedimentale che la pubblica amministrazione è tenuta ad osservare ogniqualvolta debba scegliere un operatore economico nell'ambito dell'attività contrattuale finalizzata alla realizzazione di lavori o di opere, alla prestazione di servizi in senso ampio nonché alla fornitura di beni.

L'interesse scientifico per tale tema si può ricondurre, in linea generale, a due ordini di ragioni riconducibili, da un lato, all'esigenza di comprendere le caratteristiche e le peculiarità dell'*agere* contrattuale delle pubbliche amministrazioni, in larga parte, come si vedrà, inquadrato come ambito derogatorio rispetto al diritto comune, dall'altro, al fondamentale rilievo che l'assegnazione di appalti e concessioni, tradizionalmente, rileva per l'ordinamento giuridico non soltanto come momento di costituzione di un rapporto negoziale ma come scelta attributiva di vantaggi dal punto di vista economico e di beni giuridici¹.

¹ LEDDA F. , *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1964 ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 323, il quale rileva: “quel contratto, che nella sua espressione più consueta siamo soliti

Di qui deriva l'attenzione dell'ordinamento alla regimentazione delle attività preordinate alla assegnazione dei contratti pubblici o comunque il suo assoggettamento a criteri di imparzialità e correttezza amministrativa, racchiusi fondamentalmente nel precetto costituzionale dell'art. 97 della Costituzione².

Unitamente a tali aspetti di interesse, il quadro della materia è stato sottoposto ad una profonda evoluzione a causa del processo di integrazione europea, che ha condotto ad un ripensamento delle linee generali della disciplina dell'attività di diritto privato della P. A., i cui effetti sono registrabili sia sul piano del diritto positivo³ sia sotto il profilo della speculazione giurisprudenziale e dottrinale, che evidenziano in modo pressoché costante l'emersione di nuovi valori alla base dell'agire privatistico pubblico, dovute principalmente al recepimento della disciplina di derivazione comunitaria.

La necessità di un generale adeguamento della materia dei contratti pubblici al dettato comunitario è resa evidente dallo stesso Consiglio di

rappresentarci come un mezzo, uno strumento di composizione e realizzazione d'interessi, quando sia parte l'amministrazione pubblica viene in considerazione al tempo stesso come un bene, rispetto al quale possono manifestarsi diverse aspirazioni: cioè come un bene del quale l'amministrazione può disporre a vantaggio di questo o quel soggetto”.

² LEDDA F., *Op. cit.*, 323, “Quando si tratti di commesse pubbliche, si vuole, a ragione, che del contratto l'amministrazione disponga imparzialmente: favoritismo e abuso devono essere impediti ad ogni costo”.

Nel senso della configurazione della procedura ad evidenza pubblica come bene giuridico la cui tutela deve essere salvaguardata da parte dell'ordinamento in nome dei principi della imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., si veda, *ex multis*: TAR Calabria, sez. II, 22 luglio 2004 n. 1679, relativa al fenomeno del collegamento sostanziale tra imprese rilevante ai fini della partecipazione alla gara: “Tenuto conto che tale rischio coinvolge direttamente il bene della correttezza della procedura di evidenza e della concorrenza tra imprese, detto bene va salvaguardato, nei limiti del possibile, ex ante, nel momento stesso in cui viene messo in pericolo e senza attendere la sua effettiva lesione, non potendo la collettività addossarsi il costo di gare viziate dalla partecipazione di imprese governate da un unico centro decisionale, giacché ciò significherebbe ammettere e tollerare una possibile violazione ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.”.

³ Tale cambiamento è reso evidente dalla entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici, Decreto legislativo 13 aprile 2006, n. 163 Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante: "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE", e succ. mod. pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 100 del 2 maggio 2006 -Supplemento Ordinario n. 107.

Stato che ha sottolineato come alla base dell'impianto normativo contenuto nel codice dei contratti pubblici vi sia l'intento di recepire le Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE ma soprattutto l'esigenza di dare una lettura dei principi comunitari non soltanto limitativa degli interventi da evitare ma soprattutto impositiva degli interventi da introdurre per la definizione di un quadro normativo che tenga presente le linee di sviluppo della materia⁴.

Tale rilievo basterebbe già per comprendere la complessità del tema, caratterizzato, sul piano della regolazione, dalla sovrapposizione di fonti provenienti da ordinamenti diversi e, sotto il profilo sostanziale, dall'assenza di un modello uniforme valevole per tutte le pubbliche amministrazioni⁵.

Per comprendere i principi generali che stanno alla base della materia, è necessario partire dall'inquadramento della tematica dei contratti della P.A. nel diritto interno, prendendo in considerazione le ragioni alla base della imposizione della gara come ordinario sistema di scelta del contraente privato ed i valori ad esso sottesi.

Preliminarmente, occorre fare riferimento alla più ampia tematica della capacità contrattuale della p.a., la quale postula un'indagine condotta sul duplice piano del diritto comune e della disciplina pubblicistica.

Infatti, gli aspetti salienti in cui si estrinseca l'autonomia negoziale nel senso proprio del diritto comune, espressi nella libertà di scelta della propria controparte contrattuale, nella determinazione dell'oggetto negoziale e definizione dell'assetto di interessi dedotti, incontrano, in relazione alla pubblica amministrazione, una significativa compressione derivante dal rispetto delle regole sull'evidenza pubblica, le quali sono tradizionalmente ricostruite come norme imperative, non derogabili da

⁴ Consiglio di Stato, sez. Consultiva, parere 6 febbraio 2006, n. 355/06, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵ Sulla non univocità del complesso strutturale dell'evidenza pubblica, dirimente è il riferimento a GIANNINI M.S. *I contratti ad evidenza pubblica*, in *Dir. Amm.* 1998, 393 ss, il quale autorevolmente rileva: "la procedura ad evidenza pubblica annovera atti che hanno più o meno la stessa funzione, quale che sia l'amministrazione agente ma non hanno sempre la stessa struttura".

parte dei contraenti.

I soggetti pubblici, pur godendo di autonomia negoziale, ai sensi dell'art. 1322 c.c.⁶, sono tenuti, oltre all'osservanza dei limiti previsti dal codice civile, al rispetto delle regole sancite dall'ordinamento in ordine all'esplicazione della loro capacità negoziale.

Ciò deriva dalla ricostruzione giurisprudenziale e dottrinale in base alla quale l'attività di diritto privato del soggetto pubblico, pur sfociando nella adozione di atti di diritto privato, afferisce alla cura di interessi pubblici, il cui temperamento imprime un vincolo funzionale all'esercizio della medesima.

Il concetto di funzionalizzazione della attività amministrativa di diritto privato viene definito come manifestazione della capacità giuridica degli enti pubblici attraverso norme primarie e secondarie, che si esplicano nel rispetto di fasi procedurali tese al perseguimento di interessi generali, non coincidenti con quelli cui mira il contratto di diritto privato⁷.

Appare significativa, sotto questo profilo, una recente statuizione del

⁶ Non è revocata in dubbio la sussistenza della capacità di diritto privato in capo alla pubblica amministrazione e la titolarità in capo alla medesima di autonomia negoziale, ai sensi dell'art. 1322 c.c. In relazione alla fattispecie dell'appalto pubblico, appare superata la tesi in base alla quale l'appalto pubblico non sarebbe riconducibile allo schema contrattuale privatistico, ma costituirebbe un contratto ad oggetto pubblico o un contratto di diritto pubblico, come combinazione di un atto di volontà amministrativo e un atto di sottomissione del privato. Tale teoria è autorevolmente sostenuta da: MAYER O., *Teorie des französischen Verwaltungsrechts*, Berlino, 1876; RESTA R., *Sulla natura speciale del contratto di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche e sulla proponibilità dell'azione giudiziaria di adempimento dell'amministrazione*, in *Foro Amm.*, 1932, II, 185. Sul punto, GALLUCCI C., voce *Appalto Pubblico*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 9.

⁷ Consiglio di Stato, Ad. Gen. 17 febbraio 2000 n. 2, in *Foro It.* 2001, III, 347, secondo cui: "Nel nostro ordinamento giuridico la capacità giuridica e di agire degli Enti Pubblici è disciplinata dalle disposizioni di diritto positivo relative alle persone giuridiche, ma, in relazione al principio della necessaria evidenza pubblica delle scelte effettuate da detti Enti, le persone giuridiche pubbliche possono assumere impegni solo nei limiti e nei modi stabiliti dalla legislazione che regola la loro attività per il perseguimento dei fini loro assegnati".

Il punto appare chiarito anche nelle pronunce: Consiglio di Stato, Ad. Plen. ordinanza 30 aprile 2000, n. 1, relativa ai limiti della giurisdizione elusiva del g.a. e nella sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 4 del 22 aprile 1999, in materia di accessibilità degli atti dei gestori privati di servizi pubblici, nelle quali si è precisato che l'attività amministrativa, al di là della veste soggettiva dell'ente e della forma giuridica degli atti, costituisce esercizio di funzione amministrativa ricedente sotto il governo del diritto pubblico. CIVITARESE MATTEUCCI S., *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Diritto Pubblico*, 2003, n. 2, 405 e ss.

Consiglio di Stato, nella quale il ricorso a procedure ad evidenza pubblica viene definito come luogo nel quale si cristallizza la volontà contrattuale dell'Ente, "volontà che, così come deve manifestarsi attraverso tali procedure, parimenti può essere modificata solo con il ricorso ai medesimi procedimenti. Al di fuori dei limiti segnati dalle norme dell'ordinamento di settore, non vi è capacità di agire degli enti pubblici ma atti riconducibili alla volontà e quindi alla responsabilità dei singoli e, come tali, inidonei a produrre effetti nella sfera giuridica delle amministrazioni pubbliche, perché emessi in carenza del potere di impegnare l'ente"⁸.

In questo senso, va effettuata la distinzione tra attività amministrativa di diritto privato, nel senso sopra precisato e attività di spettanza necessaria della p.a. che viene definita come quella che l'organizzazione amministrativa pone in essere per la cura in via immediata di interessi propri, non coincidenti con quelli della collettività⁹.

La sussistenza di un regime speciale di formazione della volontà contrattuale del soggetto pubblico viene tradizionalmente ricondotta all'idea di autorità.

Infatti, la peculiarità del soggetto pubblico come parte contrattuale e la generalità degli interessi di cui esso è portatore nell'espletamento dell'attività negoziale si rinvergono alla base della ricostruzione del Giannini della procedura ad evidenza pubblica come sistema a doppio stadio, composto da due procedimenti paralleli¹⁰.

Il primo, definito come serie negoziale, è inteso alla formazione della volontà contrattuale della p.a. e regolato da norme privatistiche, a fronte delle quali i singoli risultano portatori di diritti soggettivi, a differenza del

⁸ Consiglio di Stato, V, 18 gennaio 2006, n. 126 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁹ POLI V., *Principi generali e regime giuridico dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale, in base a questa distinzione, ritiene non sostenibile una piena fungibilità tra contratto e atto amministrativo, almeno con riferimento alla attività di spettanza necessaria della p.a.

¹⁰ GIANNINI M.S., *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970, 799 ss.

secondo, detto serie procedimentale, che è strumentale alla scelta del contraente e disciplinato da disposizioni pubblicistiche, rispetto alle quali vengono individuate posizioni di interesse legittimo.

In particolare, in questa seconda fase, l'autorità contraente è tenuta "a spiegare le ragioni di interesse pubblico per le quali vuole addivenire o è addivenuta a quel contratto avente quel certo contenuto" in modo da "dare evidenza alle ragioni di interesse pubblico per le quali si sono adottate certe condizioni ed a controllarle".

L'autorevole definizione, assunta dalla letteratura successiva come cardine della sistematica dei contratti pubblici¹¹, riprende e sviluppa il pensiero di precedenti studiosi della materia secondo cui la presenza del soggetto pubblico come parte contrattuale costituirebbe la ragione giustificativa di un sistema derogatorio rispetto al diritto comune¹².

Altri orientamenti dottrinali giustificano il ricorso all'evidenza pubblica facendo riferimento alla necessità di applicare ai contratti pubblici i principi propri della teoria degli atti amministrativi e di consentire ai privati la tutela delle proprie ragioni in sede giurisdizionale¹³.

Si iscrive in tale filone di pensiero quella dottrina che sottolinea come sia "ben noto che l'operazione di trasformazione in atti di diritto pubblico di questi atti che tecnicamente potrebbero avere e che storicamente avevano, nella gran parte dei casi, natura privatistica, è dovuta all'affermarsi di un modello di amministrazione fondato sui principi dell'imparzialità e della ragionevolezza, perciò sempre controllabile dall'esterno e nel quale assumono configurazione di

¹¹ PERICU G., *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in AA.VV., *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, 1623. CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto Amministrativo*, Torino, 2005, 636.

¹² ROEHRSEN DI CAMMARATA, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Bologna, 1959, 19.

¹³ GRECO G., *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986. Sul punto, altresì, MERUSI F., *Disciplina e organizzazione dei finanziamenti pubblici nelle leggi per il mezzogiorno*, Milano, 1968, 56 ss., il quale vede nella teoria del doppio stadio, la preoccupazione della dottrina di trovare un legame pubblicistico all'attività di diritto privato della pubblica amministrazione. In giurisprudenza: Consiglio di Stato, V, 18 gennaio 1984, n. 49, in *Arch. giur. Oo.pp.* 1984, 230; e in *Rivista Trimestrale degli appalti*, 1986, 211 ss. con nota di CARULLO A.

portatori di interessi giuridicamente rilevanti i terzi, a fronte di una azione amministrativa che possa essere lesiva di quegli interessi. È proprio la tutela dei terzi, la rilevanza giuridica della loro posizione soggettiva a fronte di una determinata azione amministrativa, che costituisce il vero discrimine tra diritto amministrativo e diritto privato e la ragione per la quale la disciplina pubblicistica si è estesa storicamente al di fuori dell'ambito autoritativo sino ad investire tendenzialmente tutta l'azione delle amministrazioni pubbliche, salva quella di carattere strettamente privatistico-patrimoniale¹⁴.

Dal punto di vista sostanziale, il procedimento ad evidenza pubblica si sostanzia in diverse fasi, riconducibili alla deliberazione a contrarre, alla fase di scelta del contraente, retta dai metodi di scelta e dai criteri di aggiudicazione previsti dalla legge ed, in ultima istanza, a quella di conclusione del contratto e di approvazione, in funzione di controllo¹⁵.

Nel contesto normativo attuale, tali aspetti appaiono notevolmente semplificati dal Codice dei Contratti Pubblici, che, ex art. 11, disciplina le fasi delle procedure di aggiudicazione prevedendo una netta separazione tra la fase di scelta del contraente culminante nell'aggiudicazione e la fase di stipulazione del contratto, cui segue la fase di approvazione, in funzione di controllo sugli atti adottati¹⁶.

¹⁴ CERULLI IRELLI V., *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa (primo commento alla l. n. 15 del 2005 recante modifiche e integrazione alla l. n. 241 del 1990)*, in <http://www.astridonline.it>. DE LUCIA L., *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. amm.*, 2005, n. 1, 101, parla efficacemente di « poligonalità » dell'attività amministrativa provvedimentoale, per la sua « idoneità a coinvolgere, attraverso gli effetti del provvedimento, la sfera giuridica di una pluralità di soggetti diversi dal destinatario ».

¹⁵ CORSO G., *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, p. 247, il quale sottolinea che "poiché chi contrae per la P.A. utilizza risorse che non sono sue, vi è il rischio che egli - lungi dal contrapporsi all'altra parte nella determinazione dell'assetto degli interessi contrattuali - colluda con quest'altra parte nel perseguimento di un interesse personale", sicché "l'ente pubblico non è libero di scegliere con chi contrattare né è libero di scegliere il contenuto del contratto. Quella che è una delle manifestazioni più importanti della libertà di contratto - la libertà di scegliere la controparte e di concludere il contratto alle condizioni che insieme sono concordate - viene radicalmente modificata laddove a contrarre sia una pubblica amministrazione sottoposta a quel vincolo".

¹⁶ Decreto legislativo n. 163 del 13 aprile 2006 e succ. mod, cit., art. 11, che disciplina le fasi delle procedure di aggiudicazione, distinguendole tra: fase di determinazione a contrarre – art. 11, comma 2 –

Diversamente, la disciplina comunitaria non prende in considerazione la fase di esecuzione del contratto, che viene lasciata alla disciplina interna agli stati membri, in ragione del fatto che sono le fasi di preparazione ed aggiudicazione degli appalti ad incidere maggiormente sull'esercizio della libera circolazione di beni e servizi e sulla libertà di stabilimento¹⁷.

Tra i profili che accomunano i due ordinamenti, va registrata una sostanziale convergenza in ordine all'utilizzo dello schema della gara come sistema di scelta del contraente, già anteriormente all'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, anche se dovuta a ragioni non coincidenti.

Per quanto concerne l'ordinamento nazionale, la cogenza del principio concorsuale costituisce un dato acquisito nell'ordinamento sin dalla legge 20 marzo 1865, n. 2248¹⁸.

Successivamente, la previsione del modulo procedimentale in

nella quale vengono individuati gli elementi essenziali del contratto ed i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte; fase di aggiudicazione provvisoria – art. 11, comma 4; fase di aggiudicazione definitiva – art. 11, comma 7; art. 12, che disciplina la fase di controllo sugli atti delle procedure di affidamento.

¹⁷ Conclusioni Avvocato Generale Colomer, 8 novembre 2006, C-412/04, in *www.curia.eu.int*, punto 53.

¹⁸ Dal punto di vista storico, con riferimento all'attività contrattuale posta in essere dallo Stato, i primi referenti normativi si rinviengono nella Legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, in particolare all'art. 331, che fa menzione delle aste e delle altre operazioni di appalto e degli incanti per la realizzazione di lavori pubblici.

Successivamente, il riferimento va alle disposizioni contenute nella normativa in materia di Contabilità di Stato, in particolare, al R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 3, comma 1° e 2°, il quale prevede che “I contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che, per particolari ragioni, delle quali si dovrà fare menzione nel decreto di approvazione del contratto e limitatamente ai casi da determinare con regolamento, l'amministrazione non intenda fare ricorso alla licitazione privata ovvero nei casi di necessità, alla trattativa privata”, ed all'art. 36 del relativo regolamento di attuazione, R.D. 23 maggio 1924, n. 827, il quale dispone che “si provveda con contratti a tutte le forniture, trasporti, acquisti, alienazioni, affitti o lavori riguardanti le varie amministrazioni e i vari servizi dello Stato”.

Con più specifico riguardo all'attività di acquisizione di beni o servizi e realizzazione di lavori degli enti locali, va fatto riferimento al disposto dell'art. 87 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, secondo cui “i contratti dei Comuni riguardanti alienazioni, locazioni, acquisti, somministrazioni od appalti di opere devono di regola essere preceduti da pubblici incanti con le forme stabilite per i contratti dello Stato, ed al tenore dell'art. 192 del decreto legislativo del 18 agosto 2000, n. 267, il quale sancisce l'applicazione, per la stipulazione dei contratti dell'ente locale, delle modalità di scelta del contraente vigenti in materia di contratti della P.A. e delle procedure previste dalla normativa dell'Unione Europea recepite o comunque vigenti nell'ordinamento giuridico italiano.

questione è contenuta nella legge di contabilità pubblica che ha costituito il nucleo centrale del sistema contrattualistico pubblico, operando quale fonte generale e suppletiva di eventuali lacune della legislazione speciale.

Il dato viene confermato dalla giurisprudenza contabile, ad avviso della quale il sistema della contabilità di stato si presenta come un corpo di norme speciali caratterizzate da completezza ed organicità, con conseguente applicazione delle disposizioni con esso interferenti, in quanto derogatrici, integrative o suppletive, entro limiti ben precisi¹⁹.

Da ultimo, l'art. 2 del Codice dei Contratti Pubblici, fa riferimento ai principi di economicità, efficacia e tempestività e correttezza dell'azione amministrativa nonché ai principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità come canoni presiedenti l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture²⁰.

Il recente intervento normativo generalizza l'osservanza del modulo procedimentale dell'evidenza pubblica nei contratti superiori alla soglia comunitaria, tanto con riferimento ai settori ordinari quanto in relazione la scelta del socio privato nella costituzione di società miste, estendendo altresì il rispetto dei principi posti a tutela della concorrenza a tutte le attività contrattuali della p.a. anche se esulanti da una puntuale disciplina di stampo nazionale o comunitario²¹.

¹⁹ Corte dei Conti, Sez. contr. Stato, 7 giugno 2000, n. 5 in *www.autoritàcontrattipubblici.it*.

²⁰ Nel tessuto del Codice dei contratti pubblici, viene fatto espresso riferimento al rispetto dei principi di ascendenza comunitaria desumibili dalle quattro libertà fondamentali del Trattato ed i canoni di ascendenza interna, anche nelle disposizioni contenute negli articoli: 27, 1° comma, avente ad oggetto i settori esclusi dall'ambito di applicazione del codice, l'art. 30, 3° comma, relativo alle concessioni di servizi, gli artt. 56, comma 1°, e 57, comma 6°, che fanno riferimento alle procedure negoziate con e senza bando di gara, l'art. 62, dedicato alle procedure ristrette, l'art. 110, avente ad oggetto i concorsi di progettazione sotto-soglia e l'art. 121, che disciplina i contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria.

²¹ Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, *cit.* letteralmente il disposto dell'art. 1 reca: “ Il presente codice disciplina i contratti delle stazioni appaltanti, degli enti aggiudicatori e dei soggetti aggiudicatori, aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori e opere. 2. Nei casi in cui le norme vigenti

Nell'ordinamento comunitario, come si avrà modo di approfondire in seguito, il principio concorsuale è stato principalmente utilizzato come mezzo per addivenire all'obiettivo di apertura del mercato da rispettarsi ogniqualvolta vi sia "un rapporto di scambio o societario", definibile "a prestazioni corrispettive o oneroso" con una pubblica amministrazione²².

Sulla base del recepimento dei principi di derivazione comunitaria, che saranno scandagliati nel prosieguo del lavoro, la giurisprudenza è giunta ad affermare che la Pubblica Amministrazione è tenuta all'indizione di una procedura ad evidenza pubblica ogniqualvolta debba procedere alla "attribuzione di un'occasione di guadagno" nei confronti di soggetti privati²³.

Tuttavia, sebbene sia indubitabile che una generalizzazione tanto estesa del modello concorsuale sia l'effetto del processo di integrazione europea, a ben guardare, la genesi di tale processo può ricondursi anche a fattori endogeni all'ordinamento nazionale.

Già la legislazione più risalente mostra un'applicazione del principio tanto con riferimento a fattispecie di carattere contrattuale quanto a fattispecie di natura provvedimentale.

Tra gli esempi più evidenti e maggiormente indagati viene sicuramente in luce la figura dell'appalto pubblico utilizzata come strumento di acquisizione di beni e servizi o di realizzazione di lavori, dapprima in relazione alla sfera dei contratti passivi - come compravendite, somministrazioni, leasing, contratti di prestazione professionale - e

consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica".

Decreto legislativo n. 163 del 13 aprile 2006, art. 2, comma 1°, reca: "L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate dal presente codice".

²³ Consiglio di Stato, VI, 30 dicembre 2005, n. 7616 in www.giustizia-amministrativa.it.

successivamente con riferimento alla sfera dei contratti attivi, da cui derivi un vantaggio in termini economici per l'amministrazione²⁴.

La figura è oggi tipizzata dagli articoli 1 e 53 del Codice De Lise che introducono un *numerus clausus* di modalità di affidamento dei contratti pubblici, alternativamente riconducibili all'appalto ovvero alla concessione, prevedendo, in linea con l'orientamento comunitario, che l'appalto possa comprendere, oltre all'esecuzione di lavori pubblici, anche la progettazione e l'esecuzione con qualsiasi mezzo²⁵.

Si noti che nel concetto di "esecuzione con qualsiasi mezzo" di opere pubbliche, la giurisprudenza fa rientrare, oltre all'ambito di operatività della figura del contraente generale, anche la vendita di cosa futura ed il leasing immobiliare, così riducendo lo spazio per la loro configurazione

²⁴ Sul punto: Consiglio di Stato, IV, 1 febbraio 2001, n. 399, in *Foro It.*, 2001, III, 263, secondo cui: "A mente dell'art. 3, comma 1, L. 18 novembre 1923, n. 2440, i contratti dai quali derivi una entrata devono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che in caso di necessità l'amministrazione non intenda fare ricorso alla trattativa privata".

In senso difforme: CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005, II, 2252, nella parte in cui si dice che: "Esulano dagli appalti e dalla relativa disciplina dettata dalle norme interne e comunitarie solo i contratti attivi per la p. a."

²⁵ Il codice dei contratti pubblici prevede come forme di affidamento di lavori, servizi e forniture l'appalto o la concessione, ex art. 3, comma 3°, che reca: "I contratti pubblici sono i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, di forniture o l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori"; art. 53, "Tipologia e oggetto dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture", recante: 1. Fatti salvi i contratti di sponsorizzazione e i lavori eseguiti in economia, i lavori pubblici possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione, come definiti all'articolo 3; comma 2: Negli appalti relativi a lavori, il decreto o la determina a contrarre stabilisce, motivando, nelle ipotesi di cui alle lettere b) e c) del presente comma, in ordine alle esigenze tecniche, organizzative ed economiche, se il contratto ha ad oggetto: a) la sola esecuzione; b) la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice; c) previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto preliminare dell'amministrazione aggiudicatrice. Lo svolgimento della gara e' effettuato sulla base di un progetto preliminare, nonché di un capitolato prestazionale corredato dall'indicazione delle prescrizioni, delle condizioni e dei requisiti tecnici inderogabili. L'offerta ha ad oggetto il progetto definitivo e il prezzo. Per le stazioni appaltanti diverse dalle pubbliche amministrazioni l'oggetto del contratto e' stabilito nel bando di gara.

In dottrina: PRESUTTI E., *Contratti di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche: risoluzione in danno dell'Amministrazione per inadempienza di questa*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1912, II, 182 ss.

Chiaramente sul punto, CAFAGNO M., *Lo Stato Banditore*, Milano, 2001, 6, il quale sottolinea "la natura provvedimentale o negoziale degli strumenti adoperati dalle autorità nazionali non costituiscono, di per sé soli, elementi sufficienti a giustificare l'esonero dalle norme che presidiano la concorrenza", ed *ivi* si veda la bibliografia citata alle note 6 e 7.

come fattispecie contrattuali distinte dall'appalto e, pertanto, sottratte all'obbligo di evidenza pubblica²⁶.

Inoltre, l'elaborazione giurisprudenziale consente di evidenziare una progressiva estensione del modulo procedimentale in questione anche in relazione all'istituto della trattativa privata, indipendentemente dal recepimento delle regole comunitarie, quantomeno in fase iniziale.

Stante la valenza generale dell' utilizzo di procedure concorsuali aperte per ogni attività contrattuale - asta pubblica, licitazione privata, appalto-concorso- la trattativa privata è stata disegnata dal sistema normativo di Contabilità di Stato come ambito derogatorio cui ricorrere nei casi di particolare urgenza o di previo esperimento di gare andate deserte²⁷.

Nel pensiero giurisprudenziale, tale tipologia di scelta del contraente è stata a lungo tempo interpretata come ambito retto dal principio della libertà delle forme ed inteso come negoziazione effettiva fra due interlocutori posti su un medesimo piano di autonomia contrattuale.

In questo senso, il Consiglio di Stato ha avuto modo di rilevare: “I principi costituzionali cui deve informarsi l'azione amministrativa impongono che la scelta del contraente pubblico avvenga attraverso una selezione pubblica idonea all'individuazione del miglior contraente possibile, cosicché il ricorso alla trattativa privata può considerarsi

²⁶ In relazione alla nozione comunitaria di “esecuzione con qualsiasi mezzo”, si veda: Corte di Giustizia, 18 gennaio 2007, C-220/05, in *www.curia.eu.int*, punto 29: “In conformità con la definizione che compare nella detta disposizione, gli appalti pubblici di lavori sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra, da un lato, un imprenditore e, dall'altro, un'amministrazione aggiudicatrice di cui all'art. 1, lett. b), della direttiva, ed aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori o di un'opera come definita dalla direttiva, ovvero l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice”.

Consiglio di Stato, parere 6 febbraio 2006, cit., n. 355/06, cit.; la possibilità di ricorrere alla vendita di cosa futura come figura alternativa rispetto all'appalto, viene limitata in giurisprudenza alle ipotesi eccezionali in cui si ravvisi l'effettiva necessità di rivolgersi ad un esecutore determinato, perché il bene da acquistare sia infungibile per le sue caratteristiche strutturali e topografiche ovvero un bene unico nel suo genere: Consiglio di Stato, Ad. Gen., 17 gennaio 2000, n. 2, in *Il Consiglio di Stato*, 2001, I, 1009; Consiglio di Stato, VI, 1 marzo 2005, n. 816, in *Il Consiglio di Stato*, 2005, I, 360.

²⁷ In questo senso l'art. 92 del r.d. n. 827 del 1924 prevede che: “La trattativa privata ha luogo quando, dopo aver interpellato, se ciò sia stato ritenuto conveniente, più persone o ditte, si tratta con una di esse”.

legittimo solo in presenza di ben precise condizioni”²⁸.

La successiva evoluzione dell’istituto appare connotata da una graduale procedimentalizzazione, dovuta con tutta probabilità alla contemporanea presenza di un contesto normativo interno che ha progressivamente accentuato il suo sfavore per forme di contrattazione sottratte a qualsiasi forma di controllo pubblicistico ed all’influenza comunitaria.

Paradigmatica è la giurisprudenza secondo la quale l’evidenza pubblica integri “una struttura procedimentale di carattere generale applicabile a qualsiasi tipo di contrattazione”, sia a quelle destinate a concludersi con un sistema di tipo meccanico e vincolato e con formale aggiudicazione, sia a quelli destinati a concludersi con un sistema di tipo negoziato e libero²⁹.

Le ragioni di tale evoluzione appaiono riconducibili, da un lato, all’esigenza di ampliare lo spettro di tutele a disposizione dei contraenti della p.a. e, dall’altro, a ragioni di adeguamento ai principi di trasparenza, imparzialità e concorsualità rafforzati dall’ingresso delle regole comunitarie.

Si iscrive in questo filone l’odierna previsione dell’art. 57, comma 6, del Codice De Lise, che introduce nell’ambito delle procedure negoziate una serie di garanzie procedimentali date dal rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione e dalla previsione del numero minimo di operatori economici da invitare³⁰.

²⁸ Consiglio di Stato, V, 26.3.2001, n. 1724 in *Il Consiglio di Stato*, 2001, n. 3, 768; TAR Campania, Salerno, I, 17 gennaio 2003 in www.giustizia-amministrativa.it, che rileva: “Secondo consolidato e pacifico orientamento giurisprudenziale, tale forma di affidamento non è in alcun modo vincolata dalla legge a particolari forme, salvi i casi di trattativa privata precisamente regolati dalla disciplina comunitaria”.

²⁹ Consiglio di Giustizia Amministrativa della regione siciliana, 1 agosto 1994, n. 279, in *Il Consiglio di Stato*, I 1162; Consiglio di Stato, V, 10 aprile 2000, n. 2079, in *Il Consiglio di Stato*, I 923.

³⁰ Consiglio di Stato, Sez. Cons., 6 febbraio 2006, n. 355/06, in *Foro Amm.*, C.d.S., 2006, 600, Parte II, sub Art. 62 (Numero minimo dei candidati da invitare nelle procedure ristrette, negoziate e nel dialogo competitivo – Forcella): “Si rileva che, nel recepimento dell’istituto del c.d. numero minimo, la scelta del Governo è stata nel senso di indicare nel bando di gara i criteri e le norme, obiettivi e non

In questo modo, il legislatore introduce come regola generale l'espletamento di gare ufficiose per le procedure negoziate, in antitesi con la tendenza giurisprudenziale di rimettere alla discrezionalità della stazione appaltante l'espletamento di forme di selezione preliminare dei contraenti, salva la sussistenza di previsioni normative *ad hoc*.

Sul punto, infatti, si registrano pronunce secondo cui “La trattativa privata è uno strumento di negoziazione che può svolgersi per mezzo di un mero sondaggio di mercato oppure ricorrendo ad una gara ufficiosa”, dove la seconda viene definita come “una valutazione comparativa delle offerte comportante che l'amministrazione sia comunque tenuta al rispetto dei principi insiti nel concetto stesso di gara, vale a dire quelli di trasparenza e *par condicio*”³¹.

Pertanto, sebbene positivizzazione del principio della gara ufficiosa abbia ricevuto un impulso determinante ad opera del diritto comunitario, bisogna fare attenzione a non attribuire tale cambiamento esclusivamente alla fonte normativa esogena, poiché già la lettura dell'istituto fornita dalle fonti interne preesistenti denota una limitazione dei presupposti applicativi e delle formalità procedurali³².

Inoltre, il principio della gara ufficiosa risulta esteso anche alla materia degli incarichi di progettazione di importo inferiore alla soglia

discriminatori, che si intendono applicare nonché il numero minimo dei candidati che si intendono invitare. Si inserisce la specificazione che si deve trattare di criteri e norme “pertinenti all'oggetto del contratto”. Tale specificazione non è nel testo della direttiva e si segnala che apparentemente essa potrebbe comportare una limitazione eccessiva della discrezionalità amministrativa e del buon andamento dell'azione amministrativa. Sembrerebbe, pertanto, preferibile fissare le possibilità di scelta dell'amministrazione (relative alla individuazione dei candidati da invitare) con riguardo a determinate caratteristiche – indicate in modo trasparente ed oggettivo – anche dei soggetti e non solo dell'oggetto del contratto. Quanto poi al numero massimo di candidati, si ritiene che esso possa essere stabilito senza riguardo alle stesse ragioni oggettive, ma debba allora tenersi conto delle esigenze di efficienza della procedura”.

³¹ Consiglio di Stato, VI, 29 marzo 2001, n. 1881 in *Il Consiglio di Stato*, 2001, n. 3, 804.

³² In questo senso, si veda come la previsione oggi contenuta nell'art. 57 del Codice dei Contratti abbia, sotto il profilo del numero di ditte da invitare un precedente in una L.R. Emilia-Romagna n. 22 del 1980, art. 73, la quale prevedeva già un limitato ricorso alla trattativa privata in presenza di precise condizioni: “solo quando siano state interpretate almeno cinque ditte comprese negli elenchi di cui al precedente art. 69”.

comunitaria, per i quali viene previsto sia il rispetto dei principi fondamentali sanciti dal Trattato sia l'introduzione un *minimum* di garanzie procedurali in ordine al loro espletamento, recependo l'orientamento giurisprudenziale teso ad affermare la salvaguardia di un sistema di garanzie procedurali anche in relazione agli incarichi di progettazione di modesto importo, stante il loro carattere fiduciario³³.

Il tema dell'evidenza pubblica caratterizza altresì *ab origine* la materia concessoria in relazione alla quale, tuttavia, le acquisizioni comunitarie hanno costituito sicuramente un tassello fondamentale per l'affermazione del rispetto dei principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione.

Infatti, soltanto a partire dal secondo dopoguerra si pone il problema dell'applicazione alle concessioni delle regole di pubblicità e trasparenza, in quanto il sistema concessorio risalente alla metà dell'800 non pose

³³Art. 91, comma 2°, del D.lgs. n. 163 del 2006, che ricalcando sostanzialmente, la previsione contenuta nell'art. 17 della legge Merloni, prevede che: “2. Gli incarichi di progettazione di importo inferiore alla soglia di cui al comma 1 possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, ai soggetti di cui al comma 1, lettere *d*), *e*), *f*), *g*) e *b*) dell'articolo 90, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito e' rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei.

Consiglio di Stato, I, 1 marzo 2003, n. 1134 in *Il Consiglio di Stato*, 2003, n. 3, 555, nella parte in cui si dice: “la procedura di cui all'art. 17, comma 2, legge 11 febbraio 1994, n. 109, per l'affidamento di incarichi di progettazione di importo stimato tra i 40.000 e i 200.000 euro, pur essendo connotato da un maggiore margine di speditezza e semplicità rispetto agli altri procedimenti di affidamento di servizi è pur sempre una procedura concorsuale e come tale richiede la previa fissazione dei criteri di scelta del contraente”; TAR Sicilia, I, Palermo, 14 marzo 2005, n. 37 in *I TAR*, 2005, 5-6, 1647, secondo cui: “Nell'affidamento di incarichi di progettazione sussiste onere di motivazione che, oltre ad inquadrarsi simmetricamente con il principio generale di motivazione degli atti amministrativi sancito dalla legge n. 241 del 1990, non può logicamente che verte sulle qualità del concorrente che si ritiene di prescegliere (non essendo altrimenti dato comprendere a quale parametro la motivazione pretesa *ex lege* debba rapportarsi). Tale assunto è stato fatto proprio dalla costante giurisprudenza amministrativa, la quale ha avuto modo di affermare che negli appalti di opere pubbliche, l'art. 62 d.p.r. n. 554 del 1999 rende applicabile agli incarichi di direzione dei lavori l'art. 17 della legge n. 109 del 1994, il quale stabilisce che per gli incarichi di progettazione di importo inferiore a 40.000 euro, le stazioni appaltanti devono verificare l'esperienza e le capacità professionali dei progettisti incaricati e motivarne la scelta in relazione al progetto da affidare e quindi attraverso un sia pur sintetico confronto tra i *curricula* dei vari concorrenti”.

questioni di confronto concorrenziale tra gli operatori economici, data l'inesistenza di un vero e proprio "mercato", dovuta alla interpretazione dell'istituto come "esercizio privato di pubbliche funzioni", attraverso il quale l'amministrazione sostituisce ad essa un privato senza abdicare alla natura pubblicistica dell'attività svolta³⁴.

A questa matrice normativa sono state ricondotte, oltre al modello della concessione di costruzione e gestione, la concessione di committenza e servizi e la concessione di sola costruzione, che nella prassi diverrà uno strumento alternativo rispetto alla figura dell'appalto, utilizzato dalle amministrazioni in ragione del mancato assoggettamento ai principi concorsuali propri della normativa contabilistica e della possibilità di valorizzare il momento fiduciario nella scelta del concessionario.

Proprio per tale ragione, già la giurisprudenza più risalente sottolineava la necessità di osservare procedure paraconcorsuali caratterizzate dalla predeterminazione dei criteri di assegnazione e la rispondenza di essi a referenti oggettivi.

Talune statuizioni fanno riferimento all'art. 12 della legge n. 241 del 1990 come clausola generale applicabile a qualsiasi fattispecie concessoria prevedente la predeterminazione di criteri certi e obiettivi nell'effettuazione di trasferimenti di benefici o di diritti di carattere speciale od esclusivo nei confronti di soggetti privati da parte

³⁴ Cass. Civ., SS.UU., 29 dicembre 1990, n. 12221 in *Rivista trimestrale degli appalti*, 1992, 779; Consiglio di Stato, V, 21 ottobre 1991, n. 1250 in *Riv. giur. polizia locale*, 1993, 73.

In relazione alle fattispecie concessorie, il riferimento va alla legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, che disciplina la concessione di costruzione di costruzione e di esercizio di opere ferroviarie, configurando così il momento di realizzazione dell'opera pubblica come attività strettamente correlata alla gestione di un pubblico servizio, ed alla successiva legge 24 giugno 1929, n. 1137, che dispone l'affidamento in concessione a province, comuni, consorzi e private opere pubbliche di qualsiasi natura, anche indipendentemente dall'esercizio delle opere stesse, svincolando così l'affidamento in concessione dell'opera dalla fase esecutiva della stessa.

PELLIZER F., *Le concessioni di lavori pubblici*, in BENACCHIO G. A., DE PRETIS D., a cura di, *Appalti pubblici e servizi di interesse generale*, Trento, 2005, 50.

dell'amministrazione³⁵.

La giurisprudenza più recente, recependo l'indirizzo proveniente dal diritto comunitario in materia³⁶, appare maggiormente rigorosa nel richiedere negli affidamenti concessori il rispetto dei principi concorrenziali enunciati nella Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario della Commissione UE, richiamata e sviluppata dalla Circolare del Presidente del Consiglio dei Ministri-Dipartimento per le politiche comunitarie, 1° marzo 2002, n. 945³⁷.

È stato chiarito, infatti, che il carattere vincolante dei principi comunitari in materia di concorrenza ha una portata generale, adattabile ad ogni fattispecie, pur estranea all'immediato ambito applicativo delle direttive sugli appalti pubblici, a nulla rilevando che esse possano partecipare, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri

³⁵ Si rinviene il riferimento a procedure para-concorsuali in Consiglio di Stato, Ad. Gen. 28 settembre 1995, n. 95, in *Ragiusan*, 1997, 298, ad avviso del quale in sede di concessione di ausili finanziari o attribuzione di vantaggi a persone o enti pubblici o privati, ai sensi dell'art. 12 della legge n. 241 del 1990, la predeterminazione di criteri e modalità ad essi correlati da parte delle amministrazioni è rivolta alla trasparenza dell'azione amministrativa e si atteggia a principio generale in forza del quale l'attività di erogazione dell'amministrazione deve in ogni caso rispondere a referenti oggettivi, e quindi definiti precedentemente al singolo provvedimento, nonché pubblici.

In dottrina, MONTEDORO G., *Le concessioni di lavori pubblici*, in GAROFOLI R., SANDULLI A.M., (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e legge comunitaria n. 62 del 2005*, Milano, 2005, 839.

³⁶ Dapprima, la Direttiva 89/440/CEE sancisce l'assoggettamento della concessione di lavori pubblici alle regole concorrenziali di derivazione comunitaria, vietando l'affidamento di concessioni di lavori pubblici che non avessero ad oggetto, oltre alla progettazione ed esecuzione di lavori, anche la gestione dell'opera, prevede in relazione ad esse il rispetto delle regole di pubblicità e trasparenza.

Il recepimento nel diritto interno della direttiva, avvenuto tramite il d.p.r. 19 dicembre 1991, n. 406, attribuisce alla regola una portata più estesa attraverso la previsione, contenuta nell'art. 8, comma 3°, dell'espletamento di procedure ad evidenza pubblica per le concessioni di lavori pubblici.

In seguito, la legge n. 109 del 1994 e le successive modifiche della legge Merloni, in particolare quelle apportate dalla legge n. 166 del 2002, disciplinano lo strumento in relazione alla realizzazione e gestione di opere pubbliche, legittimando il ricorso ad esso per ragioni di natura finanziaria, in aderenza con il diritto comunitario.

³⁷ Comunicazione della Commissione UE, 12 aprile 2000, in *G.U.C.E.* n. 121 del 29 aprile 2000, nella quale vengono individuati i tratti distintivi delle concessioni rispetto all'appalto e sancito l'assoggettamento delle medesime ai principi di trasparenza, adeguata pubblicità, mutuo riconoscimento, proporzionalità e tutela giurisdizionale, così chiarendo che la scelta del concessionario deve essere conseguente ad una procedura competitiva e concorrenziale ispirata ai principi dettati dal Trattato, in modo da consentire la possibilità da parte delle imprese interessate di esplicitare le proprie *chances* partecipative; Circolare del Presidente del Consiglio dei Ministri- Dipartimento per le politiche comunitarie, 1° marzo 2002, n. 945.

nell'ambito degli ordinamenti nazionali.

Nell'ottica comunitaria, infatti, all'istituto concessorio viene pacificamente attribuita natura contrattuale, ravvisando l'unico elemento di distinzione rispetto all'appalto nella modalità di remunerazione consistente nella gestione del servizio o dell'opera, senza ravvisare una ipotesi di trasferimento di poteri pubblicistici che, in virtù del disposto dell'art. 45 del Trattato, ne giustificherebbe la sottrazione ai principi regolanti il mercato³⁸.

La dottrina più recente, in armonia con l'impostazione comunitaria, sottolinea come il collegamento con la funzione amministrativa dell'attività svolta da un soggetto privato non ne trasforma la natura, che resta ascrivibile alla sfera del diritto privato, nonostante il fatto che l'attività posta in essere persegua un fine pubblico³⁹.

L'odierno codice dei contratti pubblici, pur espungendo le concessioni di servizi dall'ambito di applicazione delle disposizioni in esso contenute, assoggetta le stesse al rispetto dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, ex art. 30, comma 3^o⁴⁰.

³⁸ Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, 21 luglio 2005, C-231/03, in *Giornale di diritto Amministrativo*, 2006, n. 4, 405, con riferimento al modello concessorio la Corte di Giustizia ha avuto modo di affermare che il rispetto degli artt. 43 e 49 del Trattato implica non necessariamente il ricorso ad una gara, quanto un affidamento in condizioni di trasparenza che permettano ad un'impresa avente sede in un diverso stato membro di avere accesso ad adeguate informazioni riguardo alla concessione prima che essa sia attribuita.

Con riferimento alle concessioni di servizi sottosoglia, si veda TAR Lombardia, III, 4 agosto 2004, n. 3242, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, n. 2, 211.

³⁹ SCOCA F.G., *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in MAZZAROLLI E A., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F., SCOCA G., (a cura di), *Diritto Amministrativo*, 2005, I, 326.

⁴⁰ Letteralmente: art. 30, comma 2°, recante: "Il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare".

Comma 3°: La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi.

Il dettato normativo viene interpretato come elezione di un metodo concorsuale posto a tutela degli interessi dei candidati concessionari, i quali, in virtù di detta disposizione, potrebbero pretendere la necessità di un confronto concorrenziale nell'espletamento delle procedure di affidamento dei servizi⁴¹.

Diversamente, di sicura origine comunitari è l'estensione dei principi enunciati dal Trattato agli appalti sottosoglia, dapprima sancita dalla Corte di Giustizia⁴² e successivamente recepita nel diritto interno da fonti istituzionali e giurisprudenziali⁴³.

Il principio ha ricevuto, da ultimo, una esplicita enunciazione con la Comunicazione interpretativa della Commissione UE del 1 agosto 2006, nella quale si prevede il rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale in relazione agli affidamenti di fattispecie contrattuali non ricadenti nella sfera applicativa del diritto comunitario⁴⁴.

In questo senso, fuori dei casi previsti dalle direttive comunitarie, viene rimessa alle amministrazioni aggiudicatrici la discrezionalità di stabilire se un appalto possa o meno interessare imprese situate in altri stati membri in base ad una valutazione che tenga conto delle caratteristiche del caso concreto.

Le modalità applicative dei principi concorrenziali ai contratti sottosoglia sono, nel contesto normativo attuale, dettate dagli artt. 121 e

Si noti, tuttavia, che il comma 4° dello stesso articolo fa espressamente salve forme più ampie di tutela della concorrenza, con riferimento probabilmente a quei settori di pubblica utilità, in cui la legislazione vigente prevede espressamente l'obbligo della gara comunitaria per l'affidamento dei contratti di servizio. In tale senso il riferimento va al D.lgs. 19 dicembre 1997, n. 422.

⁴¹ Sul punto, LEGGIADRO F., *I contratti di rilevanza comunitaria, commento a Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, n. 8, 878.

⁴² Corte di Giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, C-324/98, Teleaustria e Post Telekom Austria, in *Racc.* 2000, I-10745.

⁴³ Circolare del Dipartimento per le Politiche Comunitarie, 6 giugno 2002, n. 8756, in G.U. n. 178 del 31 luglio 2002; Consiglio di Stato, 18 novembre 2004, n. 7554 in *Foro Amm.* 2004, 498.

⁴⁴ Commissione UE, Comunicazione interpretativa relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive "appalti pubblici", 2006/C 179/02, del 1 agosto 2006, in *G.U.U.E.* 1 agosto 2006, n. C 179, punto 1.3.

ss. del Codice dei Contratti, che hanno esteso ad essi il rispetto dei principi generali vigenti per gli affidamenti di importo superiore alla soglia comunitaria, salvo poi prevedere una procedura maggiormente semplificata per quanto concerne le forme di pubblicità ed il regime di affidamento.

In questo modo, il legislatore del Codice dei Contratti mostra di dare una lettura più rigorosa ai dettami comunitari, non limitandosi soltanto a prescrivere il rispetto dei principi fondamentali previsti dal Trattato ma introducendo un sistema procedimentalizzato di affidamento dei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, che denota una interpretazione della disciplina comunitaria come incremento degli oneri procedurali a carico delle pubbliche amministrazioni..

Tale tecnica legislativa è, in realtà, riscontrabile alla base dell'intero impianto codicistico, come è agevolmente desumibile dagli esempi citati.

A riprova di ciò, si noti che il legislatore del codice ha esteso il rispetto dei principi espressi dal Trattato alla fattispecie dei contratti di sponsorizzazione, unitamente ai requisiti previsti per la qualificazione dei professionisti⁴⁵.

Ciò riflette la tendenza propria dell'ordinamento nazionale ad associare il principio comunitario di libera concorrenza alla necessità di

⁴⁵Decreto legislativo n. 163 del 13 aprile 2006 e succ. mod., *cit.*, art. 26; Decreto legislativo 26 gennaio 2007, n. 6, in *G.U.* n. 25 del 31 gennaio 2007, recante: Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62, art. 3, comma 1, lett. c), recante: Art. 26 (Contratti di sponsorizzazione): "1. Ai contratti di sponsorizzazione e ai contratti a questi assimilabili, di cui siano parte un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore e uno sponsor che non sia un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore, aventi ad oggetto i lavori di cui all'allegato I nonché gli interventi di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici sottoposti a tutela ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, ovvero i servizi di cui all'allegato II, ovvero le forniture disciplinate dal presente codice, quando i lavori, i servizi, le forniture sono acquisiti o realizzati a cura e a spese dello sponsor, si applicano i principi del Trattato per la scelta dello sponsor nonché le disposizioni in materia di requisiti di qualificazione dei progettisti e degli esecutori del contratto".

incrementare i modelli di azione amministrativa⁴⁶.

Nel corso del lavoro, si vedrà come questa lettura, se presenta l'indubbio pregio di adeguare il sistema di regolazione dei contratti pubblici al regime comunitario, può non collimare del tutto con la filosofia propria di quest'ultimo.

1.2. I valori alla base della elezione del modello concorsuale come principale strumento di scelta del contraente nell'ordinamento nazionale.

L'indagine relativa alla categoria di valori protetti dalla disciplina nazionale dei contratti pubblici consente di affermare che la materia sia connotata da una progressiva evoluzione, in parte dovuta a fattori endogeni all'ordinamento nazionale ed in parte alle istanze di matrice comunitaria.

Secondo il pensiero della giurisprudenza tradizionale, alla base della elezione del metodo concorsuale quale sistema di scelta del contraente vi è esclusivamente l'interesse della Pubblica Amministrazione⁴⁷.

Significativamente, la dottrina, intorno agli anni '70, rileva: "Il giudice amministrativo rifiuta tutela ad interessi, sia pure talvolta differenziati in fatto ed emergenti al momento della determinazione amministrativa di adottare l'una o l'altra forma di contrattazione, in quanto ritiene che il profilo è disciplinato con esclusivo riguardo all'interesse dell'amministrazione senza valutazione alcuna di interessi privati"⁴⁸.

Tale dato è percepibile attraverso l'indagine del pensiero

⁴⁶ CINTIOLI F., *Giudice Amministrativo, Tecnica e Mercato*, Milano, 2005, 367.

⁴⁷ In questo senso è emblematica la giurisprudenza che negava il riconoscimento di posizioni giuridiche di vantaggio al contraente nei confronti della P.A. *Ex multis*: Consiglio di Stato, V, 11 marzo 1976, n. 453 in *Giur. it.*, 1977, III, 5; Consiglio di Stato, V, 19 dicembre 1970, n. 1091, in *Foro Amm.*, 1970, I, 2, 1437.

⁴⁸ In dottrina, TOZZI, *La scelta del contraente privato nell'attività contrattuale della p.a. Posizioni soggettive tutelabili*, in *Foro Amm.*, 1975, II, 381 ss.

giurisprudenziale.

In primo luogo, si ponga mente all'orientamento interpretativo che ascriveva al merito amministrativo la determinazione del metodo di scelta del contraente, con conseguente insindacabilità in sede giurisdizionale⁴⁹, ovvero a quelle pronunce che negano la configurabilità di posizioni giuridiche tutelabili in capo ai contraenti nell'ipotesi di ricorso alla trattativa privata⁵⁰.

Soltanto a partire dagli anni '80, si rinvengono pronunce che attribuiscono ai concorrenti alle procedure di gara un interesse alla correttezza e legalità delle scelte contrattuali, ascrivibile al genus dell'interesse legittimo⁵¹.

Appare significativo che le disposizioni in materia di Contabilità generale di Stato siano definite dalla dottrina tradizionale come norme di azione, proprio in ragione del fatto che “a fronte di esse i contraenti non avrebbero potuto vantare nient'altro che la tutela indiretta propria dell'interesse legittimo”⁵².

Tuttavia, già in tale contesto, si registra qualche voce dottrinale che vede nella emersione degli interessi dei privati nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica un cambiamento significativo connesso alla emersione di valori insiti nella Costituzione e “volti al riconoscimento della posizione del privato imprenditore come soggetto portatore di valori che devono trovare collocazione a livello normativo,

⁴⁹ Sul punto si veda la giurisprudenza risalente, relativa alla tutela del contraente rispetto all'atto di scelta da parte della p.a. del sistema di contrattazione: Consiglio di Stato, V, 5 aprile 1963, n. 186 in *Mass. Amm.* 1963, II, 183.

⁵⁰ Cass. Civ. SS.UU., 28 settembre 1970, n. 1645 in *Foro Amm.*, 1970, I, 526.

⁵¹ In giurisprudenza: Consiglio di Stato, V, 18 gennaio 1984, n. 49, in *Arch. giur. Oo.pp.* 1984, 230; e in *Rivista trimestrale degli appalti*, 1986, 211 ss. con nota di CARULLO A.; Cass. Civ., SS.UU., 15 gennaio 1983, n. 328 in *Foro Amm.*, 1983, 2102.

⁵² Tale indirizzo affonda le sue radici nella teoria risalente che definiva l'interesse legittimo come posizione soggettiva solo occasionalmente o indirettamente protetta da una norma – c.d. di azione- che, disciplinando le modalità di esercizio del pubblico potere, avrebbe preso in considerazione l'interesse privato, oggi, come noto, decisamente superata. Autorevoli riferimenti ad essa si rinvengono in LANDI G., POTENZA G., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 971, 567; ZANOBINI V., *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1915, 187 ss.; BORSI U., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1938, 49 e ss.

oltrechè in sede giurisdizionale”⁵³.

Si configura, così, già prima dell’influenza comunitaria, il sistema degli appalti come mezzo di attribuzione di benefici economici nei confronti dei soggetti privati.

In quest’ottica, il sistema dell’evidenza pubblica è stato tradizionalmente interpretato come preposto alla garanzia di un triplice ordine di valori.

In primo luogo, il rispetto di un iter procedimentale che consenta di evidenziare le ragioni di interesse pubblico sottostanti al ricorso allo strumento contrattuale si pone quale irrinunciabile strumento di salvaguardia dell’imparzialità e correttezza dell’azione amministrativa espresse nell’art. 97 Cost.

In secondo luogo, viene in considerazione l’esigenza di garantire, in ossequio a quanto disposto dagli artt. 3 e 41 Cost., l’accesso alle commesse pubbliche a tutti i soggetti dell’ordinamento in condizioni di parità.

In terza istanza, emerge l’interesse della pubblica amministrazione al corretto uso delle risorse pubbliche profuse nell’attività di diritto privato, cui si ricollega l’assoggettamento alla normativa contabilistica⁵⁴.

Il dato giurisprudenziale consente di affermare che l’obiettivo cui l’ordinamento ha attribuito maggiore peso, tra quelli citati, sia costituito dalla tutela del buon andamento e della imparzialità in connessione con l’esigenza di realizzare l’interesse della P.A. all’ottenimento del migliore assetto di interessi in sede contrattuale e, al contempo, di delimitare la discrezionalità amministrativa profusa nelle procedure di aggiudicazione

⁵³ CARULLO A., *Libertà di concorrenza, interesse al ricorso e scelta del contraente*, nota a Consiglio di Stato, V, 18 gennaio 1984, n. 49, *cit.*

⁵⁴ Così, BARETTONI ARLERI A., *Linee evolutive della contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, Milano, 1980, 177 e ss., nella parte in cui si dice che: “i contratti, per la connessa erogazione di spesa e acquisizione di entrate che necessariamente comportano – donde la loro classificazione in contratti passivi e attivi- rilevano per la consistenza del patrimonio dei soggetti pubblici e, quindi, trovano la loro corretta disciplina in quel settore dell’ordinamento positivo che delinea il regime giuridico della gestione finanziaria e patrimoniale pubblica”.

dei contratti.

Infatti, fino all'acquisizione del complesso di valori propri dell'ordinamento comunitario, la tutela della parità di trattamento dei partecipanti alle procedure di gara viene vista, più che come valore a sé stante come riflesso dell'interesse pubblico al corretto ed imparziale svolgimento delle procedure, nell'ottica propria dell'autorità amministrativa.

Il dato emerge dal pensiero di autorevole dottrina secondo la quale lo studio dei procedimenti acquisitivi da parte della pubblica amministrazione è incentrato sull'idoneità dei singoli mezzi prescelti dall'amministrazione per assicurare la par condicio degli interessi emergenti nell'ambito del procedimento, pur sempre però nell'ottica del perseguimento dell'interesse pubblico⁵⁵.

La correttezza del rilievo emerge altresì dall'analisi del pensiero giurisprudenziale.

In via esemplificativa, si consideri quella giurisprudenza che interpreta la mancata pubblicità delle sedute di gara non come vizio rilevante di per sé ma come vizio sollevabile soltanto qualora vi sia una "effettiva lesione dell'interesse pubblico alla trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa e della parità di trattamento dei partecipanti"⁵⁶, o ancora, si pensi all'inquadramento del principio di continuità delle procedure di gara come canone volto a "garantire la celerità delle operazioni di gara, in ossequio ai principi del buon andamento e della efficienza dell'amministrazione attraverso l'assoluta indipendenza del giudizio della Commissione di gara"⁵⁷.

Tale impostazione caratterizza altresì il tema del potere integrativo

⁵⁵ MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, 2001, 239, in cui fa riferimento, come esemplificazione di tale tecnica di sindacato giurisdizionale, "alla idoneità dei criteri adottati dall'amministrazione per scegliere tra più candidati aspiranti ad una concessione amministrativa".

⁵⁶ Ex multis: Consiglio di Stato, V, 16 marzo 2005, n. 1077 in *Il Consiglio di Stato*, 2005, n. 3, 448.

⁵⁷ TAR Brescia, 13 gennaio 2006, n. 42 in *Foro Amm.*, TAR, 2006, 31.

dell'amministrazione rispetto alle cause di esclusione previste dal bando, qualificato, secondo costante giurisprudenza come "potere discrezionale che, lungi dall'essere espressione di un mero arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice, costituisce, in realtà precipua attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento della azione amministrativa, sanciti dall'art. 97 della Costituzione, sostanziandosi nel potere di adottare gli strumenti e le misure più adeguati, congrui ed efficaci ai fini del perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare"⁵⁸.

Peraltro, sulla base di tale inquadramento della discrezionalità amministrativa espressa in sede di formazione della regolamentazione di gara, come si vedrà, si è sviluppato l'orientamento interpretativo in base al quale il bando emesso per l'aggiudicazione di contratti della p.a. assuma le caratteristiche di *lex specialis* della procedura di selezione, con conseguente adozione di un criterio strettamente formalistico di interpretazione, pena la violazione della "par condicio" dei concorrenti e della correttezza e serietà della procedura di selezione⁵⁹.

La giurisprudenza maggioritaria ha per lungo tempo ritenuto che il formalismo caratterizzante la disciplina delle procedure ad evidenza pubblica rispondesse, "da un lato, ad esigenze di certezza e celerità, dall'altro a garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di trattamento dei concorrenti"⁶⁰.

Tale orientamento, come si vedrà, appare sottoposto a successivo ripensamento da quella giurisprudenza che applica i canoni della ragionevolezza e della proporzionalità alle scelte effettuate in sede di disciplina di gara, ritenendo palesemente illegittime quelle clausole di esclusione improntate a rigido formalismo nel segno della semplificazione procedimentale e della garanzia della più ampia

⁵⁸ Consiglio di Stato, V, 31 gennaio 2006, n. 348 in www.giustizia-amministrativa.it

⁵⁹ TAR Sardegna, I 5 aprile 2005, n. 596 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁰ Consiglio di Stato, V, 12 ottobre 2004, n. 6580 in www.giustizia-amministrativa.it

partecipazione delle imprese alle gare⁶¹.

Dal quadro interpretativo analizzato si evince che gli interessi dei partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica siano a lungo tempo letti come mero riflesso dell'interesse pubblico per la cui esclusiva tutela sarebbero state poste le norme disciplinanti le forme contrattuali e i metodi di scelta del contraente.

La predominanza del momento pubblicistico è altresì percepibile dalla presenza di profili di specialità nella regolazione dei contratti pubblici, che, sebbene formalmente assoggettati al regime di diritto privato, sono sistematicamente caratterizzati da clausole esorbitanti, esprimenti la tendenza del legislatore a privilegiare gli interessi della stazione appaltante nella esecuzione del contratto e nella regolazione degli aspetti economico- patrimoniali del rapporto⁶².

Si pensi all'ipotesi della fattispecie negoziale sottoposta a controllo che, prima dell'esito positivo dello stesso, veniva ritenuta vincolante soltanto per il soggetto privato e non anche per l'amministrazione, dando vita alla fattispecie del contratto claudicante.

Nello stesso senso, la problematica degli effetti dell'annullamento di atti della procedura ad evidenza pubblica sul contratto già concluso è stata ricondotta per lungo tempo alla figura dell'annullabilità, sulla base del presupposto della sussistenza dell'interesse esclusivo dell'amministrazione.

La medesima ratio si rinviene nella ricostruzione della responsabilità precontrattuale pubblica amministrazione, in relazione alla quale, fino ad un recente passato la giurisprudenza ha optato per l'inapplicabilità ad essa degli artt. 1337 e 1338 c.c. richiamando, tra le altre matrici concettuali, la tesi della natura pubblicistica ed inderogabile della

⁶¹ TAR Lecce, II, 3 agosto 2005, n. 3936, in *Foro Amm.*, TAR, 2005, 2571.

⁶² MOSCARINI L.V. *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988. GRECO G., *I contratti della Pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986.

normativa sull'evidenza pubblica, predisposta a tutela dell'interesse esclusivo dell'amministrazione e pertanto insuscettibile di ingenerare affidamenti incolpevoli in ordine al suo rispetto.

Di recente, tale orientamento è stato sottoposto a ripensamento, ritenendosi che nel momento in cui l'amministrazione contrae, debba seguire le regole di correttezza e buona fede oggettiva senza poter rivendicare alcuna insindacabilità della decisione di non giungere alla stipulazione del contratto finale⁶³.

Nello stesso filone concettuale si colloca quella giurisprudenza che, in virtù di una posizione di privilegio vantata dalla p.a. nell'esercizio della propria autonomia negoziale, esonerava *tout court* la medesima dal rispetto della disciplina dettata dall'articolo 1341 c.c. comma 2⁶⁴.

Negli ultimi trent'anni è dato registrare un progressivo processo di riallineamento del diritto dei contratti della p.a. lungo le matrici proprie del codice civile, "condotto sul fondamento dell'idea-guida che le

⁶³ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 6 settembre 2006, n. 5, in www.giustizia-amministrativa.it. Il presupposto logico di tale teoria è stato per molto tempo costituito dal dogma della irrisarcibilità dell'interesse legittimo, oggi superata per espresso disposto legislativo, contenuto nell'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205.

⁶⁴ CACACE S., *Clause abusive e pubbliche amministrazioni*, in www.giustizia-amministrativa.it/studiecontributi, settembre 2006, il quale rileva la sussistenza nella giurisprudenza tradizionale un orientamento restrittivo in ordine alla applicabilità alla p.a. dell'art. 1341, comma 2°, "essendo l'operato di questa ispirato a finalità di interesse generale ed avendo connotato il carattere di imparzialità e di giustizia". Intorno alla metà degli anni '80, la Corte di Cassazione, mutando orientamento, aderisce alla tesi secondo cui anche per i contratti predisposti sulla base di condizioni generali di contratto stipulate dalla p.a. trovi applicazione l'art. 1341 c.c. comma 2°, in relazione alla necessità di specifica approvazione per iscritto di clausole onerose, con riferimento alle ipotesi in cui il soggetto pubblico eserciti la propria autonomia negoziale ed il rapporto giuridico venga instaurato mediante una manifestazione di volontà dei contraenti e non in base ad un provvedimento amministrativo.

Laddove, infatti, fosse ravvisabile una procedura ad evidenza pubblica tesa all'individuazione del contraente, caratterizzata, da un lato, dall'utilizzo di strumenti di pubblicità della gara posti all'attenzione di tutti i potenziali contraenti e, dall'altro, dalla sottoscrizione del capitolato d'appalto, ciò veniva ritenuto sufficiente ad integrare il presupposto della conoscenza specifica delle clausole vessatorie, mediante il c.d. meccanismo della *relactio perfecta*.

Successivamente, la legge n. del 1996, introduttiva degli artt. 1469-bis e seguenti e il Titolo I, Parte III del Codice del consumo, introdotto con D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, hanno reso esplicito l'assoggettamento della P.A. al rispetto della normativa di derivazione comunitaria posta a tutela dei consumatori, sancendone la riconducibilità alla nozione di "professionista" nel senso proprio della normativa

convenzioni concluse dalla pubblica amministrazione con un privato, in quanto non derogate da norme speciali o da principi propri del diritto amministrativo, soggiacciono alle norme comuni sui contratti e in particolare all'art. 1372 c.c.”⁶⁵, facendosi strada l'idea che l'utilizzo delle procedure ad evidenza pubblica non possa costituire, in virtù della propria specialità, uno sbarramento all'ingresso nell'area di azione del soggetto pubblico delle norme comuni nonché della competenza del giudice ordinario in ordine alla verifica del loro rispetto.

Infatti, sia la giurisprudenza civile, sia, in modo forse più cauto e con più contrasti, la giurisprudenza amministrativa hanno gradualmente esteso la disciplina dettata dal codice civile alla attività di diritto privato della p.a. erodendo o riconsiderando il potere unilaterale esercitato nell'ambito della medesima.

Soprattutto dopo l'acquisizione del sistema comunitario di regolazione dei contratti pubblici nel quale l'amministrazione non gode di una posizione diversificata rispetto ad altri soggetti, è dato registrare un generale ripensamento da parte della dottrina e giurisprudenza contemporanee delle ragioni sottostanti alla specialità del modulo dell'evidenza pubblica⁶⁶.

Una parte degli studiosi dell'attività contrattuale della p.a. sembra orientata verso la completa riconduzione della medesima nell'alveo della disciplina ciclistica, fatta eccezione per gli ambiti per i quali è legislativamente imposta l'osservanza del modulo procedimentale

⁶⁵ MASSERA A., *I contratti*, in CASSESE S., (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto Amministrativo Generale*, Tomo II, Milano, 2000, 1431 e ss.

⁶⁶Sul punto, MASTRAGOSTINO F., *La riforma del procedimento amministrativo e i contratti della P.A.*, in www.lexitalia.it/articolienote/n.4/2006. Ad esempio, una delle tematiche su cui si è incentrato tale dibattito è la predisposizione unilaterale da parte della p.a. di clausole del bando di gara o dei capitolati, in cui la giurisprudenza ha affermato che tale potere, lungi dal poter assumere il significato di preventiva rinuncia ad azioni giurisdizionali da parte delle imprese partecipanti, si traduca in un abuso di posizione dominante del soggetto pubblico in violazione della libertà di autodeterminazione delle stesse⁶⁶.

Oppure, si pensi alla tematica dell'attività contrattuale delle ASL, che l'art. 3, comma 1-ter, del D.lgs. n. 502 del 2002, così come modificato dal D.lgs. n. 229 del 1999, aveva assoggettato alle norme di diritto privato indicate nell'atto aziendale, prima della abrogazione per opera dell'art. 256 del Codice dei Contratti pubblici.

dell'evidenza pubblica.

Pur senza unanimità di vedute, viene fatto riferimento all'art. 1, comma 1-bis, della legge n. 241 del 1990, così come modificata dalla legge n. 15 del 15 febbraio 2005, ritenendo che la disposizione in esame vada riferita non soltanto alla attività unilaterale non autoritativa della p.a. ma anche all'attività di diritto privato svolta dalla medesima, e, segnatamente, ai contratti della p.a.⁶⁷.

La norma viene, infatti, interpretata come grimaldello per ridimensionare la possibilità di introdurre deroghe al regime di diritto privato mediante l'utilizzo delle regole del diritto pubblico, abbandonando le logiche di privilegio nel diritto privato della p.a.

L'interrogativo assume una valenza ancora più concreta se si pone mente al fatto che l'art. 2 del Codice dei Contratti Pubblici estende del rispetto principi in questione all'intera attività contrattuale della p.a. richiamando altresì espressamente la legge n. 241 del 1990 e le norme del codice civile, in quanto compatibili.

D'altra parte, i più recenti orientamenti dottrinali sembrano comunque orientati nel senso della irriducibilità dell'*agere* contrattuale della p.a. al diritto comune, stante la valenza generale ed indiscussa, anche a seguito della riforma della legge n. 241 del 1990, del concetto di funzionalizzazione dell'attività amministrativa che conserva la propria valenza nell'ambito dell'attività contrattuale, in ragione del fatto che "l'azione amministrativa non potrà mai essere senz'altro equiparata all'azione giuridica dei soggetti privati, appunto perché essa resta un'azione di servizio degli interessi della collettività e quindi in principio non libera né autonoma, ma sempre finalizzata al raggiungimento di obiettivi e risultati prestabiliti e comunque controllabili"⁶⁸.

Il dato è confermato da autorevole dottrina che sottolinea come

⁶⁷ CARINGELLA F., *Op. cit.* II, sez. XVI, 2258.

⁶⁸ CERULLI IRELLI V., *Il negozio come strumento di azione amministrativa, cit.*, e *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione, cit.*

proprio la tipizzazione comunitaria del procedimento negoziale imposto agli organismi di diritto pubblico renda irrilevante la *fuga verso il diritto privato*, poiché tale procedimento presenta le stesse caratteristiche sia nel diritto pubblico che nel diritto privato, riducendo tale dibattito ad un problema di qualificazione⁶⁹.

La problematica, pur ponendosi sullo sfondo delle tematiche dell'evidenza pubblica, va tenuta presente nella misura in cui consente di dimostrare come nell'attività contrattuale del soggetto pubblico permangano in ogni caso logiche di tutela del pubblico interesse non irriducibili al diritto comune.

Sotto altro angolo visuale, ciò pare confermato da un'analisi comparatistica della materia.

Infatti, anche in ordinamenti in cui non vi è un regime derogatorio per l'attività di diritto privato della p.a., come quello inglese, il materiale giurisprudenziale consente di riscontrare schemi derogatori rispetto all'ordinario modello paritetico derivanti tuttavia non dalla posizione di supremazia dell'amministrazione ma dalla necessità di salvaguardare interessi pubblici essenziali.

Dunque, la necessità di contemplare esigenze di carattere generale, pur nelle diverse sfumature proprie dei singoli ordinamenti, sembra una costante dell'attività contrattuale del soggetto pubblico assunta come ragione giustificativa di deviazioni rispetto a schemi negoziali di tipo paritetico⁷⁰.

⁶⁹ MERUSI F., *Il diritto privato della Pubblica Amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. Amm.*, 2004, n. 4, 656, il quale rinvia a ROMANO S., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961.

Il concetto, come già visto, appare ribadito anche in giurisprudenza, dove si precisa che “ al di fuori dei limiti segnati dalle norme dell'ordinamento di settore, che fissano le regole che le amministrazioni che le amministrazioni devono seguire nel contrattare, non vi è capacità di agire ma solo atti riconducibili alla volontà dei privati”, Consiglio di Stato, V, 18 gennaio 2006, n. 126, cit.

⁷⁰ D'ALBERTI M., *I Public contracts nell'esperienza britannica*, Milano, 1984. Sulla influenza che la legislazione comunitaria ed i valori ad essa sottostanti esercitano sui sistemi nazionali, MENY Y., MULLER P., QUERMONNE J.L., *Adjusting to Europe. The impact of European Union on national institutions and policies*, London, 1996; TORCHIA L., *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento*

Oltre a tali osservazioni, il recepimento del sistema di regolazione comunitario degli appalti ha comportato un'evoluzione dei valori tradizionalmente posti alla base delle procedure ad evidenza pubblica, generalmente riconnessa alla emersione dei valori del mercato e della concorrenza.

Il mutamento di ottica viene sottolineato da quella dottrina che rileva come l'emersione nel diritto comunitario del diritto dei cittadini ad una corretta amministrazione abbia come principale ricaduta, nell'ambito dell'ordinamento interno, il mutamento di prospettiva nel modo di concepire il buon andamento dell'azione amministrativa, finora inteso come principio posto soltanto in funzione della legittimazione del potere senza contemplare gli interessi dei singoli⁷¹.

In questo senso, si consideri quanto affermato dal Consiglio di Stato in ordine alla necessità di osservare il principio dell'evidenza pubblica anche in relazione alla erogazione di finanziamenti da parte di enti pubblici non economici: "Tanto si impone in ossequio ai principi del Trattato in tema di tutela della concorrenza valevoli al di là dei confini tracciati da direttive specifiche in quanto tesi ad evitare restrizioni ingiustificate e sproporzionate alla regola generale della libertà di competizione"⁷².

In ordine alla introduzione del concetto di libera concorrenza, nel contesto nazionale, può affermarsi che il processo di integrazione abbia conosciuto due diverse stagioni, succedutesi nel tempo.

In una prima fase, la filosofia di fondo sottesa al sistema comunitario

europo, Bologna, 2006, 127, la quale rileva "In linea generale può dirsi che sull'amministrazione nazionale incombe l'obbligo di tutelare e garantire tutti gli interessi riconosciuti come meritevoli di tutela dall'ordinamento europeo e che tale obbligo può comportare, sul piano dell'azione e della decisione amministrativa, sia l'applicazione diretta di una norma comunitaria, sia l'applicazione di una norma nazionale, sia l'applicazione di una norma di un altro Stato membro".

⁷¹ GALETTA D.U., *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. It. Dir.Publ.Com.* 2004, n. 4, 855.

⁷² Consiglio di Stato, 10 gennaio 2007, n. 30 in *www.dirittodeiservizipubblici.it*

è stata incardinata lungo le linee proprie dell'ordinamento tradizionale⁷³.

Ciò ha comportato rilevanti conseguenze in sede di regolamentazione delle procedure di aggiudicazione, tra le quali vanno annoverati gli aspetti più significativi della legge Merloni, ovvero la netta separazione tra la fase di progettazione ed esecuzione delle opere pubbliche e la limitazione dell'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁷⁴.

Tale impostazione è alla base della lettura fatta propria da una nota pronuncia della Corte Costituzionale del 1995, nella quale il dettato normativo della Legge Merloni veniva interpretato come sistema teso ad assicurare in modo ancor più esteso la concorrenza, non determinando una lesione del valore della concorrenza⁷⁵.

Vi è stata, in altri termini, un'interpretazione del principio di concorrenza in chiave accrescitiva degli obblighi di carattere formale della p.a., nell'ottica di prevenzione delle possibili distorsioni ed abusi e di controllo della discrezionalità amministrativa.

L'evoluzione successiva della materia mostra una maggiore aderenza al

⁷³ Così, ad esempio, riguardo ai raggruppamenti temporanei d'impresе, si riteneva nei primi anni '80 che "come affermato anche dalla giurisprudenza, la posizione delle imprese rileva nella misura in cui si pone come riflesso della tutela attribuita alla P.A.", CLARIZIA A., *Associazione temporanea tra imprese e consorzi nell'esecuzione delle opere pubbliche: profili amministrativistici*, in *I TAR*, 1984, II, p. 107.

⁷⁴ Tali aspetti, come noto, sono stati modificati nel codice dei contratti pubblici che, per quanto concerne il primo profilo, ha eliminato la distinzione tra fase di progettazione e fase di esecuzione dei lavori pubblici, ricomprendendo entrambe nell'oggetto contrattuale.

Sotto il secondo profilo, il dettato normativo, recependo l'orientamento espresso nel caso Sintesi - Corte di Giustizia, 7 ottobre 2004, C-247/02 in *Urbanistica e Appalti*, 2004, 1267 - ha eliminato i limiti di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che connotavano l'istituto previsto dall'art. 21 della Legge Merloni.

⁷⁵ Corte Costituzionale 7 novembre 1995, n. 482, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995, 4093, con riferimento alla legge n. 109 del 1994, "La legge denunciata stabilisce, negli appalti di opere pubbliche, il principio della gara per la selezione del contraente cui affidare la realizzazione delle opere. L'esigenza di fondo è quella di assicurare la massima trasparenza nella scelta dei contraenti e la concorrenza tra diverse imprese. La trattativa privata è ammessa solo in ambiti più ristretti e rigorosi di quanto non preveda la normativa comunitaria, che peraltro configura il ricorso alla "procedura negoziata" come eccezione rispetto alla regola della "procedura aperta" o della "procedura ristretta", le quali implicano una gara tra imprese concorrenti. La norma nazionale assicura in modo ancor più esteso la concorrenza e non determina una lesione del diritto comunitario, che consente, ma non impone, la trattativa privata". In dottrina si veda MORBIDELLI G., ZOPPOLATO M., voce *Appalti pubblici*, in CHITI M.P., GRECO G., a cura di, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, 262.

dettato comunitario, soprattutto in chiave di valorizzazione degli strumenti di flessibilità messi a disposizione nei confronti delle autorità contraenti.

Sulla base di tale retroterra normativo e concettuale, infatti, il legislatore delegante del codice dei contratti pubblici, si è premurato di introdurre nuovi istituti posti a garanzia della flessibilità delle procedure di scelta del contraente – come il dialogo competitivo- e nuovi mezzi di garanzia della concorrenza per trovare un definitivo bilanciamento tra istanze garantistiche e ragioni di efficienza.

Tuttavia, nonostante l'importante opera di adeguamento normativo, non sembra allo stato attuale essersi raggiunto un definitivo equilibrio tra le due diverse istanze, come dimostra il fatto che, già nei primi mesi di sperimentazione delle norme contenute nel codice dei contratti pubblici, l'operatività di tali istituti sia stata paralizzata tramite un intervento legislativo di rinvio⁷⁶.

Agli occhi della dottrina, così facendo il legislatore interno mostra di discostarsi ancora una volta dalle linee di tendenza proprie dell'ordinamento europeo, privilegiando la trasparenza delle procedure rispetto all'elasticità operativa ed alimentando così il dibattito relativo all'efficacia normativa dello strumento della direttiva.

Ciò riflette, peraltro, l'interrogativo se le direttive comunitarie vadano interpretate come norme di fissazione di un livello minimo di concorrenza, implementabile con disposizioni più intensamente procompetitive, oppure se esse abbiano una efficacia cogente

⁷⁶ Decreto legislativo, 26 gennaio 2007, n. 6 *Gazzetta Ufficiale* n. 25 del 31 Gennaio 2007, recante: “Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62”; Sul punto, SANTI G., *Direttiva 2004/17/CE ed ordinamento giuridico nazionale*, in AA. VV. *Appalti pubblici e servizi di interesse generale*, cit., 155, il quale rileva come non appaia del tutto abdicata la filosofia di fondo dell'impianto normativo delle leggi di contabilità di stato, che sembra ancora permeare la disciplina dell'attività di diritto privato della p.a.

incontestabile tale da imporre una attuazione il più possibile specifica, chiara ed incontrovertibile, come, di recente mostra di aver opinato la Corte di Giustizia⁷⁷.

In generale, quindi, anche alla luce dell'entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici, non viene meno l'esigenza di comprendere quali siano i valori che permeano la materia contrattuale e se si possa parlare di una acquisizione del concetto di mercato come "valore" in seguito al recepimento dei principi di derivazione comunitaria.

La complessa opera di armonizzazione va condotta, ad avviso dello scrivente, mediante una lettura combinata delle regole che governano il sistema dei contratti della p.a. fondata sulla integrazione delle regole di ascendenza interna con i principi di stampo europeo che nel tempo sembrano destinate a prevalere, tenuto conto della loro *primauté* sia a livello costituzionale, ex art. 117 Cost. comma 1°, sia a livello di legislazione ordinaria, ex art. 1 della legge n. 241 del 1990, a seguito delle modifiche apportate dalla legge n. 15 del 2005.

Questo metodo appare peraltro confermato da autorevole dottrina, la quale attribuisce all'operatore giuridico il compito di verificare "se non sia possibile risolvere l'apparente conflitto interpretando la norma nazionale in senso conforme alle norme e ai principi del diritto comunitario" prima di disapplicare la normativa interna⁷⁸.

⁷⁷ Corte di Giustizia CE, 14 marzo 2006, C-177/04, in *www.curia.eu.int*, punto 48 nella parte in cui si dice che: "Si deve, infatti, ricordare che, secondo costante giurisprudenza, ciascuno stato membro è tenuto a dare alle direttive un'attuazione che corrisponda pienamente alle esigenze di chiarezza e di certezza delle situazioni giuridiche soggettive imposte dal legislatore comunitario nell'interesse delle persone coinvolte. A tal fine, le disposizioni di una direttiva devono essere attuate con efficacia cogente incontestabile nonché con la precisione, la specificità e la chiarezza richieste. Le disposizioni destinate a garantire la trasposizione di una direttiva devono, in particolare, delineare una situazione giuridica sufficientemente precisa, chiara e trasparente per consentire ai singoli di conoscere pienamente i loro doveri e i loro diritti e, quanto a questi ultimi, eventualmente avvalersene dinanzi ai giudici nazionali. Corte di Giustizia CE, 28 febbraio 1991, C-131/88, Commissione/Germania, in *Racc.* pag.I-825, punto 6. In dottrina, CARINGELLA F., *Il congelamento al 1° febbraio 2007 non vale per le gare già avviate*, in *Guida al Diritto*, luglio 2006, 15.

⁷⁸ PICOZZA E., *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, *Studi in memoria di F.Piga*, I, Milano, 1992, 728.

In questa ottica, il disposto normativo contenuto nell'art. 2 del Codice dei Contratti Pubblici può essere letto come espressione della volontà legislativa di coniugare le due diverse anime che si confrontano e sembrano contrapporsi nella disciplina dei contratti pubblici.

Emergono, così, i molteplici profili di interesse della materia in esame, che, pur essendo caratterizzata da una frastagliata legislazione settoriale e da un'ampia interpretazione casistica, va vista non soltanto come ambito incardinato nel diritto scritto, ma come settore "sensibile" sotto il profilo delle regole che presidono l'agire negoziale della p.a. e delle istanze ad esso sottostanti.

CAPITOLO II

I CARATTERI FONDAMENTALI DELLA REGOLAMENTAZIONE EUROPEA DEI CONTRATTI PUBBLICI

2.1. I valori protetti.

In linea del tutto generale, può osservarsi che nell'ordinamento comunitario non è rivenibile una nozione di evidenza pubblica intesa come schema procedimentale di carattere speciale cui la pubblica amministrazione è tenuta a ricorrere nell'esplicazione della propria capacità negoziale, potendosi parlare di "evidenza pubblica comunitaria" soltanto nell'accezione di complesso di principi strumentali all'attuazione della concorrenza, da applicarsi ogniqualvolta sia ravvisabile un "rapporto di scambio o societario a prestazioni corrispettive o oneroso con un'amministrazione aggiudicatrice" rientrante nello schema dell'appalto, della concessione o di altre fattispecie contrattuali non ricomprese nelle discipline di settore⁷⁹.

In tale ordinamento, non viene in considerazione la finalità di perseguire un determinato interesse pubblico, in quanto il fine generale è la garanzia di un migliore equilibrio di mercato che soddisfi una molteplicità di interessi riconducibili a piccole e grandi imprese, pubbliche amministrazioni, privati consumatori.

⁷⁹ Direttiva 2004/18/CE, in G.U.U. E. del 30 aprile 2004, n. L 134, art. 1.

Utilizzando una terminologia propria del Giannini⁸⁰, si può dire che nella disciplina comunitaria dei contratti pubblici venga in considerazione “l’interesse pubblico aspecifico” alla tutela della concorrenza e del mercato, senza che però vi sia la prevalenza di un interesse specifico sugli altri.

La sostanziale differenza di impostazione è ben colta in una statuizione del Consiglio di Stato, nella quale si osserva “Le norme sull’evidenza pubblica comunitaria plasmano un complesso rapporto amministrativo in seno al quale l’amministrazione aggiudicatrice è soggetto, in una certa misura passivo, obbligato all’osservanza di norme poste a tutela di un interesse anche trascendente quello specifico del singolo contraente pubblico in quanto collegato al valore imperativo della concorrenza e, quindi, anche all’interesse particolare delle imprese che sono tutelate dalle prescrizioni volte alla tutela ed alla stimolazione della dinamica competitiva”⁸¹.

A ciò si aggiunga che, nelle direttive di ultima generazione, si registra il riferimento a valori, non strettamente coincidenti con gli interessi di mercato, riconducibili alla tutela dell’ambiente e degli interessi di carattere sociale che l’amministrazione è tenuta a contemperare nell’ambito delle procedure di aggiudicazione.

L’emersione di interessi di carattere generale nella disciplina comunitaria dei contratti pubblici costituisce applicazione in un ambito settoriale di un tratto generale del diritto comunitario.

Come sottolinea autorevole dottrina, il diritto amministrativo europeo si connota, in generale, non per la centralità del potere di regolare, ma per la centralità degli interessi da tutelare che operano come limiti al diritto nazionale ed europeo stesso di esercitare il potere di regolazione⁸².

⁸⁰ GIANNINI M.S. *I contratti ad evidenza pubblica*, cit.

⁸¹ Consiglio di Stato, V, 5 maggio 2003, n. 2332, in *Il Consiglio di Stato*, I 1067; Corte Costituzionale, 15 novembre 2004, n. 345, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2004, 2900.

⁸² TORCHIA L., *Op. cit.*, 176.

In questo contesto, i contratti pubblici vengono in considerazione come strumento di gestione della sfera di interessi rilevanti per il diritto comunitario col quale le amministrazioni invitano i singoli –sia persone fisiche che giuridiche- a collaborare alla realizzazione degli obiettivi ad esse demandati e che, in ogni caso, richiedono una risposta efficace⁸³.

Viene, infatti, costantemente affermato dal giudice comunitario che la necessità di espletare procedure di gara per l'individuazione del soggetto più idoneo ad offrire le prestazioni richieste dall'amministrazione vada riconnessa all'obiettivo di rimuovere gli ostacoli all'espletamento della libertà di concorrenza⁸⁴.

Ciò rispecchia, sotto diverso profilo, come tale apparato normativo si basi, in larga parte, sui risultati raggiunti dall'indagine economica, dove il sistema della gara viene studiato come uno degli strumenti più efficaci di razionalizzazione delle risorse pubbliche di realizzazione degli interessi collettivi, in quanto, a seconda delle finalità ad essa di volta in volta attribuite, permette di assicurare al soggetto pubblico l'ottenimento delle migliori condizioni contrattuali mediante lo stimolo della concorrenza tra privati, evitando fenomeni collusivi e riducendo le asimmetrie informative che caratterizzano il rapporto tra p.a. e le imprese che competono sul mercato interessato⁸⁵.

⁸³Corte di Giustizia CE, VI, 27 novembre 2001, Cause riunite 285/99, 286/99 in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2001, 6, 1209; Conclusioni Avv. generale Colomer, 5 giugno 2001, C-285/99 e 286/99, Lombardini S.p.a. –Impresa generale di costruzioni contro Anas, *ivi*, punto 30.

⁸⁴Da ultimo: Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 18 gennaio 2007, C-220/05 in *www.curia.eu.int*; Conclusioni Avvocato Generale Colomer, 8 novembre 2006, C-412/04, in *www.curia.eu.int*, punto 44: “l'obiettivo di sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti pubblici si può raggiungere solo se coloro che aspirano ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto si trovano su un piano di parità, senza segno alcuno di preferenze ingiustificate”.

⁸⁵CAFAGNO M., *Lo Stato banditore*, Milano, 2001, il quale fa notare come il tema dell'elaborazione di efficienti modelli decisionali nell'agire pubblico costituisce un aspetto centrale nell'economia moderna. Sotto il profilo dell'analisi economica, viene rilevato come l'elaborazione scientifica della teoria dei giochi studi le gare come procedure utili per sperimentare i meccanismi di formazione dei prezzi all'interno del mercato, i cui gli esiti sono influenzati dalle strategie e dal comportamento dei partecipanti. Tra i numerosi contributi, BULOW J.I., KEMPLERER P., *Actions versus negotiations*, in *American Economic Review*, 1996, 86.

Dal punto di vista ricostruttivo, nell'originaria versione del Trattato istitutivo dell'Unione Europea non veniva fatto espresso riferimento al concetto di *public procurement*, rinvenibile soltanto negli art. 132 e 223, i quali, facendo rispettivamente riferimento ai rapporti tra gli Stati membri e i territori d'oltremare ed al settore della difesa, non rappresentano sicuramente le norme cardine per la comprensione del sistema⁸⁶.

Negli anni '90, l'Atto Unico Europeo introduce nel Trattato l'art. 130 P, successivamente trasfuso nell'art. 163 del Trattato, il cui secondo comma indica tra gli obiettivi della Comunità quello di permettere alle imprese di sfruttare appieno le potenzialità del mercato interno grazie all'apertura degli appalti pubblici nazionali ed alla definizione di norme comuni tese all'eliminazione degli ostacoli giuridici e fiscali.

In questo senso, le disposizioni aventi valenza dirimente vanno ricercate negli artt. 4 e 14 del Trattato e nelle norme poste a tutela della libera circolazione delle merci, di cui agli articoli 28 e seguenti, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 43 e 49.

Per giurisprudenza costante, le direttive in materia di appalti pubblici hanno come obiettivo l'attuazione della libertà di prestazione dei servizi e del diritto di stabilimento, che si riferiscono, rispettivamente, alla possibilità per gli operatori economici di svolgere anche al di fuori del proprio ambito territoriale la propria attività di impresa o professionale ed alla libertà di svolgere la medesima all'interno di ogni stato membro mediante un'organizzazione stabile⁸⁷.

Per una lettura in chiave giuridica che valorizza la funzione delle procedure di gara quale strumento di redistribuzione delle risorse pubbliche attraverso il sistema degli affidamenti pubblici, assicurando la possibilità di un libero accesso a tutti gli operatori economici giudicati idonei, Consiglio di Stato, V, 13 novembre 2002 n. 6281, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁶ ARROSWSMITH S., *The legality of secondary procurement policies under the treaty of Rome and the works directive*, in *Public Procurement Review*, 1992, I, 410.

⁸⁷ *Ex multis*: Corte di Giustizia CE, 18 luglio 2001 C-399/98, *cit.*, punto 52; Corte di Giustizia, CE, 22 giugno 1989, C-103/88, Fratelli Costanzo/Comune di Milano, in *Racc.*, 1839, punto 18; Conclusioni dell'Avvocato Generale Colomer, 5 giugno 2001, C-285/99 e C-286/99, Lombardini e Mantovani S.p.a

La finalità ultima di tale disciplina è, secondo le fonti comunitarie, l'attuazione del mercato interno, che viene inteso come “spazio senza frontiere nel quale sono assicurate le libertà di prestazione dei servizi e la libertà di stabilimento ex art. 43 e 49 del Trattato”⁸⁸.

Sul piano giuridico, questo obiettivo viene realizzato mediante l'abolizione delle barriere protezionistiche poste dagli Stati Membri all'accesso nei mercati interni nonché attraverso l'uniformazione normativa delle procedure di aggiudicazione.

Più specificamente, la normativa in materia di appalti si pone come strumentale alla attuazione nel mercato interno della nozione di “concorrenza effettiva”.

In linea generale, va detto che il concetto di concorrenza assume nel diritto comunitario la duplice accezione di concorrenza nel mercato e concorrenza per il mercato.

Nella prima accezione, ci si riferisce a settori in cui è già instaurato un mercato concorrenziale nei quali l'intervento comunitario mira a prevenire e sanzionare le condotte imprenditoriali integranti intese restrittive della concorrenza, cartelli di prezzo, monopoli ed abusi di posizione dominante.

La legislazione antitrust nasce per controllare la libertà economica privata per evitare che questa si traduca nell'esercizio di un potere

contro ANAS, *cit.*, punto 24; Conclusioni dell'Avvocato Generale Leger, 11 novembre 2004, C-21/03 e 34/03, Fabricom Spa e Stato Belga, *cit.*, punto 22.

Per quanto concerne la distinzione tra la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia l'elemento chiave è lo stabilimento o meno dell'operatore nello Stato membro in cui presta il servizio in questione. Se l'operatore è stabilito nello Stato membro in cui presta i suoi servizi, rientra nel campo di applicazione della libertà di stabilimento. Se invece non è stabilito nello Stato membro in cui viene fornito il servizio, le sue attività sono oggetto della libera circolazione dei servizi. Secondo la giurisprudenza costante della Corte di giustizia, occorre valutare il carattere temporaneo delle attività considerate non solo in funzione della durata della prestazione, ma anche in funzione della sua regolarità, periodicità o continuità. Il carattere temporaneo della prestazione non dovrebbe in ogni caso escludere che il prestatore possa dotarsi, nello Stato membro in cui è fornito il servizio, di una determinata infrastruttura, come un ufficio o uno studio, nella misura in cui tale infrastruttura è necessaria per l'esecuzione della prestazione in questione.

⁸⁸ Direttiva 12 dicembre 2006, 2006/123/CE, in *G.U.U.E.* 27 dicembre 2006, L 376/36, art. 1.

economico privato, cercando al tempo stesso di lasciare spazio all'autonomia delle imprese, evitando misure che possano incidere in modo invasivo sulle scelte degli operatori economici.

Diversamente, il principio di libera concorrenza rilevante per le direttive in materia di appalti pubblici si riconnette all'obiettivo di aprire settori di mercato, precedentemente sottratti ad esso o limitati da misure protezionistiche poste in essere dagli stati membri, per garantire il libero accesso da parte di operatori economici di altri stati membri.

La non coincidenza tra i due concetti si riflette sulla diversità di matrice normativa, in quanto le direttive in materia di appalti non si fondano sugli artt. 81 e 82 del Trattato ma, come già osservato, sugli artt. 43 e 49, e 95 del Trattato.

In particolare, come insegna il giudice comunitario, lo sviluppo della concorrenza effettiva mira ad eliminare le restrizioni all'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture e di fattispecie contrattuali ricadenti nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, richiedendo la soddisfazione di condizioni di pubblicità a livello comunitario tali da permettere agli imprenditori dell'Unione Europea di valutare se gli affidamenti proposti presentino per loro interesse⁸⁹.

⁸⁹ Corte di Giustizia CE, 18 gennaio 2007, C-220/05, in *www.curia.eu.int*, punto 52: *“Come risulta dal secondo e dal decimo ‘considerando’, la direttiva mira a eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti pubblici di lavori, al fine di aprire tale settore ad una concorrenza effettiva. Come precisato nel decimo ‘considerando’, lo sviluppo di tale concorrenza richiede una pubblicità a livello comunitario dei bandi di gara che contenga sufficienti informazioni per permettere agli imprenditori della Comunità europea di valutare se gli appalti proposti presentino per loro interesse. Al riguardo, la soglia prevista dall’art. 6 della direttiva serve a garantire che gli appalti pubblici che hanno un valore sufficientemente elevato da giustificare una partecipazione intracomunitaria siano portati a conoscenza dei potenziali offerenti.*

53 Dato che l’obiettivo delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva è proprio di garantire ai potenziali offerenti stabiliti nella Comunità europea l’accesso agli appalti pubblici che presentano per loro interesse, ne consegue che è a partire dal loro punto di vista che deve essere calcolato se il valore di un appalto raggiunga la soglia fissata all’art. 6 della direttiva”.

Si veda altresì: Corte di Giustizia CE, in tal senso, sentenza 12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli Architetti e a., *Racc.* pag. I-5409, punto 52, punto 90; Direttiva 2004/18/CE, 2° e 10° Considerando.

L'essenza ultima di tale concetto si coglie proprio nella garanzia ai potenziali offerenti operanti all'interno dell'Unione Europea di accedere al mercato delle commesse pubbliche in condizioni di parità.

L'analisi delle fonti comunitarie consente di affermare che la nozione di concorrenza effettiva si snodi, in linea generale, lungo un triplice piano di operatività⁹⁰.

In primo luogo, essa prende in considerazione i rapporti tra le imprese, figuranti in veste di concorrenti o offerenti, imponendo una concorrenza in relazione alle richieste di acquisto.

Sotto un secondo profilo, riguarda le relazioni tra le amministrazioni aggiudicatrici e, segnatamente, la posizione dell'amministrazione aggiudicatrice nei confronti delle imprese offerenti.

In terzo luogo, opera sotto il profilo istituzionale, rivolgendosi agli Stati membri mediante la disciplina delle procedure di aggiudicazione e la previsione di strumenti di ravvicinamento delle disposizioni processuali, per fare sì che la tutela delle posizioni giuridiche garantite dal diritto europeo sia equivalente rispetto a quella prevista negli ordinamenti nazionali.

Quindi, si può affermare che i principi generali riscontrabili in questa materia, estrinsecatesi nei principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento, proporzionalità, tutela giurisdizionale, effettività ed equivalenza, si pongano come corollari rispetto all'instaurazione del mercato interno, come peraltro indica la stessa etimologia del termine che, dal latino *cumcurreo*, indica specificamente il tendere verso la realizzazione di un comune fine o risultato⁹¹.

⁹⁰ Si vedano le Conclusioni dell'Avvocato Generale Christine Stix Hackl, in C-247/02, del 1 luglio 2004, in *www.curia.eu.int*, punti 28-41.

⁹¹ A dimostrazione della correttezza dell'assunto, si pensi che già negli anni '90, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sottolineava la necessità di promuovere la concorrenza in vari settori, tra cui quello degli appalti pubblici, nel quale era rilevata la frequente disapplicazione delle norme atte a

Inoltre, in base alle più recenti indicazioni comunitarie, può affermarsi che la nozione in esame non vada intesa soltanto come concreta partecipazione delle imprese alle procedure di aggiudicazione degli appalti ma anche nel senso di tutela dell'interesse potenziale degli operatori economici di prendere parte alla aggiudicazione di contratti svolgentesi in altro stato membro⁹².

Tale ricostruzione si evince dal pensiero del giudice comunitario ad avviso del quale il valore della concorrenza non rappresenti un concetto astratto ma un principio da verificare all'interno delle singole procedure di affidamento, non essendo garantito soltanto dal sistema imposto a livello di normazione nazionale o comunitaria ma anche dai sistemi specifici utilizzati nei singoli appalti o con riferimento a specifici progetti, con un duplice impatto della nozione a livello di singola gara ed a livello di mercato interno⁹³.

Il rilievo potenziale della nozione di concorrenza viene altresì valorizzato dal Giudice delle leggi che, nella pronuncia n. 272 del 2004, ha avuto modo di fare riferimento ad essa non come concetto statico, nel senso di “tutela ex post volta a ripristinare un equilibrio perduto” ma come “concetto dinamico, dato dalla creazione di condizioni che favoriscano lo sviluppo del mercato”⁹⁴.

A tale proposito, si noti come le direttive comunitarie di ultima

garantire eque opportunità d'accesso alle gare da parte delle imprese in materia di pubblicità dei bandi, termini di presentazione delle offerte e requisiti richiesti. In base al disposto dell'art. 21 della legge n. 287 del 1990, l'Autorità Garante è legittimata a segnalare al Parlamento, al Governo e alle pubbliche amministrazioni le distorsioni della concorrenza originate da norme di legge o regolamento non giustificate da esigenze di carattere generale.

⁹² Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici *cit.*

⁹³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Christine Stix Hackl, C-532/03, presentate il 14 settembre 2006, punto 70. In dottrina, INVERNIZZI R., *Le specifiche tecniche*, in AA.VV., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, *cit.*, 271.

⁹⁴ Corte Costituzionale, 13-27 luglio 2004, n. 272, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2004, 2748.

generazione ed il codice dei contratti non configurino in termini assoluti l'assenza di esposizione alla concorrenza, prevedendo in capo agli stati membri ed agli enti aggiudicatori l'esercizio di un'attività valutativa volta a stabilire il grado di esposizione alla concorrenza di una determinata attività⁹⁵.

Tuttavia, il dato proveniente dal diritto comunitario impone di ritenere che l'effettività della nozione di concorrenza non va intesa in chiave totalizzante, poiché il rispetto delle regole comunitarie in materia di appalti non significa estendere la concorrenza laddove vi siano ambiti esclusi dalla medesima oppure l'amministrazione decida di non rivolgersi al mercato per l'ottenimento di determinate prestazioni, dovendosi comunque interpretare il sistema di regolamentazione degli appalti in ossequio ai canoni generali della sussidiarietà verticale e della proporzionalità⁹⁶.

La disciplina positiva consente, infatti, di individuare una serie di deroghe esplicite all'applicazione della normativa in materia di concorrenza, previste dal Trattato e dalla normazione secondaria, cui si aggiungono le deroghe implicite elaborate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

⁹⁵ Art. 30, Direttiva n. 2004/17/CE; art. 219 del Codice dei Contratti, recante: "Procedura per stabilire se una determinata attività e' direttamente esposta alla concorrenza", comma 1°: Gli appalti destinati a permettere la prestazione di un'attività di cui agli articoli da 208 a 213 non sono soggetti al presente codice se, nello Stato membro in cui e' esercitata l'attività, l'attività e' direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili; comma 22: Ai fini del comma 1, per determinare se un'attività e' direttamente esposta alla concorrenza si ricorre a criteri conformi alle disposizioni del Trattato in materia di concorrenza come le caratteristiche dei beni o servizi interessati, l'esistenza di beni o servizi alternativi, i prezzi e la presenza, effettiva o potenziale, di più fornitori dei beni o servizi in questione.

⁹⁶ Si veda Posizione comune Parlamento UE e Consiglio in relazione alla Direttiva servizi 2006, in *www.curia.eu.int*, punto 7: "Poiché l'obiettivo della presente direttiva, vale a dire la soppressione degli ostacoli alla libertà di stabilimento dei prestatori negli Stati membri e alla libera prestazione dei servizi fra Stati membri, non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri e può dunque, a causa delle dimensioni dell'azione, essere realizzato meglio a livello comunitario, la comunità può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato. La presente direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo".

Nella prima categoria, ricadono, in primo luogo, i monopoli dello Stato che prendono il nome di settori esclusi dall'applicazione delle regole in materia di concorrenza - o meglio di settori speciali, disciplinati dalla direttiva 2004/17/CE- le cui caratteristiche non consentono di ravvisare condizioni di mercato concorrenziali.

A riprova di quanto osservato in ordine al carattere elastico nella nozione di concorrenza, si noti che, tra le novità contenute nel Codice dei Contratti, vi è l'espunzione del settore delle telecomunicazioni dall'ambito dei settori speciali, dato il raggiungimento di un sufficiente livello di apertura al mercato e l'ingresso in tale sfera del settore postale.

In secondo luogo, in virtù dell'applicazione dell'art. 82 e 86, n. 1 del Trattato, viene ravvisato un limite all'applicazione delle regole concorrenziali nella attribuzione alle imprese di diritti in via speciale o esclusiva da parte di enti pubblici al fine di gestire i servizi di interesse economico generale, poi ristretti nella nota formula del servizio universale.

In terzo luogo, la giurisprudenza comunitaria ammette una limitazione all'applicazione delle regole in materia di appalti determinata dalla sussistenza di cause di giustificazione dovute alla presenza di motivi imperativi di interesse generale ovvero a ragioni di sicurezza o di sanità pubblica, di cui all'art. 296, n. 1, lett. b) del Trattato.

Alla categoria delle deroghe implicite va altresì ricondotta l'a fattispecie dell'*in house providing*, ravvisabile nell'ipotesi in cui l'amministrazione, senza ricorrere al mercato, decida di ottenere il bene o il servizio di cui necessita producendolo direttamente ovvero tramite un'impresa controllata, tale da non avere una soggettività giuridica sostanzialmente distinta rispetto ad essa, dando vita al c.d. rapporto di delegazione interorganica.

L'istituto, sul quale ci si soffermerà in sede di analisi della parità di trattamento, rappresenta il frutto di un contemperamento giudiziale tra

diversi principi comunitari in tensione tra loro, ovvero il principio di concorrenza, da un lato, ed il principio di autorganizzazione del soggetto pubblico e di intangibilità degli assetti proprietari pubblici esistenti negli Stati Membri, espresso nell'art. 295 del Trattato⁹⁷.

Ciò premesso in ordine ai fini cui tende la disciplina comunitaria, vanno effettuate alcune precisazioni, di carattere preliminare, in ordine al profilo soggettivo di applicazione della stessa.

Per quanto concerne la posizione giuridica dell'amministrazione, essa viene considerata come un soggetto tenuto al pari degli altri all'osservanza dei principi concorrenziali, senza l'introduzione di deroghe indotte dalla sua presenza in veste di parte contrattuale.

All'opposto, la posizione giuridica delle imprese, rilevante come situazione giuridica intorno alla quale si costruisce il sistema di regole attuative della libertà di prestazione dei servizi e della libertà di stabilimento, viene riconnessa alla nozione di "operatore economico"⁹⁸.

Sotto il primo profilo, la nozione di amministrazione aggiudicatrice, a seguito delle innovazioni introdotte dal diritto comunitario, comprende lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o di tali organismi di diritto pubblico.

Come noto, per "organismo di diritto pubblico" si intende qualsiasi

⁹⁷ Consiglio di Stato, V, 23 aprile 1998, n. 477 in *Il Consiglio di Stato*, 1998, in cui si afferma che: "L'organizzazione autonoma delle pubbliche amministrazioni rappresenta un modello distinto ed alternativo rispetto all'accesso al mercato. Questo significa che la tutela comunitaria del mercato non interferisce sino a disconoscere ai singoli apparati istituzionali ogni margine di autonomia organizzativa nell'approntare la produzione e l'offerta dei servizi e delle prestazioni di rispettiva competenza. Dunque, le pubbliche amministrazioni possono legittimamente optare per schemi di coordinamento e formule organizzative e, teoricamente alternative rispetto all'acquisizione delle prestazioni destinate alla collettività per il tramite del mercato" [...]. "Il ricorso alla produzione privata, disciplinato dalle regole di salvaguardia della concorrenza e l'esercizio del potere di organizzazione, sottratto a vincoli concorsuali o concorrenziali validi per il ricorso al mercato, costituiscono due schemi distinti che vanno preservati da ogni equivoca commistione". In dottrina, *ex multis*: COLOMBARI S., *delegazione interorganica ovvero in house providing nei servizi pubblici locali*, in *Foro Amm.*, C. d. S., 2004, 1136 ss.

⁹⁸ Conclusioni Avvocato Generale Christine Stix Hackl, 12 aprile 2005, C-231/03, *Co.na.me*, *cit.* in dottrina, DE NICTOLIS R., *Procedure aperte e ristrette*, in AA.VV., *Il Nuovo diritto degli appalti pubblici*, nella Direttiva 2004/18/CE e nella legge n. 62 del 20, *cit.*, 372.

soggetto — istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e — dotato di personalità giuridica, e — la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta a un controllo da parte di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico⁹⁹.

L'obiettivo di massima apertura del mercato ha condotto altresì all'affermazione del rispetto dei principi comunitari anche nell'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice appalti un'opera, a scopo di lottizzazione o per ragioni di politica sociale, che vada a beneficio, in parte o in toto, della collettività o di soggetti privati.

Il principio è stato successivamente esteso anche nei casi in cui l'attribuzione dell'appalto venga effettuata da un privato titolare di concessione edilizia, di un piano di lottizzazione a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione, ovvero

⁹⁹ Direttiva 2004/18/CE, art. 1; art. 3 del Codice dei Contratti, in cui la nozione di “amministrazione aggiudicatrice” viene attribuita: allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli organismi di diritto pubblico e alle associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o di tali organismi di diritto pubblico. Per “organismo di diritto pubblico” si intende qualsiasi organismo: — istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e — dotato di personalità giuridica, e — la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta a un controllo da parte di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Corte Giustizia CE, II Sez., ordinanza 3.12.2001, C-59/00, *cit.*; Corte di Giustizia CE, VI Sez., 7 dicembre 2000, C-324/98, *cit.*; TAR Campania, Napoli, I Sez., 20.5.2003, n. 5868 in www.giustizia-amministrativa.it.

Secondo indirizzi consolidati della giurisprudenza comunitaria e della Corte di Cassazione (in particolare Corte di Giustizia della C.E. nelle cause riunite C-223/99 e C-260/99 del 10 maggio 2001 e Corte di Cassazione, SS. UU, n. 97 del 4 aprile 2000), per l'attribuzione della natura di organismo di diritto pubblico tenuto al rispetto delle procedure di evidenza pubblica, occorre all'accertamento dei tre distinti requisiti sopra enunciati in modo cumulativo.

T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 19 luglio 2005, n. 1290, in *Foro Amm. TAR*, 2005, f. 7/8, 2536. Vedasi, oggi, la definizione recata dal comma 26 dell'art. 3 del “Codice dei contratti”.

proprietario di aree destinate ad essere espropriate in relazione alle opere ed agli interventi necessari alla realizzazione dell'opera pubblica, in cambio del mantenimento della proprietà dell'area.

A tali soggetti viene infatti attribuita la veste di titolare di un "mandato espresso" conferito dall'ente pubblico che intenda realizzare l'opera o il servizio sui quali incombe l'obbligo di applicazione generale delle procedure ad evidenza pubblica nei limiti in cui ciò è imposto dal diritto comunitario.

Il concetto appena esposto è stato espressamente affermato sia dalla Corte di Giustizia quanto dalla Corte Costituzionale, la quale ha esteso la rilevanza del principio sia che l'attribuzione dell'appalto spetti ad un ente pubblico territoriale o ad altro "organismo di diritto pubblico" sia che lo stesso venga effettuato da un privato¹⁰⁰.

Da ultimo, il regime giuridico proprio delle direttive in materia di appalti è stato ritenuto applicabile dalla Corte di Giustizia a fattispecie di convenzione di sistemazione urbanistica concluse tra due soggetti rientranti nella nozione di "amministrazione aggiudicatrice", non ritenendosi tale requisito valevole ad eludere gli obblighi procedurali di derivazione comunitaria¹⁰¹.

Ciò dimostra come il diritto comunitario abbracci una nozione funzionale di pubblica amministrazione in vista della necessità di

¹⁰⁰Corte Costituzionale, 28 marzo 2006, n. 129 in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2006, n. 2, 198; che riprende il principio enunciato da Corte di Giustizia 12 luglio 2001, C-399/98, *cit.* riguardante il caso del titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione, cui è consentita la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione, a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione, quando il valore di tale opera eguagli o superi la soglia comunitaria.

Il principio fissato dalla Corte di giustizia è stato recepito nell'ordinamento italiano per mezzo dell'art. 2, comma 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (legge quadro in materia di lavori pubblici), nel testo sostituito dall'art. 7, comma 1, della legge 1° agosto 2002, n. 166 che, riferendosi agli interventi eseguiti direttamente dai privati a scomputo di contributi connessi all'attività edilizia o alla lottizzazione di aree, stabilisce che "per le singole opere di importo superiore alla soglia comunitaria i soggetti privati sono tenuti ad affidare le stesse nel rispetto delle procedure di gara previste dalla [...] Direttiva 93/37/CEE". Oggi risulta trasfuso nell'art. 32 del Codice dei Contratti.

¹⁰¹ Corte di Giustizia CE, 18 gennaio 2007, C-220/05, in *www.curia.eu.int*, *cit.* la cui analisi più approfondita verrà svolta nel Cap. III- sez. II – par. 3.2.6., dedicato al principio di parità di trattamento.

attribuire piena efficacia al principio di libera concorrenza, abdicando ad ogni interpretazione restrittiva del concetto di organismo di diritto pubblico¹⁰².

Diversamente, sotto il profilo dei soggetti ammessi alla contrattazione, va precisato che la nozione comunitaria di “operatore economico” appare più fluida rispetto a quella vigente nell’ordinamento interno, in cui essa evoca il concetto di impresa nel senso proprio del codice civile.

Nel diritto della concorrenza, la nozione di imprenditore ricomprende qualsiasi soggetto che eserciti un’attività economica a prescindere dallo status giuridico di esso e dalle modalità di finanziamento, ammettendo la partecipazione alle gare d’appalto di soggetti privi del connotato della imprenditorialità, quali gli enti pubblici, le fondazione e gli enti no profit in ragione della finalità di conferire maggiore ampiezza possibile alla libertà di prestazione dei servizi e la libertà di stabilimento, nell’ottica di apertura del mercato interno¹⁰³.

Il disposto dell’art. 1, par. 8, della Direttiva 2004/18/CE, infatti, fa riferimento alle persone fisiche o giuridiche, agli enti pubblici o ai raggruppamenti di tali soggetti che offrano sul mercato le prestazioni in questione.

¹⁰² MARCHEGIANI G., *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl.*, 2002, 6; REALFONZO U., GALTIERI C., DEL CASTILLO I., *Appalti pubblici di forniture*, Milano, 2004; Corte di Giustizia, 17 dicembre 1998, C-353/96 in *www.curia.eu.int*.

¹⁰³ Conclusioni Avv. Gen. Kokott, 15 giugno 2006, in C-220/05, in *www.curia.eu.int*, punto 50: “ Nell’ambito del diritto della concorrenza, la nozione di impresa include qualsiasi soggetto che eserciti un’attività economica, a prescindere dallo status giuridico di tale soggetto e dalle sue modalità di finanziamento; costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell’offrire beni o servizi in un determinato mercato. Tale definizione si presta ad essere applicata anche all’ambito degli appalti pubblici. Questo perché anche in detto settore, conformemente alle finalità della direttiva 93/37, tese a realizzare la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché a sviluppare una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici, la nozione di imprenditore è da intendersi in maniera ampia. Ciò è confermato anche dalla definizione di legge datane dall’art. 1, n. 8, della direttiva 2004/18, applicabile nelle cause future. Conformemente a tale norma, per imprenditori in materia di appalti si intendono persone fisiche o giuridiche, enti pubblici, o raggruppamenti di tali persone e/o enti che offrano sul mercato la realizzazione delle prestazioni in questione”.

Si noti che l'ampiezza della nozione rilevante per il diritto comunitario assume concreta rilevanza pratica in relazione ad aspetti procedurali delle gare ed alla sfera applicativa dei principi generali.

In chiave anticipatoria, si pensi alla possibilità per le associazioni temporanee di imprese di presentarsi come offerenti nei confronti della p.a. ed ai problemi che ne derivano sotto il profilo dei requisiti di partecipazione e delle cause di esclusione.

Sotto altro profilo, si pensi al tema della partecipazione degli enti pubblici alle gare in veste di offerenti.

Tale eventualità ha indotto il legislatore francese a modificare l'art. 1 del *Code des marchés publics*, introducendo le *personnes publiques* accanto ai soggetti privati quali possibili contraenti delle pubbliche amministrazioni¹⁰⁴.

Diversamente, nell'ordinamento italiano si registrano, da un lato, aperture giurisprudenziali nel senso della partecipazione di enti pubblici o di soggetti da essi partecipati alle gare d'appalto pur con il limite del rispetto dei principi in materia di concorrenza, evitando la concessione di diritti speciali od esclusivi da parte di enti pubblici ove questi siano anche azionisti di controllo di imprese che gestiscano il servizio in questione, per non incorrere in forme di abuso sul mercato¹⁰⁵.

Dall'altro, il codice dei contratti pubblici – art. 3, comma 19- omette di inserire gli enti pubblici tra i soggetti ammessi a contrarre con la p.a.

Nel disposto normativo, la dottrina intravede una precisa volontà del legislatore nazionale di definire in maniera diversa, rispetto alla classificazione comunitaria, il novero dei soggetti di diritto ammessi alle procedure finalizzate all'affidamento di appalti pubblici di lavori,

¹⁰⁴ RICHER L., *L'assistance technique de l'Etat aux communes peut-elle réellement s'affranchir de la concurrence?* In *Rev. Fr. Dr.amm.* 2002, 1056 ss.

¹⁰⁵ Tar Liguria, II, 17 gennaio 2002, n. 30 in *Urbanistica e Appalti*, 2002, 1094; Autorità Garante della concorrenza e del mercato, 4 ottobre 2006, n.AS361.

forniture e servizi e di escludere, quindi, dallo stesso gli enti pubblici¹⁰⁶.

In particolare, per quanto riguarda la legittimazione degli enti pubblici ad acquisire la qualità di appaltatore di servizi, l'esplicita esclusione normativa non consente più di includere nella categoria di "prestatori di servizi" quegli organismi pubblici, che comprendano tra le finalità d'istituto la prestazione del servizio per il quale è stata indetta la procedura di selezione e, quindi, l'esercizio della relativa attività, diversamente da quanto si era ritenuto nel vigore dell'art. 1, lett. c), della direttiva CEE 92/50 e dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 157/95, che si limitava a definire l'appaltatore come "prestatore di servizi", omettendo, poi, di fornirne una definizione specifica.

Rispetto all'orientamento più restrittivo del legislatore, la giurisprudenza non esclude gli enti morali senza scopo di lucro, quali le fondazioni, dalla categoria di "imprenditori", "fornitori" o "prestatori di servizi" ai sensi delle disposizioni vigenti in materia, attese la sussistenza del requisito della personalità giuridica della loro capacità di esercizio dell'attività di impresa¹⁰⁷.

¹⁰⁶ CACACE S., *Op.Cit.*

¹⁰⁷ Tar Lazio, Roma, III-quater, 18 luglio 2006, n. 5993 in *Sanità Pubblica e Privata*, 2006, n.6, 79 e ss, con nota di CORBETTA C. Nella pronuncia si afferma: "Poiché il d.lgs. n. 157 del 1995 non richiede tra i requisiti di partecipazione alle procedure concorsuali la qualità di impresa né, tanto meno il fine di lucro, è legittima l'ammissione ad una procedura di gara per affidamento di servizi sociali di un'Onlus, senza che ciò comporti una violazione della par condicio tra i concorrenti ad una procedura di gara".

2.2. Le tecniche di normazione utilizzate.

Dall'analisi delle fonti normative comunitarie e delle pronunce della Corte di Giustizia, si può affermare che la realizzazione del mercato unico europeo venga affidata, sul piano generale, al diritto primario enunciato nel Trattato, e, sotto il profilo della disciplina specifica, alle disposizioni contenute nel diritto derivato, le quali intervengono a regolare ambiti settoriali¹⁰⁸.

Oltre questi due livelli di disciplina vengono altresì in considerazione i principi generali del diritto comunitario elaborati dalla Corte di Giustizia e successivamente recepiti a livello normativo che saranno oggetto della seconda parte del lavoro.

Dapprima è bene chiarire il rapporto intercorrente tra i due poli costituiti dalle fonti giuridiche di diritto primario e dalle direttive di settore, comprendendo in che modo essi incidano sulle procedure di aggiudicazione e si intersechino tra loro¹⁰⁹.

Sotto un primo profilo, come già osservato, il cuore della disciplina degli appalti va rinvenuto negli artt. 43 e 49 del Trattato, cui la giurisprudenza ricollega la magna pars dei principi applicati in materia di

¹⁰⁸ La correttezza di quanto detto emerge dalla lettura del secondo considerando della Direttiva Unificata 2004/18/CE, a tenore del quale “l’aggiudicazione degli appalti negli stati membri è subordinata al rispetto dei principi del Trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, non discriminazione, mutuo riconoscimento, proporzionalità e trasparenza”.

In seconda battuta, si legge: “Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurarne l’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza.

Si noti che i “considerando” assumono un peso notevole nell’interpretazione delle direttive comunitarie, in quanto, essendo l’Unione Europea un ordinamento fondato sul Trattato, ogniqualvolta viene esercitato un potere da esso legittimato, occorre che la base giuridica posta a fondamento del medesimo venga esplicitata attraverso la motivazione dell’atto normativo, a differenza di quanto avviene negli ordinamenti interni, nei quali il legislatore, essendo dotato di piena sovranità, non sempre motiva le proprie scelte normative.

¹⁰⁹ Molto chiare sul punto appaiono le Conclusioni dell’Avvocato Generale Christine Stix Hackl presentate il 14 settembre 2006, in C-507/03 e in C-532/03, in www.curia.eu.int.

appalti.

Ciò vale sia per i principi di non discriminazione e di parità di trattamento, che vengono interpretati come corollario degli artt. 43 e 49 del Trattato sia per l'obbligo di trasparenza, del quale viene sancito il rilievo strumentale rispetto all'obiettivo di apertura del mercato, consentendo al maggiore numero di imprese operanti nei vari settori di mercato di valutare le proprie chances partecipative in relazione ad un determinato affidamento¹¹⁰.

Lo stesso dicasi per i principi di proporzionalità e di libera concorrenza che trovano anch'essi applicazione nell'ambito di validità del diritto primario tramite il disposto degli artt. 5 e 14 del Trattato.

Inoltre, la giurisprudenza comunitaria fa riferimento all'art. 10 del Trattato, a tenore del quale "Gli Stati membri sono attuano tutte le misure necessarie all'attuazione delle disposizioni del Trattato".

Da tale norma sono desunti, da un lato, un obbligo di configurazione dei procedimenti di aggiudicazione in capo agli Stati Membri e, dall'altro, i principi di equivalenza e di effettività, i quali trovano applicazione non soltanto sotto il profilo processuale ma anche sul versante sostanziale delle procedure di aggiudicazione degli appalti nella misura in cui pongono dei limiti alle normative procedurali interne agli stati membri¹¹¹.

La rilevata operatività del diritto primario appare foriera di importanti conseguenze sul piano operativo.

Attraverso tale strumento, il giudice comunitario e nazionale sono giunti ad affermare la necessità del rispetto dei principi fondamentali integranti la nozione di concorrenza effettiva in relazione ad ambiti non strettamente ricompresi nelle discipline di settore, quali gli affidamenti concessori, gli appalti sotto-soglia e le convenzioni di urbanizzazione, per

¹¹⁰ Conclusioni Avv. Gen. Christine Stix Hackl, 12 aprile 2005, C-231/03, Co.na.me e Comune di Cingia de Botti e Padania Acque S.pa., *cit.*, punto 97.

¹¹¹ Corte di Giustizia, 10 aprile 2003, C-276/01, Steffensen, in *Racc.*, I, 3735, punto 66; 27 febbraio 2003, C-327/00, Santex, in *Racc.*, I, 1877, punto 56.

i quali, ferma restando la non necessità di un obbligo di gara in senso stretto, viene comunque sancito il rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza.

Il principio è espressamente enunciato in una recente pronuncia del Consiglio di Stato, nella quale viene statuito che la soggiacenza a principi di evidenza pubblica, alla stregua di un principio comunitario da ultimo recepito con il codice dei contratti di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, riguarda tutte le attività contrattuali della P.A. pur se non soggette a disciplina puntuale di stampo nazionale o di derivazione europea.

“Tanto in ossequio ai principi del Trattato in tema di tutela della concorrenza valevoli al di là dei confini tracciati da direttive specifiche in quanto tesi ad evitare restrizioni ingiustificate e sproporzionate alla regola generale della libertà di competizione”¹¹².

Ciò detto, il rapporto tra il diritto primario espresso nelle disposizioni del Trattato e il diritto derivato contenuto nelle discipline di settore può ricondursi a tre fondamentali tipologie.

In primo luogo, il diritto primario si applica ad ambiti non disciplinati dalle direttive sugli appalti ovvero quando l’attribuzione di un servizio o un’acquisizione di beni non sia disciplinato da alcuna direttiva.

In un secondo ordine di casi, il ricorso al diritto primario può avvenire in relazione ad ambiti che siano oggetto di disciplina da parte delle direttive di settore, in relazione ad aspetti non espressamente resi oggetto di trattazione da parte delle medesime.

In questo senso, la giurisprudenza comunitaria fa riferimento al principio della interpretazione integrativa o complementare delle direttive per mezzo del diritto primario.

Questo secondo profilo di operatività si ricollega alla natura giuridica delle direttive che, come noto, non introducono una disciplina uniforme ed esaustiva delle materie da esse contemplate, vincolando gli Stati

¹¹² Consiglio di Stato, VI, 10 gennaio 2007, n. 30, *cit.*

membri soltanto in relazione ad obblighi di risultato.

Un terzo ordine di ipotesi si riconnette al caso in cui la disciplina è contenuta interamente nelle norme di diritto derivato, cui la Corte di Giustizia attribuisce carattere tassativo, ponendo così un limite alla attuazione integrativa del diritto primario.

Per quanto concerne la regolamentazione contenuta nelle direttive, bisogna fare riferimento, sotto il profilo strutturale, alla loro natura giuridica e, da un punto di vista contenutistico, alle disposizioni in esse contenute.

Sotto il primo aspetto, come noto, il tessuto normativo delle direttive è caratterizzato da un contesto di regole di armonizzazione e coordinamento nell'ambito del quale gli stati membri restano liberi di mantenere o emanare norme procedurali, ferma restando la necessità di un effettivo adeguamento¹¹³.

Il referente normativo è rappresentato dall'art.249 del Trattato, a tenore del quale “la direttiva vincola lo stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi”.

La latitudine della discrezionalità di cui godono gli stati membri nella attuazione degli obblighi di risultato imposti dalle direttive viene parametrata dalla Corte di Giustizia alla luce del dovere di leale collaborazione tra ordinamento comunitario e ordinamenti interni, di cui all'art. 10 del Trattato, e del principio di proporzionalità, in base al quale vanno utilizzati mezzi consoni ed adeguati in relazione allo scopo da perseguire¹¹⁴.

¹¹³ Corte di Giustizia CE, 3 marzo 2005, C-21/03, in *Il Consiglio di Stato*, 2005, 553. In dottrina, MERUSI F., *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. It. Dir. Com.*, 1997, I, 41, il quale rileva che gli obiettivi perseguiti dall'ordinamento comunitario non vengono realizzati tramite la sostituzione di norme presenti negli ordinamenti nazionali ma mediante la creazione di un sistema normativo che funga da denominatore comune per giungere all'avvicinamento delle legislazioni nazionali.

¹¹⁴ Il principio appare affermato già in pronunce risalenti della Corte di Giustizia. Si veda la sentenza 8 aprile 1976, Royer, C-48/75 in *Racc.*, 1975, 497, in cui si parla di “utilizzo di forme e mezzi più idonei

Corollario di tale natura giuridica ed elemento di differenziazione rispetto ai regolamenti comunitari è che la direttiva non esplica efficacia diretta, non attribuendo ai singoli posizioni giuridiche direttamente azionabili ma necessitando di un atto interno di recepimento, fatti salvi i casi di direttive dettagliate o immediatamente applicabili, alla cui categoria vengono ricondotte le direttive in materia di appalti.

In relazione a queste ultime, infatti, la giurisprudenza comunitaria, a partire dagli anni '70, ha affermato che l'efficacia giuridica degli atti comunitari vada valutata non tanto in ragione della forma quanto e soprattutto con riferimento alla sostanza del singolo atto e della sua funzione nel sistema del Trattato, riconoscendo così ad esse la possibilità di produrre effetti diretti all'interno dei singoli stati membri, pur in mancanza di norme nazionali di attuazione¹¹⁵.

Presupposto dell'operatività diretta è il mancato recepimento da parte dello Stato membro della direttiva ovvero l'inadeguatezza dello stesso, dal quale discende la possibilità per i singoli di fare valere nei confronti dello Stato le disposizioni in essa contenute, mediante il meccanismo della disapplicazione del diritto interno contrastante.

Si noti che, per quanto concerne le direttive in materia di appalti, l'attribuzione del carattere self-executing viene affermata dalla giurisprudenza a partire dagli anni '80¹¹⁶.

per il conseguimento migliore e totale del risultato prescritto a garanzia dell'efficacia reale delle direttive, tenuto conto del loro scopo”.

¹¹⁵ Una delle prime sentenze della Corte di Giustizia sul punto è sentenza 5 febbraio 1963, N.V. Algemene Transport of Expeditie Onderneming van Gend e Loos c. Amministrazione delle Imposte dei Paesi Bassi (causa 26/62); Corte di Giustizia sentenza 4 marzo 1999, causa C-258/97 nella quale la corte ha affermato che *“Dalla forza obbligatoria attribuita dall'art. 189 del Trattato alla decisione comunitaria deriva che una disposizione di siffatta decisione rivolta ad uno Stato membro può essere invocata dai singoli nei confronti del detto Stato membro qualora imponga al destinatario un obbligo incondizionato e sufficientemente chiaro e preciso. Qualora la detta disposizione debba essere applicata entro un determinato termine, essa può essere fatta valere solo alla scadenza nell'ipotesi in cui lo Stato membro ometta di applicare la decisione o la applichi in modo erroneo.”*

¹¹⁶ *Ex multis*: Corte di Giustizia, 26 febbraio 1986, C-152/84, Mashall, in *www.curia.eu.int*, in cui la Corte statuisce che alle direttive self-executing può essere riconosciuta esclusivamente efficacia verticale, affermando l'invocabilità nei confronti dello stato, ma negando la possibilità di produrre effetti nei rapporti interpretati.

Sotto questo versante di indagine, le direttive di ultima generazione appaiono caratterizzate da un rilevante elemento di novità contenendo molteplici disposizioni aventi quali dirette destinatarie le amministrazioni aggiudicatrici¹¹⁷.

Tale aspetto può ritenersi un'enunciazione a livello normativo della imposizione da parte del diritto degli appalti di obblighi e poteri specifici nei confronti delle pubbliche amministrazioni, fino ad ora enunciato soltanto in sede giurisprudenziale.

E' noto, infatti, che la Corte di Giustizia avesse già manifestato una tendenza favorevole alla valorizzazione dei poteri della pubblica amministrazione al fine di attuare in modo adeguato i precetti di derivazione comunitaria, affermando così la sussistenza di una sfera riservata in capo alla medesima in vista della realizzazione di obblighi di risultato¹¹⁸.

Il pensiero del giudice comunitario è stato collegato in dottrina al concetto di "riserva di funzione amministrativa", intesa come ambito costituzionalmente riconosciuto all'amministrazione in ordine all'esercizio della funzione, rispetto al potere giurisdizionale, esprimendosi in scelte attinenti al merito amministrativo¹¹⁹.

Benché tale rilievo possa ritenersi senz'altro calzante, va altresì osservato che l'imposizione di poteri ed obblighi nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici propria della Direttiva 2004/18/CE e recepita dal codice dei contratti costituisce espressione di una ben precisa

¹¹⁷ In via esemplificativa, si può fare riferimento al disposto dell'art. 30 della Direttiva 2004/18/CE, a tenore del quale le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante procedura negoziata, previa pubblicazione di un bando di gara, nei casi contemplati dalla norma.

¹¹⁸ Corte di giustizia CE, II, 7 ottobre 2004, C-247/02, in *Urbanistica e Appalti*, 2004, 1267, nella quale è ritenuto in contrasto con la disciplina comunitaria l'art. 21 della legge n. 109 del 1994, nella parte in cui limita la discrezionalità della stazione appaltante nell'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Secondo la Corte, la fissazione da parte del legislatore nazionale di un unico criterio di aggiudicazione priva le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione le caratteristiche peculiari dei singoli appalti, prendendone in considerazione non solo gli aspetti economici ma anche gli aspetti qualitativi.

¹¹⁹ VAIANO D., *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.

scelta legislativa.

La previsione di un margine di discrezionalità in capo alle amministrazioni nell'attuazione dei dettami comunitari mira a salvaguardare la loro effettività, laddove vi sia la possibilità che il legislatore nazionale o regionale operino una lettura riduttiva del contenuto degli stessi¹²⁰.

In questo modo, viene introdotto nell'ordinamento interno un ulteriore presidio a garanzia dell'attuazione del diritto comunitario, dato dalla limitazione dell'autonomia del legislatore statale di disattendere le scelte operate dalle amministrazioni e di imporre in via legislativa soluzioni rimesse alle medesime, pena la violazione del diritto comunitario¹²¹.

Ad avviso di autorevole dottrina, la suddetta tecnica integra uno degli strumenti di appropriazione comunitaria del diritto amministrativo nazionale, consentendo di argomentare la discrezionalità legislativa lasciata agli stati membri in sede di attuazione dei precetti contenuti nelle direttive¹²².

Il dato normativo emergente dalle direttive di ultima generazione appare rafforzato dalla recente Comunicazione del 1 agosto 2006, nella quale la Commissione UE ha avuto modo di precisare che la rilevanza di una commessa per il mercato interno non possa essere stabilita ex ante in termini assoluti in relazione ad ogni fattispecie contrattuale, spettando al contrario "alle singole amministrazioni aggiudicatrici decidere se

¹²⁰ PELLIZZER F., *Le concessioni di lavori pubblici*, cit., 49 ss.; TORCHIA L., *Op. cit.*; CASSESE S., *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, cit. si veda comunicazione sugli appalti sotto-soglia, cit.

¹²¹ Si pensi a quanto rilevato dalla Corte di Giustizia, 7 ottobre 2004, C-247/02, cit., in cui viene posta in discussione l'opzione legislativa operata dal legislatore della legge Merloni, con l'art. 21-bis della stessa, di limitare la possibilità di scelta dell'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa da parte delle amministrazioni aggiudicatrici. E' noto, inoltre, che il recepimento delle direttive di seconda generazione- Direttiva 93/36/CE, 93/37/CEE, 93/38/CE- sia stato caratterizzato da un'interpretazione del concetto di concorrenza intesa soprattutto come rispetto delle garanzie di trasparenza e meccanicità delle procedure, in un'ottica di prevenzione degli abusi.

¹²² CASSESE S., *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. Trim. Dir. Pubblico*, 2003, 1, 35.

l'aggiudicazione di un determinato appalto possa essere interessante per operatori economici situati in altri Stati membri”¹²³.

Ciò comporta, sul piano applicativo, la valorizzazione del ruolo delle amministrazioni nella effettuazione di preliminari indagini di mercato per stabilire se il singolo contratto da porre in essere possa rivestire un interesse “comunitario” per imprese straniere¹²⁴.

In una prospettiva di più ampio respiro, la rilevata caratteristica riflette, peraltro, una generale evoluzione della tecnica normativa raggiunta con le Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE.

Se, infatti, i primi interventi comunitari in materia- Direttive 71/304/CE e 71/305/CE - apparivano caratterizzate da una regolamentazione di carattere impositivo o negativo, volta in prevalenza a proibire condotte discriminatorie da parte degli Stati Membri, alla base delle direttive di ultima generazione è ravvisabile l'intento di consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di rivolgersi al mercato con una maggiore libertà di azione, attraverso moduli organizzativi innovativi e più flessibili, pur nel pieno rispetto dei principi fondamentali di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e tutela giurisdizionale¹²⁵.

Ciò costituisce, secondo il pensiero dottrinale, la trasposizione sul piano giuridico, della distinzione di origine economica, tra integrazione negativa, realizzata principalmente tramite misure di divieto, misure

¹²³ Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici , *G.U.U.E.* 1 agosto 2006, n. C 179, *cit.*, la quale prosegue dicendo:“La Commissione ritiene che questa decisione deve essere basata su una valutazione delle circostanze specifiche del caso, quali l'oggetto dell'appalto, il suo importo stimato, le particolari caratteristiche del settore in questione, nonché il luogo geografico di esecuzione dell'appalto”.

¹²⁴ Conclusioni Avvocato Generale Stix-Hackl del 12 aprile 2005, C-231-03, *Co.name* , Comune di Cingia de'Botti e Padania Acque Spa, *cit.*, punti 27 e 105.

¹²⁵ NOBILE A., *Le nuove direttive: i principi generali*, in FIORENTINO L., LACAVA C., (a cura di), *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, *Quaderni del Giornale di Diritto amministrativo*, diretti da CASSESE S., Roma, 2004, 13.

tariffarie e limitazioni agli aiuti di stato, con il fine di rimuovere le barriere per la realizzazione del mercato ed integrazione positiva, realizzata tramite strumenti volti a garantire l'applicazione di regole uniformi¹²⁶.

Le ragioni di questo cambiamento vengono ricondotte, in generale, al fallimento del tentativo di attuare il mercato interno mediante l'armonizzazione normativa, che viene vista come una tecnica in dequotazione nei più recenti interventi del legislatore comunitario, data l'impossibilità di uniformare le legislazioni nazionali, sia dal punto di vista oggettivo, non potendosi coprire tutti gli ambiti procedurali coinvolti nella attuazione degli obiettivi propri del diritto comunitario, sia dal punto di vista funzionale, non essendo possibile ricondurre ad un sistema unitario criteri, requisiti e strumenti utilizzati nell'ambito dei singoli ordinamenti nazionali¹²⁷.

La riflessione trova conforto in sede normativa, dove si è registrata l'impossibilità di operare il coordinamento dei sistemi giuridici di regolazione delle procedure di aggiudicazione soltanto attraverso un'interpretazione degli articoli 43 e 49 del Trattato come norme miranti all'abolizione di pratiche restrittive della concorrenza, rilevandosi come l'eliminazione di un alto numero ostacoli richieda un coordinamento preliminare delle legislazioni nazionali, estremamente complesso da gestire per le istituzioni comunitarie soprattutto dopo l'allargamento ai paesi dell'est europeo¹²⁸.

¹²⁶ TORCHIA L., *Op. cit.*, 55.

¹²⁷ TORCHIA L., *Op. cit.*, 65.

¹²⁸ *Posizione comune di Consiglio e Parlamento sui servizi nel mercato interno*, ottobre 2006, in www.curia.eu.int.

PARTE II
Profili ricostruttivi

CAPITOLO III

I PRINCIPI GENERALI PRESIEDENTI L'ESPLICAZIONE DELL'ATTIVITA' CONTRATTUALE DEL SOGGETTO PUBBLICO.

3. Premessa.

In una prospettiva di generale inquadramento, si può dire che l'utilizzo di clausole generali nella disciplina dei contratti pubblici costituisca una tecnica invalsa anche prima dell'innesto col diritto comunitario, anche se rispondente a finalità parzialmente differenti, come dimostrato.

Alla trama delle regole positivamente enunciate dal legislatore, infatti, l'analisi della giurisprudenza amministrativa consente di affiancare l'esistenza di principi generali idonei a disciplinare la materia in assenza di norme specifiche.

Ci si riferisce, in sintesi, ai principi di pubblicità, continuità, segretezza, sana finanza pubblica, par condicio elaborati in vista della realizzazione dell'interesse del paciscente pubblico e della tutela della trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa, che conservano la loro cogenza anche a seguito del recepimento delle regole di derivazione comunitaria e dell'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici¹²⁹.

¹²⁹ Sui relativi principi, si vedano, *ex multis*, le seguenti pronunce: sul principio di pubblicità, TAR Puglia, Lecce, 30 ottobre 1981, n. 390, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1981, II, 599; TAR Abruzzo, 3 agosto 1990, n. 398, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1991, 972; Consiglio di Stato, V, 20 marzo 2006, n. 1445, in *Foro Amm., C.d.S.*, 2006, n. 3, 875.

Sul principio di continuità, Consiglio di Stato, V, 12 ottobre 2004, n. 6568, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, I, 2005, 624; TAR Lombardia, Sez. Brescia, 13 gennaio 2006, n. 42, in *Foro Amm., TAR*, 2006, n. 1, 31;

L'operatività degli stessi viene riconnessa all'esigenza di colmare le lacune del sistema, in funzione di chiusura, in armonia, peraltro, con la tradizionale configurazione dei principi generali dell'ordinamento giuridico.

Infatti, già la dottrina risalente intravede nei principi generali uno strumento di innovazione del sistema giuridico, potendosi per loro tramite introdurre nuovi valori senza porre in discussione il primato dello strumento legislativo, rispetto al quale i primi si pongono in funzione integrativa.

Successivamente, ad essi viene attribuito il ruolo di risoluzione di antinomie normative¹³⁰.

Nell'ordinamento contemporaneo, l'emersione di nuovi interessi e valori, molti dei quali di derivazione sovranazionale, ha indotto gli studiosi a riconoscere l'attualità e necessità delle clausole generali, ravvisata nella funzione di risoluzione di conflitti tra posizioni soggettive ugualmente tutelate dall'ordinamento¹³¹.

Secondo il pensiero di autorevole dottrina, gran parte delle regole presiedenti l'azione amministrativa deriva da norme non codificate, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, la cui valenza si snoda essenzialmente su due piani, tra loro nettamente distinti, coincidenti con "il riempimento di lacune lasciate dalla disciplina legislativa, la rilevazione di principi generali dell'ordinamento e l'affermazione della loro vigenza nei confronti della Pubblica Amministrazione"¹³².

sul principio di proporzionalità, Consiglio di Stato, V, 14 aprile 2006, n.2087, in *Foro Amm., C.d.S.*, 2006, I, 1193; sul principio di sana finanza pubblica, ritenuto fondamentale al fine di assicurare una corretta gestione delle risorse pubbliche, si vedano: Consiglio di Stato, IV, 3 marzo 2000, n.1136 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹³⁰ FERRARA F., *I principi generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa, 1941, poi in *Scritti Giuridici*, 1954, 130; JANNEAU B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Recueil Sirey, 1954, 240; ZAGREBELSKY G., *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1984, 229 ss.

¹³¹ ALPA G., *Il disordine legislativo, la creatività della giurisprudenza e il caso della giustizia civile*, in *Pol. Civ.*, 1986, 607; in generale sul tema, CAVALLO PERIN R., *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. Amm.*, 2000, 41.

¹³² MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., 108.

In relazione alla materia dei contratti pubblici, viene altresì osservato come le frequenti sovrapposizioni tra diritto e tecnica rendono imprescindibile il riferimento ai principi generali, indicati come unici strumenti in grado di *salvare l'interprete dal rischio di approdare a soluzioni prive di congruità sistematica*¹³³.

Per quanto concerne, invece, il ruolo giocato dai principi generali del diritto comunitario in ordine alla materia dei pubblici affidamenti, in via preliminare, va osservato che essi siano in parte desunti dai singoli stati membri e poi recepiti nell'ordinamento comunitario ed in parte sorti all'interno di quest'ultimo, giocando un ruolo decisivo nel perseguimento degli obiettivi comunitari e nella garanzia dei diritti dei singoli¹³⁴.

In particolare, ai principi europei in materia di tutela della concorrenza si attribuisce pacificamente una funzione di unificazione e coesione del sistema normativo, ponendosi quali valori che delimitano l'autonomia degli ordinamenti giuridici nazionali di recepire ed attuare il diritto comunitario e quali strumenti di interpretazione delle norme procedurali interne ai singoli ordinamenti nazionali¹³⁵.

L'ambito di validità degli stessi appare più ampio rispetto a quello del diritto primario espresso nelle disposizioni del Trattato, in quanto ricomprende anche principi di carattere non scritto, quali l'uguaglianza,

¹³³ CINTIOLI F., *Op. cit.*, 335.

¹³⁴ Alla prima categoria possono ascrivere, *ex multis*, il principio di legalità, la tutela del contraddittorio, il principio di certezza del diritto, la tutela dell'affidamento e della buona fede, il principio di proporzionalità, alla cui stregua la sanzione per la violazione di un obbligo comunitario deve essere proporzionale rispetto all'obiettivo da raggiungere.

Appartengono alla seconda tipologia, in via esemplificativa, il principio di leale collaborazione, desunto dall'art. 10 del Trattato, il principio di effettività o effetto utile, in base al quale le norme comunitarie devono essere interpretate ed applicate nel senso che consente l'immediato raggiungimento dell'obiettivo, il principio di libertà di concorrenza, e i corollari che ne derivano in tema di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, i principi di libera circolazione di persone, servizi e libertà di stabilimento.

¹³⁵ Corte di Giustizia, CE, 7 dicembre 2000, C-324/98, Teleaustria Verlags c. Telekom Austria, *cit.*; TAR Liguria, II, 22 novembre 2002, n.1125 in *www.giustizia-amministrativa.it*; In dottrina, SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2000, 151; Corte di Giustizia, 25 marzo 2004, C-231/00, C-303/00, C-451/00, Cooperativa Lattepiù, punti 56-57, in *www.curia.eu.int*; Cass. Civ., Sez. lav., 3 febbraio 1995, n.1271, in *Dir. Lav.*, 1995, II, 8. Avvocato Generale Christine Stix Hackl, *Co.na.me. cit.*, punto 56.

da cui derivano i canoni della parità di trattamento e della non discriminazione in base alla nazionalità.

In una prospettiva più ampia, la dottrina rileva come i principi generali abbiano una capacità pervasiva che si presta ad innervare larghi strati dell'ordinamento, oltre i limiti disegnati dal riparto delle competenze di attribuzione e dal canone della sussidiarietà, in virtù del fenomeno dello “spill over effect”, estendendo la loro validità al di là delle fattispecie comunitariamente rilevanti¹³⁶.

Si parla a tale proposito di “effetto giuridico indotto”, da cui deriverebbe un'applicazione generalizzata dei principi comunitari in relazione a settori non costituenti oggetto di disciplina normativa, secondo una costruzione che pare ricevere conferma in sede giurisprudenziale¹³⁷.

Sotto altro angolo visuale, viene rilevato che l'utilizzo di clausole generali in una materia come quella dei contratti pubblici sarebbe connaturato al suo carattere “multilivello”, dovuto alla assenza di uniformità normativa ed alla presenza di una molteplicità di soggetti in grado di incidere, sia pure in modo diversificato, sullo svolgimento delle procedure di gara¹³⁸.

In questo senso, il richiamo espresso ai principi generali, contenuto nel secondo considerando della Direttiva 2004/18/CE e nell'art. 2 del

¹³⁶GALETTA D.U., *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 851.

¹³⁷GALETTA D.U., *Op. cit.*, pag. 226: “Recentemente si è parlato di effetto giuridico indotto della normativa comunitaria con riguardo a quelle ipotesi in cui la normativa comunitaria non si occupa di disciplinare per intero una materia ma si limita a prendere in considerazione le fattispecie di interesse sopranazionale, disinteressandosi dei problemi di interesse più strettamente locale. Questa modalità di influenza sul diritto comunitario sul diritto amministrativo degli stati membri sarebbe qui conseguenza necessaria dell'applicazione del principio di uguaglianza che osta alla coesistenza di due diverse discipline, l'una nazionale e l'altra di derivazione comunitaria, all'interno della medesima materia”.

Consiglio di Stato, VI, 10 gennaio 2007, n. 30, *cit.*

¹³⁸CASSESE S., *Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali*, cit., 24, il quale sottolinea come in relazione ai principi generali sia ravvisabile un progressivo processo di convergenza che viene definito come “una sorta di minimo comune denominatore” tra i diritti amministrativi nazionali.

Codice dei Contratti Pubblici, attribuisce loro una base giuridica espressa, dando una connotazione più “forte” alla adozione di soluzioni operative da parte delle amministrazioni pubbliche in coerenza con i principi comunitari.

Ciò non significa, tuttavia, che la capacità espansiva dei principi comunitari debba comportare la ricaduta nella sfera di applicazione del diritto comunitario di materie o controversie che invece restano fuori dal relativo ambito applicativo.

Infatti, se, da un lato, l’influenza comunitaria conduce alla emersione di valori prima sconosciuti alla tradizione interna, quali la tutela del mercato e l’interesse degli imprenditori alla partecipazione, potenziale o attuale, alle procedure di affidamento, dall’altro, tale processo non va condotto a conseguenze estreme o ipergarantiste di imposizione del modello concorsuale laddove l’ordinamento non lo richieda, con evidenti rischi di contrasto sia con il diritto comunitario, sotto il profilo della proporzionalità, sia con il diritto interno, in relazione alla economicità ed efficienza dell’azione amministrativa¹³⁹.

Pertanto, nel corso del presente lavoro, si cercherà di illustrare il contenuto dei principi di non discriminazione in base alla nazionalità, parità di trattamento, pubblicità e trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità, così come recepiti dall’art. 2 del Codice dei Contratti Pubblici, unitamente ai canoni dell’efficienza ed economicità dell’azione amministrativa, cercando di comprendere se ed in che modo i primi possano essere integrati con i secondi.

L’indagine così strutturata presenta inevitabilmente una connotazione generale, risultando estensibile indifferentemente a tutti i contratti pubblici, inerenti sia ai settori ordinari che ai settori esclusi ed affidati da parte di ogni soggetto tenuto all’espletamento di procedure ad evidenza

¹³⁹ CINTIOLI F., *Op. cit.*, 368, in nota 98, nella parte in cui viene sottolineato che un allargamento del modello concorsuale non puntualmente giustificato dalle ragioni sottese alla finalità di instaurare il mercato interno andrebbe contro la logica propria del diritto comunitario.

pubblica.

Data la vastità della materia, i diversi aspetti delle procedure di aggiudicazione vengono presi in considerazione in funzione strumentale alla illustrazione del contenuto dei principi generali e delle modalità in cui essi si traducono sul piano concreto, mettendone in luce i passaggi fondamentali, data l'impossibilità di analizzare nel dettaglio tutti i singoli aspetti rilevanti per la comprensione del sistema.

Sezione I

Il principio di non discriminazione in base alla nazionalità.

3.1.1. Trattati generali.

Tra i principi che l'ordinamento comunitario impone di rispettare nella aggiudicazione degli appalti pubblici e nell'affidamento dei contratti viene per primo in considerazione il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, unitamente alla parità di trattamento.

La matrice concettuale di entrambi viene ravvisata nel principio generale di uguaglianza la cui portata nel diritto comunitario risulta affermata tanto con riferimento ai profili di carattere formale - nel senso della eliminazione delle discriminazioni fondate su opinioni politiche o religiose, sesso, cittadinanza- quanto in relazione a profili sostanziali, imponendo di non considerare in modo diverso situazioni analoghe, salvo che via siano obiettive ragioni giustificative.

In relazione alla materia degli appalti, dal principio di uguaglianza viene fatto discendere l'obbligo per le stazioni appaltanti di predisporre sistemi di aggiudicazione caratterizzati da obiettività sia sul piano formale che su quello sostanziale, fissando criteri di selezione dei contraenti e criteri di aggiudicazione non discriminatori¹⁴⁰.

Si può dire, quindi, che la parità di trattamento abbia una sfera di estensione maggiore rispetto al divieto di non discriminazione in base alla nazionalità, tale da ricomprendere il secondo, con la conseguenza, frequentemente riscontrabile negli arresti giurisprudenziali sul tema che

¹⁴⁰ Corte di Giustizia, 8 aprile 1976, C-43/75, Defrenne c. Sabena in *Racc.* I, 1976, 00455; Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, C-94/99, ARGE in *Racc.*, I-11037, punto 40. Dall'applicazione del principio discende, come noto, l'obbligo di non trattare in modo diversificato situazioni analoghe, salvo che la differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata.

la contrarietà all'uno comporti la lesione dell'altro, dato che il divieto di non discriminazione in base alla nazionalità prende in considerazione le disparità di trattamento a motivo della cittadinanza o provenienza di soggetti o prodotti.

In generale, il divieto di non discriminazione in base alla nazionalità viene espressamente enunciato dall'art. 12, par. 1, del Trattato in relazione alle disparità di trattamento che gli stati membri o le pubbliche amministrazioni possano porre in essere a motivo della cittadinanza di persone fisiche o giuridiche¹⁴¹.

Ad esso va aggiunto l'art. 14 che sanziona le politiche discriminatorie poste in essere dagli stati membri a motivo della diversa provenienza di prodotti.

A livello di normazione secondaria, fanno riferimento in via generale al principio di non discriminazione in base alla nazionalità il 2° considerando della direttiva 2004/18/CE e l'art. 2 del codice dei contratti, unitamente a molteplici disposizioni applicative.

La rilevanza di esso nella disciplina in esame emerge altresì dagli intenti del legislatore delegante, che ravvisa alla base dell'impianto codicistico la necessità di garantire un'effettiva parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto a quelli degli stati membri dell'Unione Europea, evitando l'insorgere di situazioni discriminatorie, nel momento in cui i primi siano tenuti a rispettare requisiti più restrittivi per l'esercizio di attività commerciali e professionali rispetto a quella applicata ai cittadini

¹⁴¹ In relazione a questa accezione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, si veda Commissione UE, Comunicazione sui servizi nel mercato interno, in www.europa.eu.int/comm/internal_market/html, punto 95, "Il principio di non discriminazione nel mercato interno implica che l'accesso di un destinatario, in particolare di un consumatore, a un servizio offerto al pubblico non possa essere negato o reso più difficile in base al criterio della nazionalità o del luogo di residenza del destinatario contenuto nelle condizioni generali a disposizione del pubblico. Ciò non impedisce di prevedere, in queste condizioni generali, tariffe e condizioni variabili per la prestazione di un servizio se direttamente giustificate da fattori oggettivi che possono variare da paese a paese, quali i costi supplementari derivanti dalla distanza, le caratteristiche tecniche della prestazione, le diverse condizioni del mercato, come una domanda maggiore o minore influenzata dalla stagionalità, i periodi di ferie di ersi negli Stati membri e i prezzi diversi della concorrenza, o i rischi aggiunti i in relazione a normative diverse da quelle dello Stato membro di stabilimento".

comunitari¹⁴².

Dal punto di vista definitorio, il principio di non discriminazione in base alla nazionalità vieta alle amministrazioni aggiudicatrici di prevedere condizioni di gara che comportino aperte discriminazioni nei confronti di potenziali offerenti aventi la propria sede in altri stati membri dell'Unione Europea, in modo non rispondente ad alcun obiettivo tale da giustificare restrizioni del principio della concorrenza¹⁴³.

In particolare, esso si pone in chiave strumentale rispetto all'attuazione della libertà di circolazione dei servizi, merci e capitali di cui all'artt. 43 e 49 del Trattato avendo, quale obiettivo, l'apertura del mercato interno facilitando lo svolgimento delle attività economiche su un piano transnazionale.

In vista di tale scopo, il principio di non discriminazione in base alla nazionalità vieta qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a motivo della cittadinanza ma anche l'adozione di misure nazionali volte a trattare le situazioni transnazionali in modo meno favorevole rispetto alle situazioni interne.

Il significato del precetto in esame è stato, di recente, precisato nei termini seguenti: “Il trattamento meno favorevole delle situazioni transnazionali vietato dal principio della libera circolazione può assumere forme diverse. Può essere sicuramente effetto di una discriminazione a favore di cittadini nazionali. Può altresì derivare da un freno posto all'accesso al mercato o perché la normativa nazionale mira a proteggere le posizioni acquisite dagli operatori economici stabiliti sul territorio nazionale o perché rende più difficile l'esercizio di un'attività

¹⁴² Legge 18 aprile 2005, n. 62 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004 in *Gazzetta Ufficiale* 27 aprile 2005, n. 96, S.O., comma 1°, lett. h.

¹⁴³ Commissione UE del 1 agosto 2006, (2006/C 179/02), Comunicazione interpretativa relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive Appalti pubblici in G.U.U.E., 1 agosto 2006, n. C 179, *cit.*, punto 2.2.

transnazionale o gli scambi tra gli stati membri”¹⁴⁴.

Al canone così descritto è quindi attribuibile un effetto diretto di tutela delle condizioni di concorrenza esistenti nel mercato e, parimenti, un effetto indiretto di potenziamento della stessa, connesso all’incremento delle possibilità di accesso al mercato.

Ne deriva, quale corollario, l’imposizione all’amministrazione aggiudicatrice dell’obbligo di garantire un adeguato livello di pubblicità nella indizione di procedure di gara ricadenti nella sfera di applicazione del diritto comunitario¹⁴⁵.

In questo senso, emerge la complementarità dei principi di trasparenza e pubblicità, che saranno analizzati in seguito, rispetto al principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in quanto i primi garantiscono la parità degli offerenti sul piano formale, facendo sì che gli stessi siano resi in anticipo edotti sulle condizioni di aggiudicazione.

Senza pretesa di esaustività, i principali ambiti applicativi del principio, in materia contrattuale, riguardano la fase di preselezione dei contraenti, con riferimento alla determinazione dei requisiti soggettivi, la fase di determinazione dell’oggetto contrattuale cui si aggiunge la disciplina dei termini di ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte.

La giurisprudenza comunitaria mira a prevenire i comportamenti discriminatori da parte delle amministrazioni aggiudicatrici durante tutto l’arco di svolgimento delle procedure di gara, in quanto il carattere discriminatorio di disposizioni o comportamenti posti in essere in un singolo momento della procedura potrebbe vanificare l’effetto

¹⁴⁴ Conclusioni dell’Avv. Gen. Maduro M. Poiras presentate il 14 dicembre 2006, C-134/05, Commissione UE contro Repubblica Italiana, in www.curia.eu.int, punto 7.

¹⁴⁵ Corte di Giustizia 5 ottobre 2000, Rep. francese c. Commissione UE C-16/98, www.curia.eu.int, punto 107, in cui si dice che: “Per quanto riguarda la questione se questa disposizione riguardi anche gli offerenti potenziali, occorre constatare che il principio di non discriminazione che vi è enunciato si applica a tutte le fasi della procedura di aggiudicazione di un appalto, e non solo a decorrere dal momento in cui un imprenditore ha presentato un’offerta”.

antidiscriminatorio perseguito attraverso le altre fasi¹⁴⁶.

Nel quadro normativo attuale, tali aspetti vengono presi in considerazione dagli artt. 23, 38 e 45 e seguenti della Direttiva 2004/18/CE.

Per quanto concerne la disciplina dei termini per la ricezione delle offerte, gli organismi comunitari affermano la strumentalità rispetto al principio di non discriminazione in base alla nazionalità della previsione di un lasso temporale sufficientemente ampio da consentire alle imprese di altri stati membri di procedere ad una valutazione pertinente in ordine alla possibilità di presentazione delle proprie offerte.

La Corte di Giustizia ha avuto modo, infatti, di statuire che la fissazione di termini troppo brevi contrasti con il principio di non discriminazione in base alla nazionalità e con la generale finalità di aprire il mercato interessato alle imprese intracomunitarie.

Nel recepimento delle disposizioni dettate dalla direttiva, il Codice non si discosta in modo significativo né dal disposto degli articoli 38 e 39 della stessa né dalla previgente normativa nazionale¹⁴⁷.

Vengono, infatti, confermati i termini ordinari previsti dall'art. 38, contemplando inoltre particolari disposizioni acceleratorie per l'ipotesi in cui le amministrazioni abbiano pubblicato un avviso di preinformazione,

¹⁴⁶ Corte di Giustizia, 12 dicembre 2002, C-470/99, *Universale-Bau e a*, in *Racc.*, 1999, I-11617, par. 93, “Ne deriva che il procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico deve rispettare in tutte le sue fasi, segnatamente in quella della selezione dei candidati in una procedura ristretta, tanto il principio della parità di trattamento degli offerenti quanto quello della trasparenza, affinché tutti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro domande di partecipazione o delle loro offerte”; in tal senso, trattandosi della fase di raffronto tra le offerte, Corte di Giustizia, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94, *Commissione/Belgio*, *Racc.* pag. I-2043, punto 54.

¹⁴⁷ Art. 38 del Decreto legislativo n. 163 del 2006, il quale prevede:

- a) il termine minimo ordinario per la presentazione delle offerte nel caso delle procedure aperte, pari a 52 giorni;
- b) il termine minimo ordinario per la ricezione delle domande di partecipazione nel caso delle procedure ristrette, pari a 37 giorni;
- c) il termine minimo per la ricezione delle offerte nelle procedure ristrette, pari a 40 giorni dalla data dell'invio dell'invito;
- d) il termine minimo per la ricezione delle offerte nelle procedure negoziate (con o senza la previa pubblicazione di un bando) e nel dialogo competitivo, pari a 20 giorni dalla data dell'invio dell'invito.

nonché per l'ipotesi in cui il bando sia stato redatto e trasmesso per via elettronica.

Il comma 11 del medesimo articolo 70, poi, in conformità col disposto comunitario, stabilisce termini ulteriormente abbreviati per il caso delle procedure ristrette e delle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara, per il caso in cui l'urgenza rende impossibile rispettare i termini di cui all'articolo stesso.

Diversamente, per quanto concerne il profilo dei requisiti di preselezione dei concorrenti, la prima categoria di disposizioni discriminatorie a cadere sotto l'egida della Corte di Giustizia è storicamente costituita dalle discriminazioni dirette a motivo della nazionalità.

A partire dalle direttive 71/304/CEE e 71/305/CEE, il giudice comunitario afferma la contrarietà al principio delle disposizioni inserite nei bandi di gara o nei capitolati d'onere di disposizioni miranti ad escludere in modo diretto le imprese situate in altri stati membri, attraverso la richiesta di autorizzazioni, di certificazioni o titoli rilasciati dalle autorità amministrative nazionali, con conseguente lesione delle chances partecipative di imprese straniere¹⁴⁸.

Al contrario, venivano ritenute compatibili con il diritto comunitario quelle disposizioni indistintamente applicabili a tutti i partecipanti alle gare d'appalto benché provenienti da altro stato membro, senza tradursi in misure di carattere restrittivo.

Per questa strada, viene sancito l'obbligo per le stazioni appaltanti di osservare il principio del reciproco riconoscimento di diplomi, certificati, attestati di qualifiche formali richiesti in capo alle imprese partecipanti, considerando equivalenti i titoli rilasciati da altro stato membro qualora

¹⁴⁸ Corte di Giustizia, 10 febbraio 1982, C-76/81, *Transporoute et Travaux*, in *New Law Journal*, 1983, 533, avente ad oggetto il caso di una gara per i lavori pubblici, bandita nello stato del Lussemburgo, in cui veniva richiesto alle imprese il possesso di una autorizzazione rilasciata dalla autorità lussemburghese.

offrano un medesimo livello di garanzia del possesso dei requisiti richiesti.

L'esigenza di prevenire comportamenti discriminatori da parte delle stazioni appaltanti nella fase di preselezione dei contraenti è desumibile dall'analisi delle disposizioni contenute nella Direttiva 2004/18/CE, Capo VII, sezione II, agli artt. 46, par. 2, 47, par. 4 e 5, 49, 50 e dalle relative disposizioni di recepimento contenute nel codice.

In relazione alla richiesta del requisito dell'iscrizione in albi professionali ovvero di autorizzazioni abilitanti all'espletamento dell'attività oggetto dell'appalto, l'art. 46 sancisce l'equivalenza dei titoli rilasciati da altri paesi, ferma restando la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di richiedere l'effettivo possesso dei titoli.

Lo stesso dicasi per i requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica di cui agli artt. 47 e 48.

Per quanto concerne le certificazioni attestanti la garanzia di qualità e le norme di gestione ambientale, gli artt. 49 e 50 della Direttiva 2004/18/CE sanciscono espressamente l'equivalenza di certificati rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati Membri, con il limite della richiesta di elementi probatori a dimostrazione dell'equivalenza.

Oltre ai comportamenti discriminatori basati in modo diretto sulla nazionalità degli offerenti, l'ordinamento comunitario sanziona altresì le discriminazioni indirette, ovvero dissimulanti l'intento di estromettere dalla aggiudicazione dell'appalto le imprese straniere tramite misure di effetto equivalente¹⁴⁹.

In questo senso, la giurisprudenza ha fatto riferimento a quelle clausole del bando di gara per il cui possesso da parte dei potenziali offerenti sia necessario lo stabilimento nello stato membro o nella medesima regione o provincia dell'amministrazione aggiudicatrice, come

¹⁴⁹ Corte di Giustizia, 29 ottobre 1980, C-22/80, Boussac Saint-Frares in *Racc.*, 1980, 3427; Corte di Giustizia, 5 dicembre 1989, C-3/88, Commissione c. Repubblica Italiana, punto 8, in *Racc.*, 1980, 4035.

la prescrizione di sistemi di convenzionamento in uso in uno stato membro ovvero la presenza, al momento di presentazione dell'offerta, di uffici aperti al pubblico, facenti capo all'impresa offerente, nella zona in cui il servizio deve essere espletato¹⁵⁰.

In tali casi, l'ordinamento comunitario afferma la compromissione dell'esercizio della libera circolazione delle merci e dei servizi e della libertà di stabilimento, salva l'ipotesi in cui ci si trovi di fronte a casi eccezionali in cui le circostanze di aggiudicazione dell'appalto richiedano la predisposizione da parte dell'impresa aggiudicatrice di infrastrutture o di opere sul luogo di esecuzione dell'appalto.

Da ultimo, la Corte Costituzionale, intervenendo sul tema, ha sancito l'illegittimità di una disciplina regionale prevedente, quale criterio di

¹⁵⁰ Si vedano sul punto, *ex multis*: Comunicazione della Commissione del 1 agosto 2006, *cit.*, punto 2.2.2. Corte di Giustizia, 8 aprile 2006, C-243/03, *cit.*, nella parte in cui si dice che: “L’art. 49 CE osta a che un’amministrazione aggiudicatrice, nel capitolato d’oneri per un appalto pubblico di servizi sanitari di terapie respiratorie a domicilio e altre tecniche di ventilazione assistita, preveda, da un lato, un requisito di ammissione che obbliga l’impresa offerente a disporre, al momento della presentazione dell’offerta, di un ufficio aperto al pubblico nel capoluogo della provincia in cui il servizio dovrà essere fornito e, dall’altro, criteri di valutazione delle offerte che tengono conto, attraverso l’attribuzione di punti supplementari, dell’esistenza, al momento della presentazione dell’offerta, di impianti di produzione, di condizionamento e di imbottigliamento di ossigeno, situati nel raggio di 1 000 chilometri da detta provincia, o di uffici aperti al pubblico in altre specifiche località della stessa e, che in caso di parità tra più offerte, favoriscono l’impresa che abbia già fornito precedentemente il servizio in questione, qualora tali elementi siano applicati in modo discriminatorio, non siano giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico né siano idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito o vadano al di là di quanto necessario per il raggiungimento di questo, circostanze che spetta al giudice nazionale accertare”.

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche comunitarie, Circolare 27 aprile 2006, in G.U., n.167 del 20 luglio 2006, “Principi da applicare da parte delle stazioni appaltanti nelle gare per l’attribuzione del servizio sostitutivo di mensa”, la quale afferma che: “La Commissione ha censurato la pratica di assumere, come criterio di selezione dei candidati o di aggiudicazione dell’appalto, il numero di esercizi di ristorazione aventi in un determinato territorio una rapporto commerciale in corso con la società che emette i buoni pasto poiché in tal modo sarebbero favorite le imprese con sede in Italia, le quali prima della presentazione delle offerte, potrebbero più facilmente disporre di esercizi convenzionati nel territorio indicato ai fini della gara di appalto, rispetto ad imprese operanti in altri stati membri. L’adozione di tali criteri precluderebbe la possibilità dell’attribuzione dell’appalto per quelle imprese che, alla data della pubblicazione del bando di gara, non erano stabilite in Italia o che, in ogni caso, non operavano sul mercato italiano dei servizi di ristorazione mediante una rete di esercizi convenzionati. Le procedure di gara attuate con le predette regole sono quindi, a parere della Commissione, in contrasto con i precetti comunitari e, più precisamente, con i principi di non discriminazione e parità di trattamento di cui è espressione l’art.49 del Trattato.”

selezione dei potenziali concorrenti in una gara, la “migliore idoneità di localizzazione” nel territorio regionale.

La previsione è stata, infatti, ritenuta in contrasto con il principio di non discriminazione delle imprese sulla base di un elemento di localizzazione territoriale, contrastante sia con i principi di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 Cost. che con la libertà di prestazione di servizi sancita a livello comunitario¹⁵¹.

In una prospettiva di più ampio respiro, va messo in luce come il dettato normativo contenuto nelle direttive di ultima generazione e nel codice dei contratti rifletta l'evoluzione della disciplina comunitaria dall'imposizione del divieto di non discriminazione in base alla nazionalità alla generalizzazione dell'utilizzo da parte dei candidati offerenti di clausole di equivalenza, temperato dalla previsione di un preciso onere probatorio in capo ai medesimi.

Tale tecnica normativa, utilizzata, come si vedrà, anche in relazione alle specifiche tecniche, risulta preferita dal legislatore comunitario rispetto alla uniformazione dei requisiti *ex ante*, in considerazione della maggiore funzionalità del principio di equivalenza rispetto all'obiettivo di apertura del mercato, poiché si consente ad un novero più ampio di imprese di prendere parte alle procedure di gara, demandando ad un momento successivo alla presentazione delle offerte la verifica dei requisiti.

Ciò dimostra, inoltre, che l'approccio proprio dell'ordinamento comunitario sia essenzialmente sostanziale e funzionale, non mirando ad una semplice affermazione formale del rispetto dei principi da esso enunciati.

In questo senso, la dottrina rileva la stretta interdipendenza tra la fase

¹⁵¹ Corte Costituzionale, 22 dicembre 2006, n. 440 in *www.dirittodeiserviziipubblici.it*, nella quale il criterio di localizzazione territoriale viene definito una “condizione rivolta a frapporre barriere all'ingresso nel territorio regionale, in qualità di soggetti appaltatori, di imprese provenienti da altre aree e prive di legami stabili con il territorio medesimo”.

di scelta dell'oggetto contrattuale, espressa nella redazione dei capitolati, e la fase di preselezione dei concorrenti.

L'uguaglianza di accesso al mercato sarebbe comunque frustrata se, nonostante il carattere non discriminatorio dei requisiti di preselezione dei candidati, l'oggetto contrattuale fosse descritto in modo da escludere una o più categorie di prodotti di diversa provenienza.

Ciò dimostra, peraltro, come la valenza del principio di non discriminazione, al pari di tutti gli altri in materia, venga ricostruita tenendo conto non soltanto delle possibilità di discriminazione dei concorrenti che concretamente partecipano alle gare d'appalto ma anche in relazione alle chances partecipative di cui essi potrebbero disporre.

Con questa chiave di lettura, va affrontato il tema della applicazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità al tema delle specifiche tecniche.

3.1.2. L'applicazione del principio di non discriminazione al tema delle specifiche tecniche.

La tematica della determinazione dell'oggetto contrattuale è stata per lungo tempo ricostruita dalla giurisprudenza come alveo estraneo alla sfera delle procedure ad evidenza pubblica, in quanto pensato come ambito coperto da discrezionalità amministrativa, oggetto di valutazioni insindacabili in sede giurisdizionale.

L'innesto del diritto comunitario ha condotto ad una decisa rivisitazione dell'enunciato della libertà di definizione dell'oggetto negoziale determinandone una compressione in nome della salvaguardia della libertà di concorrenza ed, in particolare, del principio della non discriminazione in base alla nazionalità degli offerenti.

Precisando la portata del divieto comunitario di indicare prodotti o

marchi di determinata provenienza nelle specifiche tecniche, la giurisprudenza ha chiarito come vi sia uno stretto collegamento tra l'esercizio della discrezionalità espressa nella scelta dell'oggetto contrattuale ed il perseguimento del pubblico interesse alla prevenzione di fenomeni discriminatori legati all'imposizione di prodotti o marchi determinati.

Dal punto di vista ricostruttivo, la nozione di "specifica tecnica", rinvenibile nella Direttiva 92/50/CEE, viene definita come "l'insieme delle prestazioni di d'ordine tecnico, contenute in particolare nel capitolato d'onere, che definiscono le caratteristiche richieste di un'opera, un materiale, un prodotto o una fornitura e che permettono di caratterizzare obiettivamente tali elementi in modo che essi rispondano all'uso cui sono destinati dall'amministrazione aggiudicatrice"¹⁵².

Esse, in sostanza, descrivono i prodotti o le prestazioni richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice per la realizzazione del fine contrattuale.

L'intervento della politica comunitaria e della giurisprudenza mira, in sostanza, a prevenire le discriminazioni poste in essere dalle stazioni appaltanti attraverso la redazione delle specifiche tecniche essenzialmente mediante due strumenti.

In primo luogo, si è fatto leva sui criteri di oggettività e di funzionalità delle specifiche tecniche rispetto allo scopo dell'appalto, per scongiurare il riferimento alle particolarità soggettive proprie dei singoli offerenti.

In questo senso, in molti arresti è percepibile il riferimento al canone della proporzionalità delle specifiche tecniche rispetto all'oggetto contrattuale, intesa come congruità dei prodotti e delle prestazioni rispetto all'oggetto dell'affidamento.

L'inserimento da parte della stazione appaltante di specifiche tecniche

¹⁵² La definizione, contenuta nella Direttiva 92/50/CEE, All.II, punto 1 e nelle Direttive 93/36/CEE e 93/37/CEE e recepita nei D.lgs. n. 358 del 1992 e n.157 e 158 del 1995, risulta oggi trasfusa nell'art. 68 del Codice dei Contratti.

aggiuntive o tali da restringere il novero delle offerte presentabili, è ritenuta ammissibile soltanto se proporzionata e ragionevole rispetto agli obiettivi di gara e legittima alla luce dei principi concorrenziali di derivazione comunitaria¹⁵³.

In secondo luogo la portata lesiva della concorrenza insita nella predisposizione delle specifiche tecniche viene prevenuta attraverso l'imposizione del divieto per le stazioni appaltanti di "introdurre nelle clausole contrattuali specifiche tecniche che menzionino prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza o ottenuti con un particolare procedimento, aventi l'effetto di escludere determinati fornitori o prodotti"¹⁵⁴.

Il divieto espresso a livello di normative di settore si ricollega, su un piano più generale, al disposto contenuto nell'art. 28 del Trattato, che vieta l'imposizione all'interno degli stati membri di "restrizioni quantitative all'importazione nonché di qualsiasi altra misura di effetto equivalente", con la finalità di conferire un maggiore spettro applicativo alla libertà di circolazione delle merci all'interno del mercato intracomunitario¹⁵⁵.

Pertanto, la giurisprudenza fa discendere dal principio di non discriminazione in base alla nazionalità l'obbligo per le amministrazioni

¹⁵³ Il tema verrà successivamente analizzato nella Sez. IV. Si veda, in via preliminare: Consiglio di Stato, V, 16 ottobre 2003, n. 5896, in *Il Consiglio di Stato*, 2003, I, 2121, in relazione ad una fattispecie di appalto di fornitura nei settori esclusi, statuisce: "la prescrizione di un adempimento che si fonda sul carattere essenziale del riferimento al listino di una specifica casa produttrice risulta evidentemente contrastante con la contestuale ammissione della fornitura di prodotti equivalenti e quindi illogica in quanto insanabilmente contraddittoria".

Tar Lombardia, Milano, III, 13 maggio 2002, n. 2061 in *I TAR*, 2002, I, 2427, poi annullata da Consiglio di Stato, V, 26 marzo 2003, n. 1577, in *Il Consiglio di Stato*, 2003, I, 709, nella parte in cui si dice: "la stazione appaltante può definire specifiche tecniche restrittive della concorrenza soltanto qualora esse nella situazione data si manifestino o siano rappresentate come indispensabili alla realizzazione dell'obiettivo cui tende la gara".

¹⁵⁴ Art. 8, comma 6, del decreto legislativo n. 358 del 1992, oggi trasfusa nell'art. 68 del Codice dei Contratti.

¹⁵⁵ Circolare del Dipartimento delle Politiche Comunitarie 29 aprile 2004, in *G.U.*, 12 luglio 2004, avente ad oggetto: "Principi da applicare da parte delle stazioni appaltanti nell'indicazione delle specifiche tecniche degli appalti pubblici di forniture sottosoglia comunitaria".

aggiudicatrici di descrivere le specifiche tecniche in modo “neutro”, senza definire la componentistica in modo troppo particolareggiato e tale da comprimere la libertà delle imprese di presentare offerte in condizioni di parità¹⁵⁶.

All’assunto così affermato viene, inoltre, attribuito il carattere di principio generale dell’ordinamento comunitario che trova applicazione sia con riferimento agli affidamenti di importo superiore alla soglia comunitaria che inferiore ad essa, sia nei casi di utilizzo di procedure negoziate, non ravvisando nel maggiore tasso di discrezionalità di cui dispone l’amministrazione un motivo di affievolimento delle ragioni di tutela della concorrenza insite nella disciplina delle specifiche tecniche¹⁵⁷.

In questo quadro ricostruttivo, la Direttiva 2004/18/CE è intervenuta mediante le disposizioni contenute nell’art. 23 incrementando la funzione antidiscriminatoria della disciplina delle specifiche tecniche e potenziandone il ruolo di promozione concorrenziale.

In primo luogo, viene affermato a livello normativo l’obbligo di introdurre le c.d. “clausole di equivalenza”, lasciando liberi gli operatori economici di fornire soluzioni diverse purché conformi agli standard richiesti dalle amministrazioni aggiudicatrici.

In secondo luogo, viene operato un deciso potenziamento delle clausole di equivalenza in relazione ai prodotti o prestazioni che gli offerenti sono ammessi a fornire, purché rispettosi dei canoni di

¹⁵⁶ Tar Campania, Napoli, II, 16 febbraio 2001, n.759, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui viene statuito che l’indicazione degli elementi tecnici che servono per individuare i beni, prodotti o materiali oggetto della fornitura, che attengono alla determinazione di uno dell’oggetto della prestazione contrattuale, deve essere improntata ad obiettività piena per evitare l’effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale esigenza si ricollega al principio di non discriminazione, dal quale discende che le specifiche tecniche, per assolvere in maniera neutra alla funzione loro assegnata, devono risolversi nell’indicazione di peculiarità che connotano oggettivamente il prodotto, senza scendere nell’elencazione della componentistica oltre i limiti individuati in sede comunitaria, così restringendo l’ambito della partecipazione per il tramite di limitazioni inerenti la libertà di presentare offerte in condizioni di parità.

¹⁵⁷ Circolare Dipartimento Politiche Comunitarie, *cit.*; Tribunale europeo di 1° Grado, III, 28 novembre 2002, T- 40/01, Scan Office Design/Commissione UE, in www.curia.eu.int, in relazione alle procedure negoziate.

obiettività e funzionalità rispetto all'oggetto contrattuale.

Il dettato normativo comunitario è stato recepito dall'art. 68 del Codice dei contratti, dove si precisa che il richiamo all'equivalenza non ha carattere esclusivamente formale ma sostanziale, come si desume dalla richiesta di elementi probatori alle imprese per dimostrare l'effettività dell'equivalenza dei prodotti e dalla imposizione dell'obbligo di rispetto del principio di motivazione qualora l'amministrazione ritenga di non poter accettare le proposte contrattuali.

In questo modo, viene sancito espressamente in capo alle amministrazioni aggiudicatrici un obbligo procedimentale di indicazione delle specifiche tecniche nei capitolati d'oneri, dando così una copertura normativa al temperamento tra la libertà di determinazione dell'oggetto contrattuale e la salvaguardia della non discriminazione degli offerenti.

La portata applicativa del principio di non discriminazione in relazione alle specifiche tecniche induce a riflettere, sotto altro profilo, sulla evoluzione comunitaria degli strumenti posti a garanzia della libertà di concorrenza.

Dal punto di vista giuridico, infatti, la disciplina contenuta nella Direttiva 2004/18/CE riflette, secondo la dottrina, un cambiamento generale della politica comunitaria in materia di appalti che, dalla sanzione di discriminazioni palesi a motivo della nazionalità è passata a considerare fenomeni distorsivi maggiormente legati ai prodotti in sé considerati, denotando un maggiore grado di evoluzione nella realizzazione degli obiettivi concorrenziali¹⁵⁸.

Inoltre, il divieto comunitario di indicare prodotti o marchi specifici impone, nella prospettiva dell'ordinamento nazionale, l'effettuazione di un bilanciamento tra la realizzazione dell'interesse pubblico all'efficacia

¹⁵⁸ INVERNIZZI R., *Le specifiche tecniche*, in AA. VV., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, cit., 297.

dell'azione amministrativa e la tutela dell'effettività della concorrenza¹⁵⁹.

Dal rispetto del canone dell'efficacia dell'azione amministrativa, la giurisprudenza trae l'obbligo per l'amministrazione di configurare l'oggetto del contratto in modo tale da soddisfare al meglio l'interesse pubblico cui la procedura ad evidenza pubblica è preordinata, determinando quindi un contemperato di tale fine con gli interessi di derivazione comunitaria nel senso indicato.

Questo rilievo può essere visto come esempio di modificazione della sfera di interessi da contemplare nell'esercizio della discrezionalità amministrativa espressa in sede contrattuale in nome dell'esigenza di effettività della concorrenza tra i partecipanti alla procedura di gara, a dimostrazione dell'evoluzione generale, sopra rilevata, dell'interesse pubblico tutelato nell'ambito dell'attività contrattuale della p.a.

Sotto il profilo dell'indagine economica, infine, la possibilità per gli operatori economici di fornire prodotti di carattere equivalente consente di introdurre sul mercato nuovi beni evitando così l'irrigidimento di posizioni di mercato ed incrementando la possibilità di utilizzo di innovazioni scientifiche e tecnologiche, facendo leva sulle specifiche tecniche come strumento di sviluppo del mercato.

¹⁵⁹ Tar Piemonte, II, 31 maggio 2004, n. 965 in *I TAR*, 2004, 7-8, 2418.

Sezione II

La parità di trattamento

3.2.1. Tratti generali.

Il principio della parità di trattamento impone l'obbligo di non trattare in modo diversificato situazioni analoghe, salvo che esse siano obiettivamente giustificate.

Nell'accezione comunitaria, esso viene fatto discendere dal principio generale di uguaglianza, al pari della non discriminazione fondata sulla nazionalità, assolvendo rispetto a quest'ultima la più ampia funzione di assicurare uniformi condizioni di accesso al mercato a tutti i partecipanti alle procedure di gara, prescindendo dal rilievo della nazionalità¹⁶⁰.

La portata del principio viene specificata nella imposizione di sistemi di aggiudicazione improntati, sia dal punto di vista sostanziale che dal punto di vista formale, al valore dell'obiettività da garantirsi in tutti i livelli della contrattazione ed a prescindere dalla tipologia di procedura adottata.

La prima sfera di operatività implica la fissazione ed il mantenimento di requisiti di aggiudicazione uguali per tutti gli operatori economici, sia

¹⁶⁰ Corte di Giustizia, CE, I, 13 ottobre 2005, C-458/03 Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen e a., in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2005, n.6, 1907, punto 48, recante: "Secondo la giurisprudenza della Corte, gli artt. 43 e 49 del Trattato sono specifica espressione del principio della parità di trattamento. Il divieto di non discriminazione in base alla nazionalità è parimenti un'espressione specifica del principio generale di parità di trattamento. Nella sua giurisprudenza relativa alle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, la Corte ha precisato che il principio della parità di trattamento degli offerenti ha lo scopo di consentire che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte a prescindere dalla loro nazionalità, risultando così applicabile anche quando non vi sia discriminazione in base alla nazionalità".

Corte di Giustizia, 13 luglio 1993, C-330/91, Commerzbank, in *www.curia.eu.int*, nella quale viene specificato che " il principio della parità di trattamento vieta non soltanto le discriminazioni palesi a motivo della cittadinanza ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, abbia in pratica le stesse conseguenze"; Corte di Giustizia, 3 febbraio 1982, cause riunite, C-62/81 e 63/81, Seco e Desquenue, *cit.*

Corte di Giustizia, 8 ottobre 1980, C-810/79, Uberschar, in *Racc.*, 2747, punto 16.

per quanto concerne le condizioni di presentazione delle offerte che sotto il versante dei requisiti di valutazione da parte dell'amministrazione.

Sotto il secondo profilo, il rilievo formale della parità di trattamento va collegato all'osservanza dei principi di pubblicità e di trasparenza, che assumono, ad avviso delle fonti comunitarie, valenza strumentale rispetto ad esso, mettendo i partecipanti in condizioni di poter valutare in anticipo le proprie chances partecipative in relazione ad un determinato affidamento¹⁶¹.

Dal punto di vista normativo, la giurisprudenza ritiene che gli art. 43 e 49 del Trattato costituiscano enunciazione del principio della parità di trattamento a livello di diritto primario, indicando nel rispetto di tale principio l'essenza della libertà di prestazione dei servizi e della libertà di stabilimento¹⁶².

Nell'ambito della normazione secondaria, l'ottavo considerando della Direttiva 2004/18/CE fa espresso riferimento al canone della parità di trattamento cui si aggiungono i richiami specifici contenuti in diverse disposizioni dell'articolato ed in sede di recepimento, il riferimento in termini generali contenuto nell'art. 2 del Codice dei Contratti Pubblici.

In sede interpretativa, la giurisprudenza comunitaria afferma pacificamente che nella garanzia della parità di trattamento degli offerenti è riposta l'essenza delle direttive aventi ad oggetto gli appalti pubblici e che il rispetto di essa vada osservato in relazione ad ogni affidamento contrattuale dei soggetti tenuti al rispetto della disciplina comunitaria ed in ogni fase di svolgimento delle relative procedure di aggiudicazione, incombendo sull'amministrazione un obbligo di controllo in tale senso¹⁶³.

Dal punto di vista applicativo, la portata della parità di trattamento si trasfonde nell'obbligo delle amministrazioni di ottemperare al principio

¹⁶¹ Conclusioni Avvocato Generale Colomer, 5 giugno 2001, *cit.*, punto 29.

¹⁶² Corte di Giustizia, 25 aprile 1996, C-87/94, Bus Wallons in *Racc.*, 1996.

¹⁶³ Corte di Giustizia, 12 dicembre 2002, C-470/99, Universale-Bau e a, in *Racc.*, 1999, I-11617.

di messa in concorrenza per gli affidamenti contrattuali rientranti nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, ribadito in modo particolare per l'attribuzione di contratti a società a totale o prevalente capitale pubblico aventi ad oggetto l'espletamento di servizi di interesse economico generale.

Nei singoli momenti di svolgimento delle procedure di gara, alcune, tra le applicazioni più significative del canone, si rinvengono nella fase di preselezione soggettiva dei concorrenti, di fissazione dei criteri di aggiudicazione ed in relazione alle modalità applicative delle procedure di scelta del contraente, con particolare attenzione alle procedure negoziate.

3.2.2. La fase di preselezione soggettiva dei concorrenti e l'interpretazione delle cause di esclusione dalle procedure di gara.

Al fine di comprendere il modo in cui si estrinsechi il canone della parità di trattamento in relazione alla fase di selezione dei contraenti e di valutazione delle offerte da parte dell'amministrazione aggiudicatrice è bene rilevare, in via preliminare, la fondamentale distinzione tra criteri soggettivi e criteri oggettivi di aggiudicazione.

Trattasi, infatti, di regola molto importante al fine di comprendere l'esatta portata dei principi comunitari vigenti in materia contrattuale, che, pur essendo affermata dalla giurisprudenza comunitaria e dal giudice interno non sempre risulta applicata nella prassi.

Nel primo caso, infatti, ci si riferisce ai criteri di idoneità degli imprenditori, ovvero al possesso dei requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica, stabiliti in parte dalla disciplina comunitaria ed interna ed in parte rimessi alla discrezionalità delle stazioni appaltanti, che rispondono alla finalità di selezionare gli operatori economici le cui referenze diano maggiori garanzie di corretta effettuazione dell'affidamento contrattuale oggetto della procedura concorsuale.

Nella seconda ipotesi, si fa riferimento criteri oggettivi di aggiudicazione, distinti nel criterio del prezzo più basso e in quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In chiave generale, la separazione tra qualificazione soggettiva e valutazione delle offerte discende dal principio comunitario secondo cui le varie fasi che compongono le procedure di aggiudicazione devono mantenersi tra loro separate e distinte, in ragione del fatto che la finalità del procedimento di selezione consiste non nella competizione soggettiva tra le imprese ma tra le offerte presentate, sub specie di concrete proposte contrattuali riferibili all'oggetto di gara¹⁶⁴.

Da tale carattere, la giurisprudenza desume che la duplice tipologia di criteri vada tenuta distinta sia sotto un profilo ontologico che funzionale senza che se ne possa ammettere doppia valenza, nel senso di un impiego per finalità diverse dalla loro intrinseca natura ovvero come possibilità di utilizzarli contestualmente sia a scopi di selezione in termini di partecipazione che di valutazione delle offerte.

Ciò premesso, tra i requisiti di qualificazione soggettiva, vengono in considerazione i requisiti inerenti alla situazione personale del candidato, i titoli in possesso del medesimo comportanti iscrizione in albi

¹⁶⁴ Si vedano: Parere della Commissione UE del 27 gennaio 1998, con cui viene avviata la procedura di infrazione nei confronti dello Stato Italiano, per la violazione dei principi comunitari in materia di appalti ad opera del D.P.C.M. n. 116 del 27 febbraio 1997, abrogato dall'art. 53 della legge Comunitaria per il 2001, che, in materia di affidamento di incarichi di progettazione in materia di appalti di servizi, effettuava una inammissibile commistione tra capacità tecnica degli offerenti, inerente le caratteristiche dell'offerta, e merito tecnico, inerente le qualità soggettive dell'offerente.

Determinazione dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici del 19.01.2006, n.01/06, in www.autoritàcontrattipubblici.it nella parte in cui sottolinea la differenza tra il merito tecnico, che viene esaminato nella fase di ammissione alla selezione degli offerenti, in cui la stazione appaltante effettua una valutazione della idoneità del progettista a concorrere all'affidamento e il merito tecnico da valutarsi nella fase di affidamento del progetto, che deve intendersi riferito alle caratteristiche qualitative dei progetti redatti e presentati.

Per l'applicazione di tale principio ad opera della giurisprudenza nazionale, si vedano: TAR Campania, Napoli, Sez.I, 14 gennaio 2005 n. 160 in www.giustizia-amministrativa.it, nella parte in cui si dice che: "In materia di procedimenti ad evidenza pubblica costituisce consolidato principio di derivazione nazionale e comunitaria quello del divieto di commistione tra requisiti di partecipazione alla gara e criteri di valutazione dell'offerta". Inoltre: Consiglio di Stato, V, 16 aprile 2003, n. 1993 in *Il Consiglio di Stato*, 2003, 4, 955; TAR Campania, Napoli, I, 27 ottobre 2004, n. 16267 in www.giustizia-amministrativa.it.

professionali, i criteri inerenti la capacità economico-finanziaria e quella tecnico-organizzativa funzionali a valutare l'idoneità soggettiva e l'affidabilità economica e finanziaria dei concorrenti.

In linea generale, le direttive comunitarie non mirano ad un'uniformazione tassativa dei requisiti che ogni amministrazione aggiudicatrice può esigere per l'espletamento dell'affidamento, ma si limitano a disciplinare i mezzi di prova che esse possono richiedere per testare il possesso dei requisiti per evitare discriminazioni degli operatori economici intracomunitari¹⁶⁵.

Ciò discende, peraltro, dal carattere generale delle direttive comunitarie di imporre obblighi di risultato, rimettendo agli stati membri ed alle amministrazioni aggiudicatrici gli aspetti specifici della disciplina applicativa.¹⁶⁶

Pertanto, i requisiti di qualificazione soggettiva vengono in parte determinati dal legislatore ed in parte rimessi alla discrezionalità del soggetto aggiudicatore, al quale è attribuito un potere integrativo, traducendosi nella possibilità di richiedere alle imprese "altre eventuali referenze probanti" in adeguamento alle condizioni generali previste dalla legge in funzione di una migliore ponderazione delle condizioni richieste.

Tale discorso può riferirsi indistintamente ai tre settori dei lavori, servizi e forniture ed è valevole sia per i requisiti di ordine economico-finanziario che per i criteri di carattere tecnico e professionale, che attengono, rispettivamente, alla potenziale idoneità degli offerenti di fare fronte agli impegni economici derivanti dall'esecuzione dell'appalto ed alla attitudine dell'operatore economico ad esprimere la propria capacità

¹⁶⁵ Corte di Giustizia, 9 luglio 1987, Cause Riunite 27, 28,29-86 in *Racc.*, 1993, 3347.

¹⁶⁶ Corte di Giustizia, C-21/03 del 3 marzo 2005, *cit.*

imprenditoriale in relazione all'appalto da realizzare¹⁶⁷.

Il potere integrativo così esercitato dai soggetti aggiudicatori non è tuttavia scevro da limiti, che vengono precisamente individuati dal legislatore e dalla giurisprudenza.

In primo luogo, gli articoli 48 della Direttiva 2004/18/CE e 41, 42 e 48 del Codice dei Contratti Pubblici impongono la specificazione in sede di bando di gara dei parametri di idoneità aggiuntivi richiesti dall'amministrazione e la precisazione delle modalità di prova del possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria delle quali l'ente aggiudicatore intende avvalersi.

Il dettato normativo rispecchia l'orientamento formatosi in seno alla Corte di Giustizia ad avviso del quale è illegittimo l'operato di un'amministrazione aggiudicatrice che richieda la prescrizione di mezzi di prova delle capacità tecniche e professionali dei concorrenti diversi da quelli contemplati dalle direttive, in palese violazione degli obiettivi di integrazione comunitaria¹⁶⁸.

Tali norme mirano a garantire che gli operatori economici possano conoscere in anticipo le modalità con cui l'amministrazione prenderà in considerazione i requisiti soggettivi e siano messi in condizione di valutare le proprie chances partecipative.

Un secondo ordine di limiti è costituito dalla adeguatezza delle referenze richieste in via integrativa in relazione alla natura ed all'importo del contratto, anch'esso espressamente richiamato dall'art. 44, comma 2, della Direttiva unificata e ripreso dall'art. 42, comma 3, del Codice dei Contratti Pubblici.

Sotto questo profilo, il dettato normativo è espressione del principio di proporzionalità che, nell'aspetto di specie, impone all'amministrazione

¹⁶⁷ CIANFLONE F., GIOVANNINI G., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, 29, dove la capacità tecnico-organizzativa viene definita come "l'attitudine dell'appaltatore a spiegare le funzioni di organizzazione e gestione dei propri mezzi di produzione e cioè la sua capacità imprenditoriale".

¹⁶⁸ Corte di Giustizia CE, 17 novembre 1993, C-71/92, in *Racc.*, 1993, 3126.

aggiudicatrice di non richiedere la prova di un livello di capacità esorbitante rispetto all'oggetto dell'affidamento¹⁶⁹.

L'orientamento del giudice comunitario non si discosta dalla giurisprudenza nazionale la quale, nel determinare i limiti di esercizio del potere amministrativo di integrazione dei requisiti di ordine tecnico ed economico-finanziario, è unanime nel sancire il rispetto dei principi generali di ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa, traducendosi nel carattere non discriminatorio delle referenze richieste in relazione alla tipologia ed al valore economico dell'affidamento.

I canoni in questione sono stati applicati in relazione a clausole del bando richiedenti il possesso di un fatturato medio, doppio o triplo, rispetto all'importo complessivo dell'appalto, ritenuto esorbitante rispetto all'oggetto del medesimo e discriminatorio nei confronti di imprese di minori dimensioni, comportando così una significativa restrizione dell'area di mercato rilevante per l'affidamento.

In altri casi, il giudice amministrativo si è pronunciato sulla legittimità di previsioni del bando di gara imponenti un *quantum* di referenze bancarie eccessivo rispetto all'oggetto dell'appalto.

Sotto il versante delle capacità tecniche, la giurisprudenza ha valutato la legittimità della richiesta di esperienze specifiche nel settore di riferimento dell'affidamento specifico, sancendone la non conformità ai principi comunitari qualora tale richiesta sia formulata in modo discriminatorio o comunque eccessivamente restrittivo della platea delle imprese partecipanti.

Sono state, inoltre, ritenute di dubbia legittimità le clausole imponenti lo svolgimento di servizi o la fornitura di prodotti esattamente identici a quelli oggetto dell'affidamento concreto, rilevandone la possibile portata discriminatoria rispetto ad operatori economici di altri stati membri.

In questa chiave, va interpretato il disposto normativo contenuto

¹⁶⁹ Corte di Giustizia CE, 26 settembre 2000, C-78/00, in *Corr. Giur.*, 2000, 1654.

nell'art. 48, ultimo comma, della Direttiva 2004/18/CE e dell'art. 48 del codice dei contratti, che autorizzano i concorrenti a provare la propria capacità economico e finanziaria e tecnica mediante “qualsiasi altro documento ritenuto idoneo dall'amministrazione aggiudicatrice”.

La norma consente così alle imprese candidate di produrre una documentazione sostitutiva rispetto a quella richiesta dall'amministrazione purché ugualmente probante il possesso dei requisiti richiesti per l'esecuzione del contratto.

Spetterà all'amministrazione, in via successiva valutare la congruità della documentazione presentata da parte degli offerenti, valorizzando gli strumenti di valutazione ex post a disposizione della stessa.

Tali modalità applicative della parità di trattamento di derivazione comunitaria vanno conciliate con gli strumenti di cui dispone l'ordinamento interno.

Dal punto di vista normativo, l'art. 48 del Codice dei contratti pubblici stabilisce che l'amministrazione può rifiutare le offerte presentate nel rispetto dei principi generali di motivazione e corretta istruttoria di cui agli artt. 3 e 6 della legge n. 241 del 1990.

In questo senso, va colta la valorizzazione di principi tradizionalmente ritenuti espressione del buon andamento e del corretto svolgimento dell'azione amministrativa, nel senso della salvaguardia della posizione giuridica degli imprenditori partecipanti alle procedure di gara.

La riflessione acquisisce una concreta dimensione positiva nel disposto dell'art. 231 del Codice dei Contratti, a tenore del quale il principio del non aggravamento e dell'imparzialità del procedimento impongono alla amministrazioni aggiudicatrici di non effettuare disparità di trattamento tra gli operatori economici nella richiesta della

documentazione di gara ¹⁷⁰.

Sotto altro profilo d'indagine, l'approccio del diritto comunitario induce a sottoporre a ripensamento l'indirizzo interpretativo che attribuisce al canone della *par condicio* una valenza strettamente formalistica.

E' noto, infatti, come l'interpretazione operata della giurisprudenza interna si sia tradotta nella salvaguardia della certezza ed imparzialità dello svolgimento delle procedure concorsuali, perseguito attraverso l'imposizione di oneri di certezza giuridica nella formulazione della normativa di gara e nell'osservanza di un rigoroso formalismo nell'interpretazione delle cause di esclusione ivi indicate ¹⁷¹.

A tale filone, va altresì ricondotta la tesi che interpreta il bando di gara come *lex specialis*, in nome dell'esigenza di tutelare l'affidamento delle imprese partecipanti alla gara e la puntuale osservanza delle prescrizioni in esso contenute, nella prospettiva di tutelare la correttezza ed il buon andamento della procedura concorsuale, discendenti dagli artt. 3 e 97 Cost. al fine di stipulare il contratto alle migliori condizioni possibili.

Secondo tale impostazione, la p.a. si autovincola durante tutto l'arco di svolgimento della procedura ad evidenza pubblica all'osservanza delle disposizioni del bando, non potendo così discostarsi da esso nemmeno in caso di contrarietà alla legge né ricorrere allo strumento della disapplicazione.

Di qui, l'utilizzo, invalso nella giurisprudenza, di un criterio c.d. letterale o testuale delle clausole contenute nel bando, in base al quale

¹⁷⁰ Art. 231 Codice dei Contratti Pubblici, Art. 231, recante: *Principio di imparzialità e non aggravamento nei procedimenti di selezione e qualificazione*, comma 1: Quando selezionano i partecipanti ad una procedura ristretta o negoziata, nel decidere sulla qualificazione o nell'aggiornare le condizioni di ammissione, gli enti aggiudicatori non possono: a) imporre condizioni amministrative, tecniche o finanziarie a taluni operatori economici senza imporle ad altri; b) esigere prove già presenti nella documentazione valida disponibile.

¹⁷¹ REALFONZO U., GALTIERI C., DEL CASTILLO I., *Appalti pubblici di forniture*, Milano, 2005.

ogni irregolarità contenuta nell'offerta di una ditta partecipante o inadempimento di un requisito previsto a pena di esclusione dovrebbe condurre alla esclusione dalla procedura di gara.

La preminenza dell'interesse pubblico al corretto ed imparziale svolgimento della procedura ad evidenza pubblica è percepibile altresì in pronunce del giudice amministrativo che considerano recessivo rispetto a tale valore il principio di massima apertura della gara, la cui tutela, sin da pronunce risalenti, viene comunque connessa all'esigenza di addivenire all'aggiudicazione alle condizioni maggiormente convenienti per l'amministrazione aggiudicatrice¹⁷².

Tale indirizzo appare, tuttavia, apparire in via di ripensamento da parte della dottrina e di parte della giurisprudenza amministrativa, che, pur senza unanimità di vedute¹⁷³, sembrano dare maggiore risalto ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza nella interpretazione delle cause di esclusione previste nel bando di gara, in parte grazie all'applicazione dei principi di derivazione comunitaria e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa.

In recenti statuizioni si trova affermato che “del formalismo procedurale che sorregge il sistema delle gare d'appalto va scongiurata un'applicazione meccanica che contraddica, alla luce delle circostanze del caso concreto, la fondamentale ed immanente esigenza di ragionevolezza dell'attività amministrativa, finendo per porsi in contrasto con le finalità di tutela alle quali è preordinata l'attività contrattualistica pubblica”, o, ancora, che “va rifiutato un risultato interpretativo fuorviante o non proporzionato con la ragione che ha ispirato l'autore dell'atto” ripudiando un'interpretazione della normativa di gara basata su

¹⁷² Consiglio di Stato, V, 25 marzo 1986, n. 197 in *Il Consiglio di Stato*, 1986, I, 1432.

¹⁷³ Si veda, di recente, in senso restrittivo sull'interpretazione delle clausole del bando di gara, Consiglio di Stato, V, 21 aprile 2006, n. 2260 in *Il Giornale di diritto amministrativo*, 2006, n.7, 764, nella parte in cui si dice: “il bando di gara è *lex specialis* della procedura, rispetto alla quale l'eventuale *jus superveniens* di abrogazione o di modifica non ha effetti innovatori. Le restrizioni del bando e del disciplinare in materia di esclusione dalle gare sono di stretta interpretazione”.

un'exasperata imposizione di obblighi inderogabili privi di utilità concreta per l'amministrazione e per la selezione dei privati concorrenti¹⁷⁴.

3.2.3. L'operatività del principio della parità di trattamento in relazione ai criteri di aggiudicazione.

La nozione di criteri di aggiudicazione si ricollega agli strumenti di valutazione oggettiva delle offerte presentate dalle imprese di cui l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a servirsi nella fase di scelta delle proposte contrattuali, una volta esaurita la fase di preselezione soggettiva dei candidati.

Il dettato normativo contenuto nell'art. 53 della Direttiva 2004/18/CE fa riferimento, in modo tassativo, al criterio del prezzo più basso ovvero al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non discostandosi dalle previsioni normative contenute nelle direttive classiche e nei testi normativi interni di regolazione degli appalti di lavori pubblici, servizi e forniture.

Nel contesto normativo attuale, l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è stato reso generale, per effetto della pronuncia emessa dal giudice comunitario nel caso Sintesi, che ha dichiarato l'incompatibilità con il diritto comunitario dell'art. 21, comma 1, della legge Merloni, nella parte in cui limitava l'utilizzo di tale criterio all'aggiudicazione mediante appalto-concorso.

La diretta applicazione di tale pronuncia nell'ordinamento interno, unitamente al recepimento normativo nell'art. 81 del Codice, consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di utilizzare discrezionalmente l'uno o l'altro criterio in base alle caratteristiche specifiche del singolo appalto, in assenza di una limitazione legislativa *ex ante*.

¹⁷⁴ Consiglio di Stato, V, 22 giugno 2004, n.4347 in *Il Consiglio di Stato*, 2004, n. 5-6, 1264; Consiglio di Stato, V, 7 novembre 2003, n.7120 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

In linea generale, il criterio del prezzo più basso costituisce un sistema meccanico di aggiudicazione che non lascia spazio a valutazioni discrezionali dell'amministrazione, diversamente dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ritenuto dal giudice comunitario *un concetto giuridico indeterminato*, che l'amministrazione è tenuta a specificare in ogni singolo caso, in relazione a parametri qualitativi e quantitativi variabili secondo le caratteristiche dell'affidamento¹⁷⁵.

Tuttavia, tale aspetto non si traduce in un'incondizionata libertà di scelta di dell'offerente ma in un potere riconducibile alla nozione di discrezionalità tecnica, vincolato, dal punto di vista sostanziale, al rispetto degli elementi e parametri di valutazione dell'offerta e, dal punto di vista formale, al rispetto degli oneri di pubblicità previsti dalle fonti comunitarie¹⁷⁶.

Da un lato, viene riconosciuto all'amministrazione un ampio margine di valutazione in ordine alla scelta degli elementi e dei parametri da considerare ai fini della selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dall'altro tale potere viene subordinato al rispetto delle quattro libertà fondamentali, enunciate dagli artt. 23, 43, 49, 56 del Trattato e dei principi che ne discendono¹⁷⁷.

Sul versante dell'ordinamento interno, è registrabile una progressiva

¹⁷⁵ Conclusioni Avvocato Generale Colomer, 8 settembre 2005, C-331/04, E.A.C. Srl e Viaggi Di Majo contro A.C.T.V Venezia S.p.a, *cit.*, punto 29; Corte di Giustizia, 28 marzo 1985, C-274/83, Commissione/Italia, *Racc.*, 1077, punto 25.

¹⁷⁶ Corte di Giustizia, 20 settembre 1988, C-31/87, Beentjes contro Paesi Bassi, in *Racc.*, 1988, 04635, punto 26; Corte di Giustizia, 18 ottobre 2001, C-19/00, SIAC Construction c. Country Council of the Country of Mayo, in *Racc.*, I, 7725, punto 43; 17 settembre 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland, Oy c.Ab. c. Helsingin kaupunki, *cit.*, punti 59, 61; Corte di Giustizia CE, 14 dicembre 2003, C-448/01, EVN AG et Wienstrom Gbmh c. Repubblica Austriaca, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, I, 299, punto 37.

¹⁷⁷ Si veda il 46° Considerando della Direttiva 2004/18/CE, a tenore del quale l'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento e che assicurino una valutazione in condizioni di effettiva concorrenza.

Corte di Giustizia CE, 14 dicembre 2003, C-448/01, EVN, *cit.*, punto 38; Corte di Giustizia, 20 settembre 1988, C-31/87, *Beentjes*, *cit.*, punto 29; Corte di Giustizia, C-225/98, Commissione/Francia, in *Racc.*, I, 7445, punto 50.

evoluzione giurisprudenziale dall'inquadramento della discrezionalità espressa in sede di valutazione dell'offerta migliore come merito amministrativo, con conseguente insindacabilità in sede di giurisdizione di legittimità, alla valutazione dei giudizi ivi espressi in base ai principi di par condicio, ragionevolezza, trasparenza e parità di trattamento¹⁷⁸.

In primo luogo, il dato positivo contenuto negli artt. 53 della Direttiva 2004/18/CE ed 81 del codice dei contratti indica, in via esemplificativa, gli elementi e i parametri di determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, stabilendo che l'introduzione da parte della stazione appaltante di criteri aggiuntivi debba rispettare i limiti della pertinenza rispetto alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche del contratto.

Ciò dimostra, peraltro, come l'ordinamento interno si sia ormai allineato alle linee guida dettate dal legislatore comunitario, discostandosi dai tratti propri della originaria disciplina dei lavori pubblici, che prevedeva la tassatività degli elementi di valutazione.

Mediante tale interpretazione estensiva, la Corte di Giustizia ha affermato la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di prendere in considerazione i criteri di carattere sociale ed ecologico in sede di valutazione dell'offerta, successivamente trasfusi nel dettato della Direttiva 2004/18/CE.

In relazione al primo ordine di criteri, nei leading cases *Beentjes e Edifici scolastici – Nord Pas de Calais*, viene affermata la legittimità di una condizione relativa all'impiego di disoccupati di lunga durata purché

¹⁷⁸ Si inscrivono nel primo orientamento, *ex multis*: Consiglio di Stato, V, 27 gennaio 1978, n.107, in *Il Consiglio di Stato*, 1978, I, 72; Consiglio di Stato, V, 24 maggio 1996, n. 731, *ivi*, 1996, I, 983; sono invece espressive del secondo indirizzo: TAR Calabria, Catanzaro, 18 luglio 1983, n.170 in *Arch. Giur. Oo.Pp.*, 1984, 772; TAR Liguria, 21 febbraio 1989, n. 114, in *Arch. giur. Oo. Pp.*, 1989, 1208. In dottrina, sul punto, DE NICTOLIS R., voce, *Criteri di aggiudicazione*, in AA. VV., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, cit., 748. Nel senso del carattere discrezionale della scelta effettuata dall'amministrazione in ordine agli elementi in base ai quali aggiudicare l'appalto ed ai parametri da attribuire ad essi, si veda: Consiglio di Stato, Ad. Gen., 16 maggio 1996, n. 77 in *Il Consiglio di Stato*, 1997, I, 603, sullo schema di D.P.C.M. del Ministro dei lavori Pubblici, nel quale viene sottolineata l'inopportunità di una disciplina di rango primario che limiti la discrezionalità dell'amministrazione di considerare o meno determinati elementi, oppure che impedisca di prendere in considerazione parametri di valutazione inerenti al merito tecnico già preso in considerazione in sede di prequalificazione.

ciò non produca effetti discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti di offerenti provenienti da altri stati della comunità e l'amministrazione aggiudicatrice ne faccia precisa menzione nel bando di gara¹⁷⁹.

Per quanto concerne i requisiti di carattere ecologico, nelle pronunce *Concordia Bus Finland Oy c. Helsingin kaupunki* e *PEVN AG Wienstrom GmbH c. Repubblica Austriaca*, viene sancita la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di prendere in considerazione, ai fini della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il livello di emissione di azoto o il livello sonoro degli autobus, fermo restando il rispetto della predeterminazione nel bando di gara e dei principi di parità di trattamento e non discriminazione¹⁸⁰.

Tali statuizioni, peraltro, si riconnettono al principio già affermato in passato dalla Corte di Giustizia secondo cui i criteri di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa non debbano avere necessariamente natura economica, in quanto anche fattori diversi, di natura tecnica o qualitativa, possono incidere sul valore dell'offerta con riguardo all'interesse dell'amministrazione¹⁸¹.

Inoltre, il contemperamento di istanze sociali e di carattere ambientale segna una significativa evoluzione rispetto alla tecnica utilizzata in passato dal legislatore comunitario, espressione della maturità raggiunta nella configurazione del mercato intracomunitario non soltanto come ambito privo di barriere protezionistiche dal punto di vista economico ma come spazio giuridico senza frontiere nel quale è garantita l'esplicazione delle libertà previste ex art. 43 e 49 del Trattato¹⁸².

Proprio questo profilo di disciplina dell'offerta economicamente più vantaggiosa, infatti, aveva portato il legislatore nazionale ad introdurre,

¹⁷⁹ Corte di Giustizia, settembre 1988, C-31/87, *Beentjes contro Paesi Bassi*, in *Racc.*, 1988, 04635

¹⁸⁰ *Concordia Bus Finland Oy c. Helsingin kaupunki* e *PEVN AG Wienstrom GmbH c. Repubblica Austriaca*, *cit.*

¹⁸¹ Corte di Giustizia, 17 settembre 2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland*, *cit.*, punto 55; *Renco S.p.a.* *cit.*, punto 68.

¹⁸² Direttiva 12 dicembre 2006, 2006/123/CE, in *G.U.U.E.* 27 dicembre 2006, L 376/36, art. 1.

nella versione originaria dell'art. 21 della Legge Merloni, il riferimento a costi di manutenzione, valore estetico dell'opera e tempi di esecuzione, in antitesi con l'art. 29 del D.lgs. n. 406 del 1991 che faceva riferimento esclusivamente al fattore economico dell'offerta.

Ad avviso del giudice comunitario, l'utilizzo di criteri di tipo qualitativo non intacca la portata del principio della parità di trattamento che impone l'applicazione in modo uniforme ed obiettiva dei criteri di aggiudicazione a tutti gli offerenti affinché questi possano trovarsi su un piano di parità sia al momento di presentazione delle offerte sia nel momento in cui queste siano valutate dall'amministrazione aggiudicatrice¹⁸³.

Assolvono funzione strumentale rispetto ad esso la previa indicazione nel bando di gara degli elementi di determinazione dell'offerta, della ponderazione relativa loro attribuita e dell'indicazione dell'ordine di importanza in cui tali criteri vengano presi in considerazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

In secondo luogo, esso impone una valutazione obiettiva e trasparente delle offerte presentate, che si traduce nella verifica dell'esattezza delle informazioni fornite da parte delle imprese e nel generale rispetto dell'obbligo di motivazione da parte della stazione appaltante, il cui rispetto è sancito, a livello generale, dall'art. 253 del Trattato.

Nell'ambito dell'ordinamento interno, i limiti evidenziati vengono coniugati con i principi generali di trasparenza ed efficacia dell'azione amministrativa, cui la giurisprudenza amministrativa ricollega la sindacabilità della discrezionalità espressa in sede di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa¹⁸⁴.

¹⁸³ *Ex multis*: Corte di Giustizia, 18 ottobre 2001, C-19/00, SIAC Construction c. Country Council of the Country of Mayo, in *Racc.*, I, 7725, punto 34; Corte di Giustizia CE, 14 dicembre 2003, C-448/01, EVN AG et Wienstrom Gbmh c. Repubblica Austriaca, *cit.*, punto 47.

¹⁸⁴ La valenza di tale assunto non viene meno nemmeno nell'ambito delle procedure ristrette e negoziate, affermandosi anche in relazione all'espletamento di gare officiose l'obbligo di prefissione di

In diverse pronunce viene sancita, inoltre, la compatibilità con tali principi della espressione del giudizio valutativo in forma numerica allorché il margine di apprezzamento discrezionale rimesso all'amministrazione aggiudicatrice sia ridotto al minimo¹⁸⁵.

Diversamente, ha suscitato problemi di compatibilità con il diritto comunitario l'orientamento tradizionale secondo cui la Commissione di gara sarebbe legittimata ad effettuare interventi innovativi sui criteri di aggiudicazione fissati nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, sub specie di integrazione o specificazione degli stessi.

La Corte di Giustizia ha giudicato illegittimo qualsiasi intervento innovativo da parte della Commissione di gara che si risolveva nella introduzione, modifica o integrazione dei criteri preesistenti, richiamando gli obblighi di predeterminazione nel bando di gara e di immodificabilità durante tutto l'arco di svolgimento della procedura, discendenti dai canoni di trasparenza e di parità di trattamento¹⁸⁶.

Tale attività viene, infatti, ritenuta lesiva delle chances partecipative di eventuali concorrenti che avrebbero potuto prendere parte alla gara qualora avessero avuto conoscenza integrale dei requisiti.

Inoltre, in relazione alla composizione della commissione giudicatrice, la Corte di Giustizia ha affermato la necessità del rispetto della parità di trattamento e del principio di buona amministrazione, traducendosi nell'obbligo di vigilanza in ciascuna fase della procedura di gara e nella salvaguardia della pari opportunità degli offerenti.

Da tali principi discende, secondo il giudice comunitario, l'obbligo di sollevamento di un conflitto di interessi in seno alla commissione giudicatrice e l'adozione di ogni opportuno provvedimento in relazione

criteri espliciti, univoci ed obiettivi di valutazione delle offerte. Tar Piemonte, II, 27 settembre 1994, n.429 in *I TAR*, 1994, 450.

¹⁸⁵ Consiglio di Stato, VI, 28 novembre 1992, n.952, in *Arch. Giur. Oo. Pp.*, 1992, 368.

¹⁸⁶ Conclusioni Avvocato Generale Colomer, 8 settembre 2005, *cit.*, punti 29-41.

alla successiva fase di svolgimento della procedura¹⁸⁷.

Tali indicazioni di provenienza giurisprudenziale costituiscono un prezioso ausilio per l'interpretazione dell'art. 84 del codice dei contratti, che, nel disciplinare la composizione e le competenze della commissione giudicatrice, non pone limiti specifici ai relativi poteri, demandandone la disciplina alla fonte regolamentare¹⁸⁸.

3.2.4. La tensione tra le istanze di flessibilità e la tutela della parità di trattamento in relazione all'istituto del dialogo tecnico.

Oltre agli ambiti applicativi fino ad ora analizzati, il problema del rispetto della parità di trattamento è emerso in modo evidente negli ultimi anni in relazione ad istituti c.d. di "flessibilità", quali il dialogo tecnico ed il dialogo competitivo, rispettivamente previsti, il primo, dall'8° considerando della Direttiva 2004/18/CE e dal 15° considerando della Direttiva 2004/17/CE ed il secondo dall'art. 29 della Direttiva 2004/18/CE e 58 del codice dei contratti pubblici.

In linea generale, i due istituti, pur accomunati dall'esigenza di valorizzare l'apporto dei privati in relazione alla attività amministrativa di espletamento di lavori e produzione di beni e servizi, divergono profondamente dal punto di vista ontologico, in quanto il dialogo competitivo è una tipologia di scelta del contraente introdotta dalla Direttiva 2004/18/CE per l'aggiudicazione di opere particolarmente complesse in relazione alle quali l'amministrazione abbisogna di soluzioni progettuali innovative, mentre il dialogo tecnico rappresenta un preliminare momento di confronto tra la stazione appaltante e gli

¹⁸⁷ Tribunale di Primo grado, 17 marzo 2005, T-160/03, in *Foro Amm., C.d.S.*, 2005, 659; Corte di Giustizia CE, 29 aprile 2004, C-496/99, Commissione/Cas Succhi di frutta, in *Racc.* I-0000, punto 108.

¹⁸⁸ Art. 84, comma 1, del Decreto legislativo n.163 del 2006, recante: "Quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice che opera secondo le norme stabilite dal regolamento".

operatori economici, adattabile a qualsiasi procedura di gara e volto a determinare *ex ante* elementi di carattere tecnico, progettuale, scientifico che definiranno l'oggetto dell'affidamento.

Tuttavia, in entrambi i casi si riscontra la difficoltà di ricondurre le modalità di partecipazione al privato alla attività amministrativa progettuale in un'ottica rispettosa della parità di trattamento e della concorrenzialità degli affidamenti, non derogabili a fronte dell'utilizzo di strumenti di flessibilità.

Partendo dal dialogo tecnico, va detto preliminarmente che l'esigenza di prevedere strumenti di cooperazione dei privati in vista del miglioramento dell'offerta di beni e servizi da parte del soggetto pubblico veniva già sottolineata dalla Commissione UE nel Libro Verde sugli appalti pubblici nell'Unione Europea¹⁸⁹, in cui le amministrazioni venivano invitate, da un lato, a sollecitare la proposta di soluzioni progettuali da parte delle imprese in relazione alla realizzazione di opere di particolare complessità e, dall'altro, ad evitare l'accettazione o l'utilizzo delle informazioni così acquisite in modo restrittivo per la concorrenza, per non frustrare gli obiettivi propri dell'instaurazione del dialogo tecnico.

Così, le direttive di ultima generazione, nell'ottica di potenziamento di tali strumenti, contemplano l'utilizzo della fattispecie sottoponendola, contemporaneamente, al limite del rispetto della concorrenza.

Nella prassi applicativa non sono tardati ad emergere dubbi di

¹⁸⁹Commissione UE, 27 novembre 1996, COM (96), 583, in www.europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement, nella parte in cui si dice che: "Nel timore di una potenziale violazione del principio della parità di trattamento, il settore privato ha manifestato la propria reticenza ad impegnarsi in qualsiasi tipo di studio o di discussione prima della pubblicazione del bando di gara, senza avere la garanzia di non essere successivamente escluso dalle procedure di aggiudicazione. La Commissione riconosce che, data la complessità della maggior parte dei progetti - alcuni dei quali possono richiedere soluzioni mai prima prospettate - anteriormente alla pubblicazione dei bandi di gara può rivelarsi necessario un dialogo tecnico fra amministrazioni aggiudicatrici e partners privati interessati. Il principio della parità di trattamento non sarà infranto se, mediante la predisposizione di specifiche garanzie - riguardanti tanto il merito quanto la procedura - le amministrazioni aggiudicatrici eviteranno di sollecitare o di accettare informazioni che avrebbero l'effetto di restringere la concorrenza".

compatibilità delle concrete modalità attuative dell'istituto con il principio della parità di trattamento, in relazione alla possibilità di contemporanea partecipazione di un operatore economico alla fase preparatoria della procedura di gara ed alla fase di svolgimento della medesima.

Nel caso *Fabricom SA c. Stato Belga*, sono emerse, in seno alla Corte di Giustizia, diverse soluzioni interpretative che riflettono la difficoltà di trovare un punto di equilibrio tra le ragioni della trasparenza e le esigenze insite nell'utilizzo di strumenti di flessibilità¹⁹⁰.

Da un lato, le conclusioni rassegnate dall'Avvocato Generale affermano la legittimità di una normativa nazionale che stabilisca *ex ante* l'incompatibilità della duplice partecipazione alla fase progettuale dell'appalto ed al concreto svolgimento del medesimo, in nome del principio della parità di trattamento e dell'impossibilità di impedire che l'offerente utilizzi a proprio vantaggio le informazioni acquisite durante i lavori di preparazione della gara d'appalto.

In base al rispetto della parità di trattamento, viene altresì affermato che l'operatore economico dovrebbe scegliere in anticipo se partecipare all'una o all'altra fase, in conformità con l'esigenza di rendere edotti gli offerenti circa le modalità di partecipazione alla gara, dando così al principio in esame una interpretazione rigorosa intesa come massima tutela dell'uguaglianza delle posizioni vantate dagli offerenti, che l'apporto proveniente dai privati in termini di innovazione tecnologica non può vanificare.

In senso opposto, la pronuncia del giudice comunitario fa propria un'interpretazione della parità di trattamento più conforme all'obiettivo di apertura del mercato, statuendo l'incompatibilità col diritto comunitario di una previsione normativa che escluda *ex ante* le imprese incaricate di attività di studio, ricerca o sperimentazione inerenti ad un

¹⁹⁰ Corte di Giustizia CE, 3 marzo 2005, C-21/03, in *Il Consiglio di Stato*, 2005, 553.

determinato appalto, senza consentire alle medesime la possibilità di presentare offerte e di provare nel contesto di svolgimento della procedura l'insussistenza di un conflitto di interessi.

Una previsione del genere viene, infatti, ritenuta lesiva della concorrenza effettiva, avendo l'effetto di restringere la platea dei partecipanti e del principio di proporzionalità, conseguendo un risultato eccessivo rispetto alla salvaguardia della parità di trattamento.

Viene statuito inoltre che la decisione con cui l'amministrazione addivenga ad un provvedimento di esclusione debba essere, oltre che adeguatamente motivata, adottata in fase anteriore alla aggiudicazione dell'appalto pubblico per consentire all'impresa vincolata di poter chiedere in sede giurisdizionale l'annullamento della procedura di gara, a garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale tutelata dalle direttive ricorsi 89/665/CEE e 92/13/CEE, che verrebbe frustrata qualora il ricorrente potesse fruire esclusivamente della tutela risarcitoria dovuta alla tardività del provvedimento di esclusione.

La lettura del dialogo tecnico proposta dal giudice comunitario, oltre che maggiormente rispettosa del principio di concorrenza effettiva, consente di potenziare l'utilità dello strumento previsto dalla direttiva nei confronti degli operatori privati, i quali potrebbero essere disincentivati ad investire le proprie risorse nella partecipazione ad un dialogo con l'amministrazione nella consapevolezza di non potere ottenere l'assegnazione dell'affidamento.

Tale interpretazione, peraltro, si conforma maggiormente all'obiettivo di migliorare la risposta amministrativa ai bisogni della collettività e di accrescere il livello di competizione delle imprese sul mercato.

Per quanto interessa in questa sede, la pronuncia chiarisce come il principio della parità di trattamento non vada intesa in senso formale ma in chiave strettamente sostanziale imponendo, in questo caso, un divieto di esclusione aprioristica delle imprese vincolate da parte

dell'amministrazione per poter consentire alle stesse di dimostrare l'insussistenza di un effettiva lesione della concorrenza derivante dallo svolgimento della previa attività progettuale.

Tale tecnica normativa, come è agevole rilevare, accomuna la disciplina del dialogo tecnico a quella delle specifiche tecniche dei requisiti di selezione dei concorrenti, sotto il profilo del potenziamento degli strumenti di prova a disposizione delle imprese per la dimostrazione del possesso dei necessari requisiti, contenute nella Direttiva 2004/18/CE e nel codice dei contratti.

Ciò, peraltro, permette di aggiungere un limite ulteriore alla discrezionalità amministrativa esercitata in sede di esclusione delle offerte contrattuali, ponendosi in armonia con i canoni di proporzionalità, imparzialità ed efficacia già indicati dal giudice amministrativo come parametri che devono guidare l'amministrazione in tale ambito.

In una prospettiva più generale, l'orientamento giurisprudenziale analizzato contribuisce a chiarire altresì il significato del divieto di cumulo tra progettazione di una prestazione contrattuale ed esecuzione della medesima da parte di un operatore economico, quale derivato della parità di trattamento.

E' noto che, sulla base di tale principio, l'art. 23 del D.lgs. n. 157 del 1995 sanciva in relazione agli appalti di servizi, l'illegittimità dell'aggiudicazione dell'appalto in modo esclusivo al soggetto individuato dall'amministrazione per la progettazione e, nel settore dei lavori pubblici la legge Merloni aveva introdotto consistenti limiti a tale possibilità volti ad evitare i fenomeni distorsivi derivanti dalla aggiudicazione dell'opera al soggetto responsabile della progettazione.

Una lettura attenta del dettato normativo comunitario dimostra come tale divieto vada più correttamente inteso come necessità di evitare che il contratto venga affidato senza formalità al soggetto che abbia preso parte alla fase progettuale, imponendo dunque, nel rispetto dei principi

concorrenziali, una netta separazione tra la fase di individuazione delle soluzioni progettuali e la fase di selezione delle offerte che non implica, tuttavia, una assoluta incompatibilità tra progettazione ed esecuzione.

A ben guardare, a tale soluzione interpretativa accede il codice dei contratti attraverso la disciplina dell'appalto integrato, prevista – ex art. 53- come modalità di realizzazione dei lavori pubblici in cui è ammissibile l'espletamento della procedura concorsuale in relazione al profilo progettuale ed esecutivo dell'opera, e mediante l'espunzione dall'ordinamento della figura dell'appalto concorso, propria della normativa di contabilità di stato, che appariva caratterizzato dalla effettuazione del confronto concorrenziale sotto il profilo della redazione del progetto dell'opera da realizzare, con conseguente stipulazione del contratto a trattativa privata col soggetto prescelto da parte dell'amministrazione.

Si noti, però, come già in relazione all'appalto-concorso, l'interpretazione giurisprudenziale aveva messo in luce le possibilità di contrasto con la par condicio, da prevenirsi, secondo la ricostruzione del giudice amministrativo, mediante il principio della previa determinazione dei criteri di valutazione dell'offerta prima dell'apertura delle buste da parte della commissione giudicatrice.

Tale riflessione costituisce uno spunto utile per comprendere se il recepimento del dialogo tecnico possa avvenire nell'ordinamento interno mediante strumenti, normativi o interpretativi propri della tradizione nazionale, che non si pongano in antitesi con le esigenze di derivazione comunitaria e valorizzino il valore aggiunto della figura.

In chiave generale, la dottrina sottolinea che l'istituto, unitamente alla più complessa figura del dialogo competitivo, comporta il definitivo superamento della tesi dell'onniscienza della stazione appaltante, propria della normativa di contabilità di Stato, basata sulla *fictio* di un'amministrazione in grado di fare fronte tout court ai bisogni

amministrativi e di definire autonomamente ogni profilo della prestazione oggetto della procedura di gara.

La tesi in questione, già minata tramite la previsione del metodo di scelta del contraente dell'appalto-concorso e le disposizioni comunitarie ampliative del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, appare obsoleta nel contesto normativo attuale, in considerazione della rilevata funzionalità della cooperazione del settore privato alla ricerca di soluzioni progettuali innovative per la produzione di beni o servizi, talvolta del tutto sconosciute all'amministrazione precedente.

Analogicamente, si consideri che l'ordinamento ha ormai acquisito l'importanza dell'apporto qualitativo proveniente dal mondo imprenditoriale privato nella gestione dei servizi pubblici locali, a cui non è attribuito rilievo soltanto in termini economici¹⁹¹.

Il rilievo dell'istituto in esame sotto il profilo di attuazione della parità di trattamento si coglie altresì in relazione al fatto che, attraverso il confronto tra amministrazione ed imprese in fase preliminare all'avvio delle procedure di gara, i contatti tra tali soggetti vengono sottratti ad una sfera non regolamentata, finora sindacabile, nell'ipotesi di emersione, in sede giurisdizionale amministrativa, sub specie di vizio della procedura di gara riflettentesi sul contratto già concluso, ovvero penale, nel caso di integrazione degli estremi del reato di turbata libertà dei pubblici incanti previsto dall'art. 353 c.p.

Viene così introdotta una soluzione positiva al problema delle asimmetrie informative che caratterizzano il rapporto tra pubblica amministrazione ed operatori economici in sede precontrattuale, evitando fenomeni collusivi e di distorsione della concorrenza¹⁹².

¹⁹¹ Consiglio di Stato, V, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, n. 6, pag. 1257 con nota di ACQUARONE G., *La scelta del socio privato di minoranza nelle società miste di gestione dei servizi pubblici locali*, e in *Rass. Giur. En. Elettrica*, 1998, 2-3, pag. 525 e ss., con nota di COLOMBARI S., *La gestione dei servizi pubblici a mezzo di società partecipate dall'ente locale: situazione attuale e prospettive*.

¹⁹² Sul tema, CAFAGNO M., *Lo stato banditore*, cit., 147 e ss.; LEONE V.M., *Le procedure di gara rivisitate*, in AA.VV., *Servizi pubblici di interesse generale*, cit., 296.

D'altra parte, la dottrina sottolinea come l'introduzione di momenti di "flessibilità" nell'ambito delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici non sia una tematica del tutto sconosciuta alla tradizione propria dell'ordinamento nazionale, in quanto le esigenze sostanziali alla base della figura del dialogo tecnico non si discostano eccessivamente da quelle di buon andamento, imparzialità, completa istruttoria ed efficacia dell'azione amministrativa di cui sono espressione gli articoli 1 e 6 della legge n. 241 del 1990 e l'art. 97 Cost.¹⁹³.

Attraverso il bilanciamento di tali strumenti può, invero, tentarsi di conciliare l'effettività del confronto tra amministrazione ed imprese ed il rispetto della par condicio all'interno del dialogo e della successiva gara.

Tale aspetto, sotto altro angolo visuale, costituisce riprova del fatto che dall'innesto degli istituti di derivazione comunitaria nel tessuto dell'ordinamento nazionale non debbano necessariamente trarsi soluzioni interpretative che abdicano all'applicazione di principi e regole propri del contesto nazionale, ove si possa dare ai medesimi una lettura conforme alle finalità ed agli obiettivi indicati dalla normativa comunitaria.

¹⁹³ INVERNIZZI R., *Il dialogo competitivo e tecnico*, in AA.VV., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, cit., 319, il quale rileva che, in ambito interno, un accorto utilizzo degli strumenti citati poteva, già prima del recepimento delle direttive comunitarie, permettere la gestione di un procedimento dalle finalità e dai contenuti analoghi a quelli del dialogo tecnico.

3.2.5. Il dialogo competitivo.

La salvaguardia di esigenze di parità di trattamento e trasparenza appare particolarmente stringente in relazione alla figura del dialogo competitivo, introdotto dall'art. 29 della Direttiva 2004/18/CE e recepito mediante l'art. 58 del codice dei contratti.

Come già anticipato, esso costituisce una procedura di scelta del contraente di nuova generazione – accanto ai sistemi dinamici di acquisizione, alle aste elettroniche ed agli accordi quadro- con la quale il legislatore comunitario ha inteso predisporre uno strumento da utilizzarsi nei casi di appalti particolarmente complessi, ovvero inclusivi di considerazioni tecniche, giuridiche, finanziarie che l'amministrazione non è in grado di prospettare autonomamente¹⁹⁴.

L'applicabilità della fattispecie va riconnessa ad ipotesi di realizzazione di progetti infrastrutturali di trasporto integrato, di grandi reti informatiche, di progetti che importino finanziamenti complessi e strutturali, aventi, molto probabilmente, nella maggior parte dei casi un rilievo sovranazionale.

Sotto altro versante, ne viene sottolineata l'utilità per la realizzazione di opere che non siano caratterizzate da particolari esigenze di celerità e di speditezza, in cui può avviarsi un dialogo tra amministrazione e privati volto alla individuazione di soluzioni progettuali sulla base delle quali si svolgerà la procedura di gara.

Dal punto di vista ricostruttivo, viene sottolineato come il requisito della complessità debba essere oggettivo, ovvero non fondato su inefficienze operative dell'amministrazione e l'aggiudicazione non possa avvenire attraverso le procedure ordinarie.

¹⁹⁴ Art. 58, comma 1, codice reca testualmente: “Nel caso di appalti particolarmente complessi, qualora ritengano che il ricorso alla procedura aperta o ristretta non permetta l'aggiudicazione dell'appalto, le stazioni appaltanti possono avvalersi del dialogo competitivo conformemente al presente articolo”.

Inoltre, una dottrina ritiene che la previsione della figura esclusivamente nell'ambito della direttiva 2004/18/CE e non anche dalla direttiva 2004/17/CE, denoti la necessarietà del presupposto dell'instaurazione di condizioni di concorrenza effettiva nel mercato di riferimento perché possa utilizzarsi tale strumento, basato sulla possibilità fattuale e giuridica di un contatto tra amministrazione ed imprese improntato alla ricerca di soluzioni efficienti piuttosto che ad un rigida procedimentalizzazione¹⁹⁵.

Ciò, pertanto, rifletterebbe una modalità di agire propria di un'amministrazione avanzata ed avveza al confronto con il settore privato per migliorare le modalità di esercizio delle proprie funzioni, in particolar modo nell'ambito della produzione di beni e servizi.

In ordinamenti come quello italiano, tradizionalmente caratterizzato da una generale reticenza verso l'utilizzo di strumenti di flessibilità nell'ottica di prevenzione di fenomeni distorsivi della concorrenza, il recepimento di un istituto siffatto pone degli interrogativi in ordine alle modalità di contemperamento tra le esigenze di tutela della par condicio ed una valorizzazione adeguata delle possibilità offerte dalla norma.

Nell'interpretazione giurisprudenziale interna, si registra, infatti, un'applicazione rigorosa della parità di trattamento soprattutto in relazione a quei sistemi di scelta del contraente connotati da un margine più ampio di discrezionalità, le cui caratteristiche potrebbero indurre l'amministrazione ad effettuare favoritismi ovvero a preferire determinati operatori economici rispetto ad altri.

L'attualità e la fondatezza della problematica illustrata si colgono ponendo mente al fatto che, a seguito dell'entrata in vigore del codice dei contratti, le disposizioni relative alle procedure negoziate, con e senza bando, ed al dialogo competitivo, contenute negli artt. 56, 57, 58

¹⁹⁵ LEONE V.M., *Op. cit.*, 296, che fa riferimento agli ordinamenti inglese scandinavo, come esempi di corretto funzionamento della tecnica del dialogo competitivo.

dell'articolato, sono state rese oggetto di un provvedimento di provvedimenti di rinvio normativo, che ne hanno posticipato l'entrata in vigore dapprima al 1° marzo 2007 e successivamente al 1° agosto 2007¹⁹⁶.

Ciò dimostra, ad avviso di autorevole dottrina, la difficoltà che incontra il legislatore interno di conciliare i valori della flessibilità ed efficacia con la trasparenza dell'azione amministrativa.

D'altro canto, a dimostrazione delle difficoltà di inquadramento dell'istituto, va detto che il Parlamento UE ha sottolineato la necessità di precisare, da parte degli organi comunitari, di chiarire la nozione di complessità giuridica e finanziaria dell'opera al fine di chiarire i presupposti applicativi dell'istituto¹⁹⁷.

Per quanto concerne la versione normativa propria del D.lgs. n. 163 del 2006, il modello delineato dal codice rispecchia il contenuto dell'art. 29 e 30 della direttiva 2004/18/CE e si basa in primo luogo sulla scansione procedurale del dialogo competitivo in tre fasi, costituite dalla pubblicazione del bando di gara, dallo svolgimento del dialogo con le imprese ammesse e della successiva fase di selezione delle offerte e dalla previsione tassativa di un atto tipizzato di chiusura della procedura da parte della stazione appaltante e della prescrizione del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Inoltre, vi è un espresso riferimento normativo ai principi in esame in ogni momento della procedura, e precisamente, durante la fase di dialogo, mediante il divieto per l'amministrazione di fornire informazioni in modo lesivo dei suddetti principi; in fase di presentazione delle offerte, tramite la ammissione della possibilità di presentare varianti da

¹⁹⁶ In dottrina, CARINGELLA F., *Il congelamento al 1° febbraio 2007 non vale per le gare già avviate*, in *Guida al Diritto*, luglio 2006, 15; Decreto legislativo 26 gennaio 2007, n. 6, in *G.U.* n. 25 del 31 gennaio 2007, art. 1-ter, recante: "Per gli appalti di lavori pubblici di qualsiasi importo, nei settori ordinari, le disposizioni degli articoli 3, comma 7, 53 commi, 2 e 3, e 56 si applicano alle procedure i cui bandi siano pubblicati successivamente al 1° agosto 2007. Le disposizioni dell'art. 57 si applicano alle procedure per le quali l'invito a presentare l'offerta sia inviato successivamente al 1° agosto 2007".

¹⁹⁷ Risoluzione Parlamento UE 26 ottobre 2006 su PPP, *cit.*

parte degli offerenti in modo congruo rispetto all'oggetto dell'appalto non discriminatorio; infine, a seguito della aggiudicazione, mediante la previsione di un margine di modifica di elementi dell'offerta purché ciò non abbia l'effetto di snaturare l'oggetto contrattuale o di falsare la concorrenza¹⁹⁸.

Tali disposizioni, a ben guardare, riflettono la volontà di applicare al dialogo competitivo principi di derivazione giurisprudenziale, tesi a salvaguardare la parità di trattamento lungo l'arco di svolgimento della procedura di gara.

La descrizione nel bando dei requisiti di ammissione costituisce, come noto, il primo strumento di garanzia della parità di trattamento degli offerenti, che viene altresì salvaguardato attraverso la indicazione del numero minimo e massimo di candidati che l'amministrazione è tenuta ad invitare, nell'ipotesi di limitazione del numero di candidati idonei a partecipare al dialogo.

Inoltre, la previsione normativa dei limiti alla presentazione delle varianti da parte degli offerenti rispecchia la tradizione giurisprudenziale in materia, che individua nell'inerenza rispetto al progetto e nella previa menzione nel bando di gara o nel capitolato d'onere i presupposti di operatività dell'istituto¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Art. 29, Direttiva 2004/18/CE, paragrafi 3,6,7; art. 58 del Codice dei Contratti pubblici, commi 7, 14, 16.

¹⁹⁹ Consiglio di Stato, sez. IV, 11 febbraio 1999, n. 149, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1999, 368. Tale decisione ha statuito che “Il metodo di aggiudicazione, nell'ambito della licitazione privata, secondo il sistema dell'offerta più vantaggiosa, di cui all'art. 29, lett. b), D.lgs. n. 406/1991, è utilizzato allorché si intenda realizzare un'opera secondo un progetto definito, con facoltà di proporre quelle variazioni migliorative, rese possibili dalle peculiari conoscenze tecnologiche delle imprese, ma che non ne alterino i caratteri essenziali; pertanto, spetta all'amministrazione compilare il progetto, pur prevedendo di prendere in considerazione le varianti presentate dalle imprese partecipanti, purché conformi ai requisiti minimi prescritti. V. altresì T.a.r. Puglia, sez. Lecce, sez. II, 27 dicembre 2001, n. 7744, in *Finanza locale*, 2002, 923, Consiglio di Stato, sez. V, 9 febbraio 2001, n. 578, in *Il Consiglio di Stato*, 2001, I, 231.

Corte di Giustizia CE, causa C-87/94 del 25 aprile 1996, Commissione delle Comunità europee contro Regno del Belgio, in *www.curia.eu.int* ha statuito che, “allo scopo di garantire che un appalto sia assegnato in base a criteri noti a tutti gli offerenti prima della preparazione della loro offerta, un ente aggiudicatore può tener conto delle varianti in quanto criteri di aggiudicazione solo nella misura in cui li ha menzionati come tali nel capitolato d'appalto o nel bando di gara”.

Infatti, pur riferendosi ad un diverso aspetto di regolazione rispetto allo strumento del dialogo tecnico, le varianti vengono interpretate come strumento attraverso il quale l'offerente può superare le rigidità definitorie dell'oggetto contrattuale delineato dal soggetto pubblico, "offrendo un contributo alla soluzione del problema amministrativo".

Si noti, tuttavia, che mentre nella tradizione nazionale, viene sancito il divieto di modificazione della propria offerta nelle more di svolgimento della procedura di gara, ammettendosi esclusivamente una precisazione unilaterale della originaria offerta²⁰⁰, la procedura del dialogo competitivo contempla la possibilità di modificare la posizione dell'offerente alla luce degli apporti degli altri operatori economici, in ragione della flessibilità e delle caratteristiche proprie dell'istituto, destinato a protrarsi per un lungo lasso temporale e finalizzato all'affinamento del know-how delle imprese partecipanti.

Ciò potrebbe indurre ad interpretare in modo non eccessivamente restrittivo il dettato del comma 16 dell'art. 58, relativo alla possibilità di modificazione dell'offerta presentata da parte dell'impresa aggiudicataria²⁰¹.

La dottrina sul punto richiama la giurisprudenza comunitaria che invita a non inquadrare nel divieto di rinegoziazione delle offerte contrattuale l'ipotesi in cui, nell'ambito di procedure negoziate di carattere complesso, i soggetti partecipanti beneficino delle innovazioni

²⁰⁰ L'art. 77, R. D. 23 maggio 1924, n. 827, contempla la possibilità per il privato, in caso di uguaglianza dell'offerta, di modificare la propria originaria offerta: "Quando nelle aste ad offerte segrete due o più concorrenti, presenti all'asta, facciano la stessa offerta ed essa sia accettabile, si procede nella medesima adunanza ad una licitazione fra essi soli, a partiti segreti o ad estinzione di candela vergine, secondo che lo creda più opportuno l'ufficiale incaricato. Colui che risulta migliore offerente è dichiarato aggiudicatario"

²⁰¹ Decreto legislativo n. 163 del 2006 e succ. mod., art. 58, comma 16: L'offerente che risulta aver presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa può essere invitato a precisare gli aspetti della sua offerta o a confermare gli impegni in essa figuranti, a condizione che ciò non abbia l'effetto di modificare elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto quale posto in gara, falsare la concorrenza o comportare discriminazioni.

tecnologiche emerse nel corso del dialogo.

Tale profilo accentua il più ampio respiro caratterizzante l'istituto del dialogo competitivo, che va collocato “nell'ambito di una trama normativa maggiormente complessa, e, dunque, in un contesto di flessibilità e di “scambio” più ricco”²⁰².

3.2.6. La salvaguardia della parità di trattamento nell'affidamento dei pubblici servizi a soggetti terzi rispetto alla pubblica amministrazione e le modifiche normative apportate dall'art. 13 del D.L. n. 223 del 2006.

La tematica della produzione e dell'affidamento della gestione di pubblici servizi a soggetti giuridicamente distinti rispetto alla pubblica amministrazione pone, tra i vari aspetti di interesse scientifico, il problema della salvaguardia delle regole concorrenziali, per evitare la potenziale insorgenza di abusi o favoritismi nell'esercizio del proprio potere decisionale da parte della pubblica amministrazione.

In via preliminare, preme sottolineare che la nozione di servizio pubblico, rilevante per il tema in esame, coincide con quella di servizio reso al pubblico dietro corrispettivo pagato dall'utenza secondo le regole di mercato, e non con quella di servizi resi alla pubblica amministrazione i cui costi incombono sulla medesima, che è coperta dall'espressione di “appalto di servizi”²⁰³.

Più in particolare, bisogna fare riferimento ai servizi di interesse

²⁰² FRACCHIA F., *difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla Direttiva 2004/18/CE*, in *www.giust-amm.it/new-2004*, 11-12, dove si richiama: Corte di Giustizia CE, 5 ottobre 2000, causa 337/98, Commissione c. Francia, nella parte in cui si dice che: “Non si può escludere che, nel corso di un procedimento negoziato, che, per sua stessa natura, può protrarsi per un lungo periodo di tempo, le parti prendano in considerazione le innovazioni tecnologiche intervenute durante lo svolgimento delle trattative, senza che questo fatto possa considerarsi, ogni volta, come una rinegoziazione degli elementi essenziali del contratto che giustifichi l'applicazione delle nuove norme giuridiche”.

²⁰³ CARANTA R., *I Contratti Pubblici*, Torino, 2005, 266.

economico generale che, secondo la definizione fornita dalla Commissione UE, è legata all'impatto che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività, avendosi pertanto un servizio di rilevanza economica, qualora esso si innesti in un settore per il quale esiste, anche potenzialmente, una produttività e, di conseguenza, una competizione sul mercato e, diversamente, un servizio di rilievo non economico nel caso in cui non vi sia competizione per la sua natura o per i vincoli cui esso è sottoposto²⁰⁴.

Secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta, infatti, al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione.

Prima di scandagliare le concrete modalità attraverso cui l'ordinamento garantisce la parità di trattamento degli operatori economici che si confrontano per l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici, sembra opportuno precisare che tale tematica va tenuta nettamente distinta da quella della discrezionalità esercitata dall'ente locale nella scelta dei modelli organizzativi di gestione dei servizi, riguardante la fase, collocabile a monte, in cui esso si trova a decidere sulle concrete modalità di organizzazione del servizio.

In questo senso, viene in considerazione, infatti, il principio di auto-organizzazione amministrativa, riconosciuto a livello comunitario, in base al quale viene ammesso che l'amministrazione pubblica disponga di un margine di libertà tale da organizzare la propria struttura nel modo

²⁰⁴ Commissione UE, Comunicazione sui servizi economici di interesse generale, (COM-2003-270) del 21 maggio 2003, www.europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement.htm, par. 33-34.
TAR Sardegna, Cagliari, I, 2 agosto 2005, n.1729 in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Liguria, II, 28 aprile 2005, n.527 in www.giustizia-amministrativa.it.

meglio rispondente alle necessità della collettività²⁰⁵ .

L'assunto trova una positiva conferma nelle parole della Commissione UE, la quale, nel Libro Verde sui partenariati pubblico-privati, ha chiarito che il dibattito relativo all'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni "si colloca a valle della scelta economica ed organizzativa dell'ente locale o nazionale e non può essere interpretato come un dibattito mirante ad esprimere un apprezzamento generale riguardo alla scelte di esternalizzare o meno il servizio pubblico"²⁰⁶.

In considerazione di ciò, si può dire che il ricorso al capitale privato per la gestione dei pubblici servizi pone il problema della salvaguardia del principio concorsuale e della parità di trattamento degli operatori economici sotto il triplice aspetto delle modalità di scelta del socio o dei soci privati, delle modalità di affidamento del servizio alla società previamente costituita e della qualificabilità in termini di organismo di diritto pubblico delle società miste.

Sotto il primo profilo, è ormai pacifico che gli enti locali debbano provvedere alla scelta dei soci privati e all'eventuale allocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure ad evidenza pubblica, essendo tale principi sancito positivamente dal disposto dell'art. 1 del Codice dei Contratti Pubblici e più volte affermato dalla giurisprudenza ad avviso della quale l'amministrazione non possa sottrarsi ai principi concorsuali, quando si debba prescegliere un operatore privato chiamato a svolgere

²⁰⁵ In questo senso, Conclusioni dell'Avv. Gen. La Pergola in C-360/96, in *Racc.*, 1998, I-6821; sulla problematica della latitudine della libertà di organizzazione dell'ente locale in ordine alle proprie attività gestionali e del grado di autonomia ad esso costituzionalmente riconosciuta ex art. 5 e 117 Cost., comma 2°, lett. p), ha avuto modo di pronunciarsi la Corte Costituzionale con la citata sentenza n. 272 del 2004, dichiarando l'illegittimità costituzionale di previsioni normative che indichino tassativamente le forme di gestione dei servizi pubblici, restringendo così alla libertà organizzativa dell'ente stesso.

²⁰⁶ Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni della Commissione Europea, 30 aprile 2004, COM (2004) 327, punto 17, in www.europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm.

attività per proprio conto ed interesse²⁰⁷.

L'innesto con il diritto comunitario ha determinato in materia un'estensione della latitudine del principio concorsuale, che viene applicato sia in relazione alla scelta del socio privato sia in relazione all'affidamento del servizio, non potendosi procedere alla attribuzione in via diretta dello stesso o di altri servizi alla società previamente costituita, salvo il caso in cui sussistano i requisiti integranti la fattispecie dell'in house providing ovvero del controllo analogo esercitato da parte dell'ente locale.

In base al rispetto del principio della parità di trattamento e dei principi fondamentali espressi negli artt. 43 e 49 del Trattato, la giurisprudenza comunitaria ha esteso l'obbligo di espletamento di procedure ad evidenza pubblica anche per l'affidamento in concessione del servizio, facendo leva sulle stesse disposizioni del Trattato, prevedenti come unica eccezione alla vigenza del principio, oltre alle prestazioni di natura non economica, le attività giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, ovvero la concessione di diritti « speciali o esclusivi » per la gestione di servizi d'interesse economico generale, che possono essere concessi dagli Stati membri, nel rispetto delle condizioni di cui all'art. 86, par. 2, del Trattato. Viene così giustificata, in via interpretativa, l'applicabilità di direttive comunitarie sugli appalti pubblici per la selezione del soggetto incaricato della gestione di un servizio economico di interesse generale.

In questo senso, il diritto comunitario considera la società mista come un modello di collaborazione tra il soggetto pubblico ed i soggetti privati, ascrivibile alla figura del partenariato pubblico-privato ed alternativo rispetto al modello organizzativo di tipo concessorio, che è costituita all'esito di una procedura competitiva esperita a monte per la selezione

²⁰⁷ Consiglio di Stato, Sez. V, 23 marzo 2004, n. 1543 in *Il Consiglio di Stato*, 2004, n. 3, I, 659.

del partner privato²⁰⁸.

La Commissione UE definisce, infatti, la costituzione della società mista come una “modalità di esecuzione di un incarico affidato nel quadro di un contratto ad un partner privato, nel quale va garantito il rispetto dei principi fondamentali del Trattato di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità al pari degli affidamenti concessori”²⁰⁹.

Seguendo questa linea interpretativa la Corte di Giustizia ha attribuito alle strutture societarie costituite o partecipate da enti pubblici la qualifica di organismo di diritto pubblico, ritenendo tale soluzione doverosa alla luce del principio di effettività del diritto comunitario, atteso che il mancato assoggettamento alla nozione di organismo di diritto pubblico di strutture che per il diritto nazionale rientrassero nella sfera del diritto comune avrebbe comportato una possibilità di elusione dei principi concorrenziali attraverso lo schermo del diritto societario²¹⁰.

Tale soluzione è imposta, peraltro, dal carattere funzionale della nozione di amministrazione aggiudicatrice che porta ad escludere che il carattere di diritto privato di un organismo di diritto pubblico possa sottrarlo alla applicazione delle regole di evidenza pubblica²¹¹.

Recependo l’orientamento comunitario, l’art. 3, comma 28, del codice dei contratti pubblici, ricomprende nella nozione di “imprese pubbliche” le strutture societarie su cui le amministrazioni aggiudicatrici esercitano un controllo o una influenza dominante ovvero detengono una partecipazione finanziaria.

A ciò la giurisprudenza ricollega, quale evidente corollario, l’obbligo di espletamento di procedure ad evidenza pubblica ai contratti a valle posti in essere dalle strutture societarie a totale o parziale partecipazione

²⁰⁸ Consiglio di Stato, V, 1 luglio 2005, n. 3762 in *Il Consiglio di Stato*, 2005, n. 7-8, 1194.

²⁰⁹ Commissione UE, Libro verde sui PPP, *cit.*

²¹⁰ Corte di Giustizia, 15 maggio 2003, C-214/00 in *www.curia.eu.int*.

²¹¹ V. in tal senso, Corte di Giustizia CE, sentenza 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes, *cit.*, punto 11.

pubblica, nell'affidamento di contratti di lavori, servizi e forniture²¹².

Per quanto concerne le modalità di affidamento del servizio da parte dell'ente locale alla società mista, le fonti comunitarie ribadiscono costantemente che la prestazione esterna di un servizio di interesse pubblico generale comporta per l'autorità aggiudicatrice la necessità di assegnare il contratto sulla base di procedure di gara, salva l'ipotesi in cui ricorra la figura dell'*in house providing*²¹³.

La Corte di Giustizia, sin da pronunce risalenti, afferma l'illegittimità di disposizioni, normative o amministrative, che riservino la titolarità di contratti pubblici a società a prevalente o totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta, affermandone la contrarietà al principio della parità di trattamento degli operatori economici²¹⁴.

In ambito interno, può registrarsi un'evoluzione del pensiero giurisprudenziale sul punto, riscontrandosi un primo orientamento incline ad escludere la necessità di un'apposita gara per l'affidamento in concessione del servizio alla società mista che tuttavia appare superato dalle statuizioni secondo cui la costituzione di una società mista, anche con scelta del socio a seguito di gara, non esima dalla effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio, in coerenza ai dettami comunitari della concorrenza e della portata restrittiva delle deroghe apportabili alla stessa²¹⁵.

Infatti, i più recenti arresti giurisprudenziali sul punto ritengono che l'affidamento diretto del servizio configurerebbe un'ingiustificata restrizione del mercato e dell'effettività della concorrenza, in contrasto con il disposto degli artt. 43 e 49 del Trattato e, sotto altro profilo, la

²¹² CARINGELLA F., *Affidamento in house*, in AA.VV., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005, 260.

²¹³ Da ultimo, Risoluzione Parlamento UE 26 ottobre 2006 su PPP, *cit.*, par. 7: il Parlamento ritiene che la prestazione esterna di un servizio di interesse pubblico generale comporta per l'autorità aggiudicatrice la necessità di assegnare il contratto sulla base di procedure di appalto pubblico.

²¹⁴ Sentenza *Dataprocessing*, *cit.*, punto 30.

²¹⁵ Consiglio di Stato, V, n. 272 del 3 febbraio 2005 in *Il Consiglio di Stato*, 2005, n. 2, 176; TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 18 aprile 2005, n.671, in www.giustizia-amministrativa.it.

procedura ad evidenza pubblica finalizzata alla scelta del socio, dal punto di vista ontologico, non sarebbe sovrapponibile a quella finalizzata all'affidamento del servizio, stante la diversità di natura e presupposti di natura tecnica, economica e finanziaria²¹⁶.

Sulla base di questo quadro generale, la Corte di Giustizia ha progressivamente specificato i criteri per i quali è considerato legittimo alla luce dell'ordinamento comunitario l'affidamento diretto di servizi pubblici, definendo in termini notevolmente restrittivi la possibilità di ricorrere a tale evenienza.

Le tappe fondamentali dell'evoluzione giurisprudenziale possono così sintetizzarsi.

Con una prima pronuncia, la Corte ha introdotto il principio - poi ripreso dal legislatore nazionale proprio con l'art. 113, comma 5, d.lgs. n. 267/2000- secondo il quale i tratti qualificanti del c.d. "affidamento in house", qualificabile nell'ordinamento interno, sia pure con qualche oscillazione interpretativa, con riferimento all'istituto della "delegazione interorganica", sono enucleabili nella sussistenza di un "controllo analogo" esercitato dall'ente sul soggetto terzo rispetto a quello esercitato sui propri servizi e sul requisito della realizzazione della parte più importante della propria attività da parte dell'affidataria con il suddetto ente²¹⁷.

Tali conclusioni sviluppavano quanto già accennato dalla medesima Corte di Giustizia negli anni immediatamente precedenti, secondo cui il rapporto di terzietà è da escludere in presenza di un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato da parte dell'ente controllante- affidatario, corrispondente, in sostanza, alla relazione di subordinazione gerarchica conosciuta in molti

²¹⁶ Consiglio di Giustizia Amministrativa regione Sicilia, 27 ottobre 2006, n. 589 in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Piemonte, II, 13 novembre 2006, n. 4164, *ivi*.

²¹⁷ Corte di Giustizia, sentenza 18 novembre 1999, in causa C-107/98, Teckal s.r.l. c. Comune Viano, in *Racc.*, 1999, I-5219, punto 51.

ordinamenti, tra cui quello italiano²¹⁸.

Tale principio generale, qualificato anche come di "influenza dominante", è stato successivamente applicato alla fattispecie della società mista, con la sentenza *Stadt-Halle*²¹⁹.

In tale occasione, la Corte ha ribadito il principio generale in forza del quale sussiste sempre l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici - o enti ad esse equiparate - di applicare le regole comunitarie che prevedono l'attribuzione di servizi mediante procedura ad evidenza pubblica, costituendo qualsiasi deroga ad esse come mera eccezione, da interpretarsi il più possibile restrittivamente.

Si è precisato che, in tal caso, la partecipazione - anche minoritaria - dell'autorità pubblica all'impresa conferitaria esclude che la prima possa esercitare su quella impresa un "controllo analogo" a quello che essa esercita sui propri servizi, per la principale ragione che qualunque investimento privato, anche minoritario, privilegia considerazioni legate a interessi privati senza necessariamente perseguire interessi pubblici.

La sussistenza di capitali privati all'interno della struttura societaria viene ritenuta, infatti, una circostanza escludente il requisito della immedesimazione organica, poiché finalizzata al perseguimento di interessi privati, in quanto tali miranti al perseguimento di obiettivi di natura differente da quelli perseguiti da un'amministrazione pubblica²²⁰. Diversamente, con la sentenza del 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, *Parking Brixen*, la Corte si è pronunciata in relazione ad un caso relativo a società a capitale interamente pubblico, detenuto dall'ente affidatario, qualificato dalla Corte stessa, però, come di "concessione di pubblico servizio".

Richiamando la valenza generale dei principi fondamentali del Trattato

²¹⁸ Corte di Giustizia, 10.11.1998, in causa C-360/96, in *Racc.*, 1998, I-6821.

²¹⁹ Corte di Giustizia CE, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*, in *Racc.* pag. I-1, punto 47.

²²⁰ Da ultimo, l'assunto viene ribadito da Corte di Giustizia CE, 18 gennaio 2007, C-220/05, in *www.curia.eu.int*.

CE, di cui agli artt. 43 e 49, la Corte ha ribadito che anche nell'ipotesi di concessione di pubblici servizi ad ente terzo rispetto all'autorità affidataria devono applicarsi i principi relativi al richiamato "controllo analogo" e alla "prevalenza dell'attività", confermando che questi due presupposti sono ormai cardini fondamentali ai fini della valutabilità della aderenza all'ordinamento comunitario - ed a quello nazionale ad esso conformato - di tutte le ipotesi di affidamento diretto, anche se a società a capitale interamente pubblico.

Di recente, La Corte di Giustizia è tornata sui medesimi principi proprio in relazione ad un caso in cui la pubblica gara per l'affidamento del servizio era stata prima bandita e poi revocata, con affidamento diretto del servizio pubblico locale di trasporto a società a capitale interamente pubblico ²²¹.

Le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza comunitaria sono parse agli occhi di una dottrina, eccessivamente penalizzanti per lo sviluppo dell'istituto dell'affidamento "in house", restringendosi eccessivamente l'ambito applicativo dell'istituto in nome della salvaguardia dei principi concorrenziali²²².

Tuttavia, se si pone mente alla ratio propria della normativa comunitaria in materia di appalti, si comprendono le ragioni alla base dell'orientamento del giudice comunitario.

Poiché, infatti, tale sistema normativo mira all'attuazione della concorrenza effettiva, indicandosi con tale termine l'eliminazione delle restrizioni all'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in relazione a fattispecie contrattuali affidate da parte delle pubbliche amministrazioni a terzi che possano rivestire un interesse per gli imprenditori intracomunitari²²³, l'obiettivo perseguito è

²²¹ Corte di Giustizia CE, 6 aprile 2006, in C-410/04, ANAV c. Comune di Bari, AMTAB, *cit.*

²²² IAIONE C., *Gli equilibri instabili dell'in house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?*, in *Giust. Civ.*, 2006, I, 13.

²²³ Direttiva 2004/18/CE, *cit.*, 2° e 10° considerando.

quello di affermare il rispetto della normativa in materia di appalti ogniqualvolta si ravvisi l'affidamento di un contratto che adempia ad una "funzione economica" in senso lato, restringendo così l'ambito applicativo di ogni possibile deroga.

L'esattezza del rilievo pare ulteriormente confermata da una recente statuizione del giudice comunitario nella quale si è ritenuto applicabile il regime normativo previsto dalle direttive in esame in relazione ad una convenzione pubblica di sistemazione urbanistica- comprendente lavori e servizi- conclusa tra due soggetti pubblici, dei quali uno costituito da una società ad economia mista a nulla rilevando che la società con la quale fosse stipulata la convenzione si fosse impegnata, a sua volta, ad esperire successive procedure di appalto di lavori in ottemperanza agli obblighi comunitari²²⁴.

²²⁴ Corte di Giustizia CE, 18 gennaio 2007, C-220/05, in *www.curia.eu.int*, punti 62-66: "Ne deriva che l'amministrazione aggiudicatrice non è esonerata dal fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva per il fatto che intende concludere l'appalto di cui trattasi con una seconda amministrazione aggiudicatrice. Tale constatazione non pregiudica, peraltro, l'obbligo di tale ultima amministrazione aggiudicatrice di applicare a sua volta le procedure di pubblicazione del bando di gara previste dalla direttiva.

63 Vero è che, in conformità alla giurisprudenza della Corte, il ricorso alla gara d'appalto non è obbligatorio per appalti conclusi tra un ente locale e un soggetto giuridicamente distinto da quest'ultimo, nell'ipotesi in cui, al contempo, l'ente locale eserciti sul soggetto in questione un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e il soggetto di cui trattasi svolga la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono.

64 Orbene, il fatto che la SEDL sia una società ad economia mista al capitale della quale partecipano fondi privati esclude che si possa ritenere che il comune di Roanne eserciti su di essa un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi. Infatti, la Corte ha dichiarato che qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente da quelli perseguiti da un'amministrazione pubblica. Quanto dichiarato dalla Corte nella sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., con riferimento agli appalti pubblici di servizi si applica anche con riferimento agli appalti pubblici di lavori.

65 Risulta dalle osservazioni del comune di Roanne oltre che da quelle del governo francese e polacco che, a loro avviso, l'effetto utile della direttiva sarebbe tuttavia salvaguardato in casi in cui, come nella fattispecie, una seconda amministrazione aggiudicatrice è tenuta a fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva per ogni appalto susseguente. Al fine di garantire una concorrenza effettiva, sarebbe irrilevante che simile procedura sia organizzata da una prima amministrazione aggiudicatrice o da una seconda.

66 Occorre ricordare, anzitutto, che la direttiva non contiene disposizioni che consentono di escludere la sua applicazione in caso di appalti pubblici di lavori affidati tra due amministrazioni aggiudicatrici, neanche supponendo che la seconda amministrazione aggiudicatrice si veda obbligata a subappaltare il valore totale dell'appalto ad imprenditori successivi e, a questo scopo, a fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalla direttiva".

L'orientamento comunitario in relazione alla tematica del ricorso alla produzione privata da parte della P.A. sembra confermato dal legislatore nazionale del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in Legge 4 agosto 2006, n. 248, noto come Decreto Bersani.

L'intervento riformatore in questione, tra i vari temi affrontati, reca, nel disposto dell'art. 13, una disciplina relativa al regime giuridico delle società partecipate dagli enti locali ed all'attività esercitata dalle stesse.

Sotto il profilo soggettivo, la norma fa espresso riferimento alle società a capitale interamente pubblico o miste, costituite o partecipate dalle pubbliche amministrazioni regionali e locali, così escludendo dal proprio ambito applicativo le amministrazioni statali.

Dal punto di vista oggettivo, il disposto dell'art. 13 pone in luce come le suddette società debbano avere ad oggetto la produzione di beni o servizi strumentali alle attività dell'ente, ovvero lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative.

Ciò posto, la norma in esame pone un triplice limite all'ambito di operatività delle strutture societarie, riducendone la capacità giuridica, con l'obiettivo di salvaguardare la concorrenza nel mercato e la parità di trattamento degli operatori economici.

In primo luogo, è prescritto che le società in esame possano operare esclusivamente con gli enti locali costituenti o partecipanti e affidanti, introducendo così una corrispondenza biunivoca tra la titolarità del capitale sociale da parte degli enti pubblici e la destinazione a loro favore delle prestazioni delle società, per evitare distorsioni della concorrenza.

In secondo luogo, è sancito il divieto per le società di acquisire partecipazioni sociali in altri enti o società, con la finalità di rendere effettivo l'obbligo di svolgere l'attività solo a favore degli enti partecipanti, evitando l'elusione di tale obbligo attraverso l'acquisizione di partecipazioni societarie.

In terzo luogo, la norma impone che le società in questione abbiano un oggetto sociale esclusivo, impedendo così il fenomeno delle società *multiutility*.

La finalità di tutela della concorrenza viene così perseguita dal legislatore interno non soltanto attraverso la limitazione del regime giuridico delle società miste dal punto di vista soggettivo della partecipazione in altri enti e della destinazione delle loro attività agli enti locali costituenti, bensì anche sotto il profilo oggettivo della attività esercitata.

L'intervento normativo, così strutturato, può considerarsi un'applicazione esemplificativa del modo in cui l'ordinamento interno possa dare una interpretazione più rigorosa al canone della parità di trattamento ed ai principi posti a tutela della concorrenza rispetto alle regole sancite dalla più recente giurisprudenza comunitaria in ordine all'istituto *in house*.

Infatti, in base alle più recenti statuizioni del giudice comunitario, è dato desumere che la normativa europea non esiga l'esclusività dell'attività svolta dalla società a favore dell'ente, richiedendo al contrario che l'attività posta in essere sia ad essi principalmente rivolta, pur ammettendo lo svolgimento di attività di carattere marginale a favore di altri soggetti.

Per inciso, va osservato come tale ultimo intervento legislativo riproponga il problema del grado di vincolatività delle regole di derivazione comunitaria e della possibilità per lo stato membro di darne un'interpretazione più restrittiva in nome di una maggiore salvaguardia della concorrenza.

Sezione III

I principi di trasparenza e pubblicità.

3.3.1. I profili generali di operatività.

I principi di trasparenza e di pubblicità assumono un rilievo centrale nella sistematica delle procedure di aggiudicazione e di affidamento dei contratti pubblici, ponendosi in stretta connessione con il rispetto dei canoni di non discriminazione e parità di trattamento e, conseguentemente con il principio generale di concorrenza.

Si è già osservato, infatti, come i principi di trasparenza e pubblicità assumano una valenza complementare rispetto al principio di non discriminazione in base alla nazionalità ed alla parità di trattamento, in quanto i primi garantiscono la parità degli offerenti sul piano formale, facendo sì che questi ultimi siano resi in anticipo edotti sulle condizioni di aggiudicazione²²⁵.

Mentre i principi di non discriminazione fondata sulla nazionalità e di parità di trattamento incidono sulla disciplina dei criteri di prequalificazione soggettiva e sulla regolamentazione dei criteri di aggiudicazione delle offerte, l'imperativo della trasparenza si traduce sul piano formale in un onere di pubblicità per le amministrazioni aggiudicatrici, la cui garanzia va preservata a partire dal bando di gara e dai capitolati d'oneri, in cui esse sono tenute a fissare i suddetti criteri ed a stabilirne in anticipo la rilevanza, fino alla fase di selezione propriamente detta, tanto nelle procedure aperte che in quelle ristrette.

In una prospettiva del tutto generale, può osservarsi che l'ambito

²²⁵ Corte di Giustizia 5 ottobre 2000 , Rep. francese c. Commissione UE C-16/98, www.curia.eu.int , punto 107, in cui si dice che: “Per quanto riguarda la questione se questa disposizione riguardi anche gli offerenti potenziali, occorre constatare che il principio di non discriminazione che vi è enunciato si applica a tutte le fasi della procedura di aggiudicazione di un appalto, e non solo a decorrere dal momento in cui un imprenditore ha presentato un'offerta”.

applicativo della trasparenza assume una portata più generale al concetto di pubblicità e tale da ricomprendere la stessa, pur costituendo il sistema della pubblicità il nucleo centrale di esplicazione dell'imperativo della trasparenza.

A quest'ultimo, infatti, come la dottrina ha avuto modo di rilevare è attribuibile una triplice valenza²²⁶.

In primo luogo, esso assume i caratteri di principio generale e programmatico che disciplina l'intera materia dei contratti pubblici, estendendosi lungo tutto l'arco di esplicazione delle procedure concorsuali o di affidamento di prestazioni da parte della P.A.

Il legislatore e la giurisprudenza, comunitari ed interni, attribuiscono a tale principio una portata trasversale, tale da estendersi a tutte le fattispecie contrattuali ricadenti nella sfera di applicazione del diritto comunitario, benché non espressamente disciplinate dalla normazione derivata.

In questo senso va osservato come l'enunciazione in termini generali di tale principio contenuta nel 2° Considerando della Direttiva 2004/18/CE e nell'art. 2 del Codice dei Contratti Pubblici consente di attribuire ad esso una base giuridica più solida, rispetto al passato.

Infatti, ferma restando nell'ordinamento nazionale la vigenza generale del principio di trasparenza come espressione delle regole contenute nella legge n. 241 del 1990, applicate alle procedure ad evidenza pubblica, nell'ordinamento comunitario tale principio è elaborato, ab origine, dalla giurisprudenza comunitaria e fatto discendere direttamente dalle norme del Trattato fino all'espresso riferimento contenuto nelle Direttive di ultima generazione.

Di recente, la portata del concetto è stata definita nei propri concreti contorni dalla Commissione UE, la quale ne ha espressamente enunciato

²²⁶ LIPARI M., *I principi di trasparenza e pubblicità*, in AA.VV., *Appalti pubblici e servizi di interesse generale*, cit., 255 e ss.

la programmaticità, la diretta derivazione dai principi di non discriminazione e parità di trattamento e la strumentalità della nozione di pubblicità adeguata rispetto agli obiettivi di apertura della concorrenza e del controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione, facendo propria l'elaborazione giurisprudenziale sul punto²²⁷.

Il secondo ambito esplicativo della trasparenza è costituito dal sistema della pubblicità, estrinsecatesi, nello specifico, nelle disposizioni relative a bandi, avvisi, e termini di presentazione delle domande e ricezione delle offerte, che possono essere vista come il risultato della trasposizione sul piano normativo della nozione di pubblicità adeguata, coniata dalla giurisprudenza comunitaria.

In terzo luogo, rilevano in chiave attuativa le disposizioni normative che attengono alle modalità di comunicazione e di interazione tra amministrazioni aggiudicatrici ed imprese, particolarmente rafforzate dalle direttive di ultima generazione e dal codice dei contratti pubblici, che introducono molteplici elementi di novità sotto il profilo delle comunicazioni tra imprese e amministrazioni aggiudicatrici, inerenti l'istituto dell'accesso agli atti delle procedure concorsuali, ed il sistema informativo a disposizione delle amministrazioni.

Non diversamente dal diritto comunitario, l'interpretazione interna del principio di trasparenza in relazione alla materia delle procedure ad evidenza pubblica mira tradizionalmente a garantire un regime di certezza giuridica e di concorrenza non falsata, a tutela della parità di

²²⁷ Commissione UE, 1° agosto 2006, 2006/C 179/02, *cit.*, par. 1.2., recante: “La CGCE ha definito un sistema di norme fondamentali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici che derivano direttamente dalle norme e dai principi del Trattato. I principi di uguaglianza di trattamento e non discriminazione sulla base della nazionalità comportano un obbligo di trasparenza che, conformemente alla giurisprudenza comunitaria, consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione”.

Nella precedente Comunicazione del 12 aprile 2000, in materia di regime applicabile alle concessioni, infatti, la Commissione UE si è limitata ad affermare, par. 3.1.2.: “La Commissione ricorda che la Corte, nella sua giurisprudenza, ha sottolineato la correlazione tra il principio della trasparenza ed il principio della parità di trattamento, di cui mira ad assicurare l'effetto utile in condizioni di concorrenza non falsate”.

trattamento dei partecipanti, discendente dall'art. 97 Cost. e dalla legge generale sul procedimento amministrativo, in connessione, tra l'altro, col disposto dell'art. 63 del r.d. 23 maggio 1924, già disciplinante l'avviso d'asta ed il suo contenuto ed i termini di pubblicazione di esso, con la finalità di rendere trasparente l'attività posta in essere dalla p.a. per addivenire alla conclusione di contratti²²⁸.

Tuttavia, al pari degli altri principi finora indagati, può rilevarsi come, l'interpretazione interna dei principi di pubblicità e di trasparenza appaia maggiormente improntata alla salvaguardia della correttezza dell'agire contrattuale dell'amministrazione che alla tutela della trasparenza dei rapporti tra questa e gli operatori economici.

In linea generale, appare a ciò funzionale il nucleo di disposizioni preposte alla tutela della trasparenza dell'agire amministrativo contenute nella legge n. 241 del 1990, la cui vigenza in relazione all'attività di diritto privato della p.a. viene oggi espressamente sancita nell'art. 2 del codice dei contratti pubblici.

In tale ambito, senza pretesa di esaustività, assume una particolare importanza l'applicazione alle procedure ad evidenza pubblica del principio generale della motivazione agli atti amministrativi e delle disposizioni in materia di diritto di accesso, disciplinati in via generale dalla legge n. 241 del 1990 e succ. mod., ed oggi rafforzati, come si avrà modo di analizzare, dalla disciplina contenuta nel Codice De Lise.

Accanto a tali istituti di carattere generale, nella sistematica dei contratti ad evidenza pubblica assume rilievo il principio della pubblicità delle operazioni inerenti alle procedure concorsuali, il cui rispetto è ritenuto dalla giurisprudenza inderogabile in ogni tipo di gara per la scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione, modulandone, tuttavia, l'operatività mediante la distinzione tra procedure di gara basate su sistemi automatici di selezione del contraente, in cui l'osservanza del

²²⁸ CARANTA R., *I contratti pubblici*, Torino, 2005, 294.

principio assume valenza generalizzata e procedure caratterizzate da un maggiore tasso di discrezionalità, in cui esso è temperato con i principi della segretezza delle offerte economiche e della separazione fisica dell'offerta economica dall'offerta tecnica e dal resto della documentazione amministrativa²²⁹.

Riservandosi di scandagliare in modo più approfondito le problematiche inerenti a tali istituti, in un'ottica di preliminare inquadramento può osservarsi che, sebbene nel sistema interno posto a tutela della trasparenza degli affidamenti poggi sulla solida elaborazione giurisprudenziale e dottrinale in materia di trasparenza amministrativa, all'ordinamento comunitario va attribuito l'indubbio pregio di aver innescato nel contesto ordinamentale interno un processo di trasformazione in materia, dato dal passaggio da un sistema di pubblicità "passivo" all'accrescimento dei momenti di interazione con l'amministrazione aggiudicatrice nel momento preliminare all'instaurazione delle procedure e nel contesto di svolgimento delle medesime.

A conferma di ciò, l'affermazione della necessità di massima divulgazione di avvisi e bandi di gara in chiave strumentale rispetto ai principi di trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa risulta acquisita nel pensiero giurisprudenziale del Giudice Amministrativo, che attribuisce a tale istituto la funzione di estendere la base partecipativa degli appalti in modo da individuare il migliore contraente possibile per la Pubblica amministrazione²³⁰.

²²⁹ Da ultimo, TAR Lazio, Sez. II-bis, 10.10.2006, n.10239 in *www.giustizia-amministrativa.it* ; TAR TOSCANA, Sez. II, 31 marzo 2006, n. 1140 in *Foro Amm., TAR*, 2006, 953.

²³⁰ Consiglio di Stato, sez. IV, 23 dicembre 2002 n. 7276 , in *Il Consiglio di Stato*, 2002, I, n. 12, 2783, nella parte in cui si dice che: "Come emerge dalla sua puntuale formulazione letterale, la norma indica una misura minima di forme obbligatorie di pubblicità che l'Amministrazione appaltante deve necessariamente porre in essere per realizzare – secondo l'insindacabile apprezzamento del legislatore – i principi di trasparenza, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, fissati dall'articolo 97 della Costituzione, che impongono la massima divulgazione degli avvisi e dei bandi di gara per

Come si vedrà, dal punto di vista comunitario, tali formalità assumono una finalità più marcatamente concorrenziale.

3.3.2. Il principio di trasparenza ed il concetto di “pubblicità adeguata” nel pensiero giurisprudenziale comunitario.

Si è già avuto modo osservare come nel quadro normativo comunitario manchi, fino alle direttive di ultima generazione, un'enunciazione generale del principio di trasparenza, che, per la prima volta, è espressamente menzionato quale principio di carattere generale nel 2° considerando della Direttiva 2004/18/CE e Direttiva 2004/17/CE, pur rinvenendosi già nelle direttive di seconda generazione il nucleo di disposizioni in tema di pubblicità dei bandi di gara, avvisi, comunicazioni e termini di presentazione delle offerte, successivamente trasfuse nei più recenti testi normativi.

Ciò fa comprendere che, al fine di comprendere il significato di tale principio, bisogna focalizzare l'indagine sull'evoluzione della giurisprudenza comunitaria, così come indicato dalla Commissione UE nelle sue più importanti comunicazioni in materia²³¹.

Un primo nucleo di interventi del giudice comunitario relativi alla portata del principio di trasparenza risale alla metà degli anni '90, quando viene affermata la portata della pubblicità come strumento di garanzia della partecipazione alle gare d'appalto da parte degli operatori intracomunitari, nel rispetto del principio di non discriminazione in base alla nazionalità²³².

In tale pronuncia, vi è già il riconoscimento della derivazione del

consentire la più ampia partecipazione dei soggetti interessati, unico strumento per l'individuazione del miglior contraente possibile.

²³¹ Cfr.: nota 179.

²³² Corte di Giustizia, 28 marzo 1996, C-318/94, *cit.*

principio di trasparenza rispetto ai principi di libertà di stabilimento, di circolazione di beni e servizi sanciti dagli artt. 43 e 49 del Trattato.

Successivamente, nella sentenza *Unitron Scandinavia A/S*, la Corte di Giustizia chiarisce come la trasparenza assuma una valenza strumentale rispetto ai principi di non discriminazione in base alla nazionalità ed al principio di parità di trattamento, come verrà poi esplicitamente affermato, con riguardo al regime giuridico delle concessioni nel diritto comunitario dalla Commissione UE nella relativa comunicazione interpretativa²³³.

La tenuta dell'obbligo di trasparenza viene quindi affermata dalla giurisprudenza comunitaria non soltanto in relazione alla fase di definizione iniziale dei criteri inseriti nel bando ma anche con riferimento all'applicazione ed all'interpretazione della normativa di gara nelle fasi successive di svolgimento della procedura²³⁴.

Con riferimento alla configurazione comunitaria dello strumento del bando di gara, la dottrina fa riferimento al concetto di "visibilità", per indicare la funzione dello stesso di garantire l'effettività della concorrenza, unitamente all'insieme di regole riguardanti gli avvisi e le comunicazioni agli offerenti come disciplinati nel contesto delle direttive unificate e nel codice dei contratti²³⁵.

Infatti, è opinione dell'interprete comunitario che tale sistema miri a consentire a coloro che aspirino alla stipulazione di un contratto con un soggetto pubblico siano resi anticipatamente edotti circa le modalità di aggiudicazione prescelte dall'amministrazione aggiudicatrice, potendo così valutare le proprie chances di ottenimento del contratto, limitando, per converso, la discrezionalità dell'amministrazione esercitata in sede di

²³³ Corte di Giustizia CE, 18 novembre 1999, C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S*, *cit.*, punto 31.

²³⁴ Conclusioni Avv. Gen. Colomer 21 novembre 2006, in www.curia.eu.int

²³⁵ LIPARI M., *Op. cit.*, 261.

valutazione delle offerte²³⁶.

Per quanto concerne la natura giuridica ed il fondamento normativo del principio di trasparenza, è con la sentenza *Teleaustria* che il giudice comunitario ne afferma espressamente la configurazione come principio di carattere generale che trova la propria base giuridica negli articoli 43 e 49 del Trattato²³⁷.

In tale pronuncia, infatti, viene sancito l'assoggettamento ai principi fondamentali in materia di appalti di fattispecie concessorie non disciplinate dalla direttive in materia di appalti, aventi ad oggetto la gestione di un servizio di telecomunicazione da parte di un'impresa, dietro ottenimento del diritto di sfruttare economicamente la relativa prestazione.

Sotto il profilo generale, da un lato, è affermata espressamente l'operatività della trasparenza in relazione a fattispecie contrattuali non disciplinate dalle direttive di settore, facendo leva sulla sua derivazione dal diritto primario, dall'altro, viene sancito l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di garantire un livello di pubblicità che risulti adeguato in relazione agli obiettivi di apertura della concorrenza e controllo dell'imparzialità delle procedure di gara.

Viene così introdotto il concetto di *pubblicità adeguata*, i cui contorni verranno chiariti dalla successiva giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Tramite la medesima operazione interpretativa, nella successiva pronuncia *Veestegard*, il giudice comunitario ha assoggettato all'osservanza dei principi comunitari le procedure di aggiudicazione

²³⁶ Conclusioni dell'Avv. Gen. Colomer, 5 giugno 2001, Cause C-285/99 e C-286/99, Lombardini S.p.a. e Mantovani S.p.a. c. ANAS, *cit.*, par. 1, punti 24-30, in particolare punto 29, dove si dice: "Affinché l'uguaglianza sia effettiva e la discriminazione rimanga realmente fuori dagli appalti pubblici, non è sufficiente porre obiettivi di partecipazione e di aggiudicazione ma occorre che la loro applicazione sia basata sulla pubblicità. Questo deve avvenire a partire dal bando di gara, passando attraverso i capitolati d'oneri e concludendosi nella fase di selezione propriamente detta, sia nelle procedure aperte che in quelle ristrette".

²³⁷ Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, C-324/98, *Teleaustria e Telefonadress*, *cit.*, punto 60.

degli appalti sotto-soglia, rilevando che, sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono, cionondimeno, tenute a rispettare i principi fondamentali del Trattato²³⁸.

La portata dirompente del principio enunciato dalla Corte di Giustizia è di immediata percezione se si pone mente alle importanti applicazioni che sono state effettuate sulla base di esso.

Si pensi alle Circolari interpretative adottate dal Dipartimento delle politiche comunitarie in materia di concessioni e appalti-sottosoglia ed agli sviluppi della giurisprudenza in ordine alle modalità di affidamento dei servizi pubblici.

Tuttavia, mentre secondo un orientamento interpretativo²³⁹ l'attribuzione alla trasparenza dei caratteri di principio discendente dal diritto primario, si tradurrebbe in una doppia valenza di esso, rispettivamente, interna, per gli appalti sopra-soglia, oggetto di espressa disciplina normativa, ed esterna od interpretativa per le fattispecie sottosoglia oppure diverse dall'appalto, come le concessioni ovvero l'affidamento di servizi non prioritari, i più recenti dati normativi consentono di affermare che sussista un concreto obbligo di osservanza del canone in esame, con riferimento a tutte le fattispecie contrattuali di cui sia parte il soggetto pubblico, inducendo così a riflettere su quale sia

²³⁸ Corte di Giustizia CE, II, 3 dicembre 2001, Bent Moustén Vestergaard Spottrup Boligselskab, *cit.*, Punti 19 e 20: “per statuire sulle questioni poste occorre rammentare preliminarmente che le direttive comunitarie che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si applicano soltanto ai contratti il cui valore supera un determinato limite previsto espressamente in ciascuna delle dette direttive. Tuttavia, il solo fatto che il legislatore comunitario abbia considerato che le procedure e rigorose previste in tali direttive non sono adeguate allorché si tratti di appalti pubblici di scarso valore non significa che questi ultimi siano esclusi dall’ambito di applicazione del diritto comunitario”. Punto 21, “ne consegue che, nonostante il fatto che un appalto di lavori non raggiunga il limite previsto nella direttiva 93/37 e non rientri nell’ambito di applicazione della direttiva stessa, la legittimità di una clausola contenuta nel capitolato d’oneri relativo a tale appalto deve essere valutata alla luce dei principi fondamentali del Trattato di cui fa parte la libera circolazione delle merci enunciata dall’art.30 del Trattato”.

²³⁹ LIPARI M., *Op. cit.*, 263.

il grado di trasparenza necessario a soddisfare il dettato normativo²⁴⁰.

Tale assunto ha ricevuto una esplicita conferma in recenti arresti dell'interprete comunitario, nei quali è ribadita l'osservanza dei principi di parità di trattamento e di trasparenza in relazione alla categoria dei contratti esclusi dall'applicazione delle direttive in materia di appalti sulla base del presupposto della loro generalità²⁴¹.

Dalla iscrizione del principio di trasparenza alla sfera del diritto primario espresso nel Trattato, discendono, infatti, due fondamentali ordini di conseguenze.

Sotto un primo profilo, ciò implica la necessità di una disciplina specifica concernente gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, per i quali si rivela insufficiente il richiamo ai principi generali, così come chiarito dal secondo considerando della Direttiva 2004/18/CE.

Sotto un secondo versante, concernente le fattispecie diverse dagli appalti soprasoglia, è rimessa alla discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici la valutazione della loro rilevanza per il mercato interno, ponendo una serie di interrogativi circa il contenuto effettivo da attribuire alla nozione di pubblicità adeguata con riferimento alla cerchia di soggetti potenzialmente interessati all'assegnazione del contratto.

In questa chiave, si coglie la strumentalità della trasparenza rispetto all'attuazione del precetto della concorrenza effettiva che induce a chiedersi quale sia il grado di trasparenza necessario a soddisfare il requisito della adeguatezza e le relative modalità di garanzia.

²⁴⁰ Da ultimo, la derivazione diretta dagli artt. 43 e 49 del trattato del principio di trasparenza viene ribadita dalla Commissione UE nella comunicazione dell'8 agosto 2006, in relazione agli appalti sotto soglia ed agli appalti di servizi di cui all'all. II B della direttiva 2004/18/CE e all. XVII della direttiva 2004/17/CE, coincidenti con i c.d. servizi non prioritari, ovvero con fattispecie contrattuali non espressamente disciplinate dal diritto comunitario.

²⁴¹ Conclusioni Avv. Gen. Colomer, 8 novembre 2006, Commissione UE contro Repubblica Italiana, C-412/04, *cit.*, punto 62, nella parte in cui si dice che: "La parità di trattamento e la trasparenza che emergono dal Trattato devono essere sempre osservate, non essendo necessario ribadirle espressamente in disposizioni di diritto derivato".

Negli arresti relativi ai casi Coname e Commissione contro Irlanda, l'interprete comunitario fornisce la chiave di lettura della nozione di pubblicità adeguata, precisandone la portata con riferimento al contenuto, al grado di osservanza ed alle possibilità di deroga del medesimo²⁴².

In linea generale, è affermato che la nozione di trasparenza vada al di là dei soli aspetti collegati alla pubblicità dei concreti procedimenti di aggiudicazione, in cui rientrano ad esempio i diversi tipi di notifiche, quali l'appello alla partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione ovvero il bando di gara e la lettera di invito.

Le direttive, infatti, conoscono anche altri obblighi di pubblicazione, che vengono fatti discendere dal diritto primario, quali quelli relativi alla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione o gli obblighi interni di registrazione, sotto forma di verbale dell'appalto o di conservazione di documenti.

In questo senso, si afferma che il principio di trasparenza costituisca un motivo conduttore per l'intero procedimento di aggiudicazione, imponente, in via generale, un modo di procedere obiettivo nel corso del procedimento di aggiudicazione.

Inoltre, viene precisato che nell'ambito del diritto primario non possa ritenersi sussistente un regime unitario applicabile indistintamente a tutte

²⁴² Corte di Giustizia, Grande Sezione, 21 luglio 2005, C-231/03, *cit.*, in massima: “Gli artt. 43 CE e 49 CE ostano, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, all'affidamento diretto da parte di un comune di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico, capitale nel quale il detto comune detiene una partecipazione dello 0,97%, qualora tale affidamento non risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente implicare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa con sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello del detto comune di avere accesso alle informazioni adeguate riguardo alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse a ottenere la detta concessione”. Di particolare importanza appaiono le conclusioni, cui si è avuto modo di fare riferimento, dell'Avv. Gen. Stix-Hackl, presentate il 12 aprile 2005 in Causa C-231/05, Consorzio Aziende Metano (Co.Na.Me.) e Comune di Cingia de' Botti e Padania Acque SpA. e le Conclusioni Avv. Gen. Stix-Hackl, presentate il 14 settembre 2006, in C-507/03 e 532/03, Commissione UE contro Irlanda, *cit.*

le fattispecie potenzialmente ricadenti in tale ambito, dovendosi operare delle distinzioni in base alle caratteristiche del singolo caso.

Ciò in quanto viene in primo luogo osservato che non possa trarsi dal diritto primario una disciplina tanto concreta quanto quella contenuta nelle direttive, dando al contempo ai partecipanti al procedimento un certo margine di libertà d'azione.

In seconda istanza, viene fatto riferimento al principio di proporzionalità, la cui generale vigenza rende necessaria una graduazione nella attuazione degli obblighi di pubblicità.

Più specificamente, nel caso Coname, concernente una fattispecie di concessione di servizio pubblico ad una società a prevalente capitale pubblico, il giudice comunitario statuisce che gli artt. 43 e 49 del Trattato ostino all'affidamento diretto di una concessione siffatta, qualora non vengano soddisfatte le condizioni di trasparenza.

Nelle relative conclusioni rassegnate dall'avvocato generale, come problema di carattere preliminare, è sollevato l'interrogativo se il rispetto del principio di trasparenza discendente dal diritto primario imponga in ogni caso l'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica e, conseguentemente, la pubblicazione di un bando di gara²⁴³.

Viene così ritenuto che, in linea di principio, gli articoli 43 e 49 impongano un obbligo di pubblicazione generalizzato, con diverse possibilità di eccezione, senza che ciò trasmodi in un abuso del margine di libertà concesso alle autorità contraenti.

Tale conclusione viene fatta altresì discendere da rilievo che una soluzione di senso contrario vieterebbe nell'ambito di applicazione del diritto primario comportamenti ammissibili nel contesto delle direttive con la conseguenza che le autorità aggiudicatrici dell'appalto o della

²⁴³ Conclusioni dell'Avv. Gen. Stix- Hackl, in C-231/05, *cit.*, punti 88-90; punto 93: "L'adeguato livello di pubblicità di una aggiudicazione concerne in primo luogo la questione se debba addirittura esserci una pubblicità".

concessione dovrebbero motivare nel caso singolo perché siano venute meno agli obblighi di trasparenza su di esse incombenti.

In seguito, vengono ipotizzati quali possano essere i mezzi di pubblicazione ed i modi atti a consentire l'attuazione della pubblicità adeguata.

Sotto il primo profilo, viene fatto riferimento all'aspetto della diffusione geografica, cioè a livello locale, regionale, nazionale o europeo, tenendo conto della tipologia dei mezzi di comunicazione.

Così accanto ai classici mezzi di comunicazione a stampa, come le gazzette ufficiali, i quotidiani o le pubblicazioni specializzate dei singoli settori economici, sono da tenere presenti anche forme di comunicazione elettroniche.

Per quanto concerne le modalità di pubblicazione, sia le conclusioni dell'Avvocato Generale che la sentenza del giudice comunitario hanno statuito che non sia necessario il ricorso alla pubblicazione di un bando di gara, fermo restando l'obbligo di consentire alle imprese situate in altri stati membri di accedere in condizioni di parità con gli altri operatori economici, alle informazioni necessarie all'aggiudicazione del contratto, prima della relativa attribuzione.

In linea generale, come criterio orientativo, viene fatto riferimento all'indicazione di tante informazioni quante siano necessarie alle imprese per decidere della partecipazione al procedimento di aggiudicazione o del deposito di un'offerta, senza che ciò si traduca nell'obbligo di osservare le formalità prescritte dalle direttive di settore, con evidente lesione dei canoni del non aggravamento del procedimento e della proporzionalità²⁴⁴.

²⁴⁴ Conclusioni dell'Avv. Gen. Stix- Hackl, in C-231/05, *cit.*, punto 94: "Tuttavia dalle libertà fondamentali non è possibile in alcun modo ricavare dettagli così numerosi e validi per un complesso di fattispecie, che possano poi nel loro insieme produrre modelli per i bandi di gara previsti nelle direttive. Anche con riferimento al contenuto minimo del bando di gara vale pertanto come principio quanto segue: le libertà fondamentali non obbligano in tutti i casi a fornire quelle indicazioni che prescrivono i modelli di bandi di gara ai sensi del diritto derivato".

Successivamente, l'interprete comunitario suggerisce una serie di criteri relativi alle caratteristiche della concreta aggiudicazione del contratto in base ai quali parametrare la latitudine della trasparenza.

Come criteri guida, è mantenuto fermo il rispetto dei principi di proporzionalità, parità di trattamento e riesame, trasfusi sul piano interno ed integrati con il canone generale della ragionevolezza²⁴⁵.

Sul piano operativo, vengono indicati, quali criteri orientativi, fattori consistenti nell'oggetto dell'appalto o nel valore economico stimato dell'aggiudicazione.

In questo modo, l'amministrazione aggiudicatrice e il giudice nazionale dovrebbero essere messi in condizione di poter stabilire se una determinata aggiudicazione possa essere più importante di un'altra per per gli operatori economici situati in altri stati membri.

Tali elementi, infatti, nella maggior parte dei casi si rivelano decisivi per l'esercizio delle libertà di circolazione di beni e servizi e di stabilimento, incidendo sul carattere transnazionale della fattispecie contrattuale.

Diversamente, nel caso Commissione UE contro Irlanda, viene la necessità di rispettare gli obblighi di trasparenza in relazione all'affidamento di un servizio non prioritario, costituito dal servizio di trasporto ambulatoriale d'urgenza.

In tale arresto, l'interprete comunitario prende in considerazione il regime delle deroghe e delle cause giustificative che rendono possibile la sottrazione all'obbligo di trasparenza, sulla base delle disposizioni del

²⁴⁵ Conclusioni Avv. Gen., Stix- Hackl, presentate il 14 settembre 2006, in C- 532/03, Commissione UE contro Irlanda, *cit.*, par. 2, punti 71-85, in particolare si veda punto 73: “da una lato possono fungere da guida il principio che sancisce la necessità di un riesame, il principio di proporzionalità e di parità di trattamento. Dall'altro, vanno prese in considerazione le finalità di tutte le normative comunitarie sugli appalti come la garanzia della concorrenza e del mercato interno, nonché l'effet util delle disposizioni di diritto primario”. Punto 74: “Il contenuto dell'obbligo di trasparenza in ciascun caso dipende da diversi fattori, quali l'oggetto dell'appalto – quindi se si tratti di prestazioni di servizi, forniture di beni o lavori o il valore stimato nell'aggiudicazione”.

Trattato.

In linea generale, viene fatto riferimento al criterio della rilevanza contrattuale per il mercato interno, rimettendo all'amministrazione l'analisi degli effetti che l'aggiudicazione produrrebbe sull'esercizio delle libertà di circolazione di beni e servizi e di stabilimento.

Per quanto concerne le cause derogatorie discendenti dal Trattato, vengono presi in considerazione gli artt. 296 e 297, che, in nome della tutela dell'ordine pubblico, della sicurezza e della sanità, giustificano l'inosservanza dei principi in materia di gare.

Di recente, la portata dei motivi imperativi di carattere generale connessi alla tutela della salute e della sicurezza pubblica è stata definita dall'interprete comunitario, il quale ha stabilito che la tutela della salute pubblica costituisca un'esigenza imperativa giustificante una limitazione dell'esercizio delle libertà economiche sancite dagli artt. 43 e 49 del Trattato, indicando quale strumento di contemperamento tra le due istanze il canone generale della proporzionalità²⁴⁶.

Altra causa giustificativa è ravvisata negli artt. 45 e 55 del Trattato che pongono una deroga fondamentale all'esercizio della libertà di stabilimento, in relazione ad attività che partecipino dell'esercizio dei pubblici poteri, qualora vengano ravvisati i presupposti stabiliti dalla giurisprudenza per l'operatività della deroga in esame.

In tali ultime statuizioni, dunque, il giudice comunitario definisce il ruolo degli stati membri e delle amministrazioni aggiudicatrici nella attuazione degli obblighi di pubblicità in relazione alle fattispecie non espressamente disciplinate dalle direttive di settore.

A ciò si aggiunga che il Parlamento UE, intervenuto di recente sul punto, ha espressamente affermato che l'incremento delle garanzie di pubblicità in relazione a fattispecie non rientranti nella sfera applicativa del diritto comunitario costituisce un ambito di intervento esclusivo degli

²⁴⁶ Conclusioni Avv. Gen. Colomer, 21 novembre 2006, *cit.*, punti 108 e 118.

stati membri, nel quale la disciplina comunitaria non incide se non attraverso la fissazione dei principi fondamentali, in concomitanza peraltro con la natura giuridica della direttiva discendente dall'art. 249 del Trattato CE.

Ciò induce ad analizzare in modo particolarmente attento i tratti fondamentali del sistema di pubblicità congegnato dalle Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, a cui è stata data attuazione mediante il codice dei contratti pubblici, dando particolare risalto agli istituti che maggiormente valorizzano il ruolo attivo dell'amministrazione aggiudicatrice.

3.3.3. Il sistema di pubblicità alla luce delle Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE e del codice dei contratti pubblici.

Dal principio di trasparenza discende il nucleo di disposizioni contenute nelle direttive di ultima generazione e nel codice dei contratti avente ad oggetto il sistema di pubblicità, ed, oltre ad esso, gli istituti di comunicazione successiva all'aggiudicazione, di pubblicità interna alle procedure di aggiudicazione ed esterna, in reazione ai rapporti con le imprese.

Dall'analisi delle fonti comunitarie, infatti, si desume che il principio di trasparenza costituisca un motivo conduttore dell'intera procedura di aggiudicazione, costituendo piuttosto un modo generale di procedere delle autorità contraenti²⁴⁷.

Focalizzando l'attenzione sulle disposizioni del codice dei contratti pubblici, in primo luogo vi è un richiamo in termini generali al principio di trasparenza nell'art. 2 del Codice, rispettivamente con riferimento al canone di derivazione comunitaria ed alle disposizioni contenute nella legge n. 241 del 1990 e succ. mod. cui si affiancano l'art. 27 e l'art. 20, comma 3°, che estendono ai settori esclusi ed alle concessioni di servizi il

²⁴⁷ Conclusioni dell'Avv. Gen. Stix- Hackl, in C-231/05, *cit.*, punto 89: "Si deve anzitutto chiarire che la trasparenza ai sensi delle direttive va al di là dei soli aspetti collegati alla pubblicità dei procedimenti concreti di aggiudicazione, in cui rientrano ad esempio i diversi tipi di notifiche, come l'appello alla partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione o come il bando di gara, cioè l'invito a presentare offerte. Le direttive conoscono oltre a ciò anche altri obblighi di pubblicazione, come ad esempio quelli relativi alla comunicazione dell'avvenuta concessione. Le direttive prevedono inoltre obblighi interni di registrazione, come ad esempio sotto forma di verbale dell'appalto o mediante la conservazione di determinati documenti..È possibile far risalire questi obblighi anche al diritto primario. Punto 90: Il principio di trasparenza costituisce piuttosto, inoltre, un motivo conduttore per l'intero procedimento di aggiudicazione. Ad esso appartengono parimenti ad esempio l'eseguibilità delle decisioni delle autorità aggiudicatrici degli appalti e in generale un modo di procedere obiettivo nel corso del procedimento di aggiudicazione".

rispetto dei principi desumibili dal Trattato, ivi comprese la trasparenza e la pubblicità adeguata.

Altro riferimento in via generale al principio viene effettuato in relazione alla disciplina degli appalti sotto-soglia dall'art. 121 del Codice.

Ad avviso dello scrivente, particolare rilievo assume la norma contenuta nell'art. 5 del codice che demanda alla fonte regolamentare l'adozione delle disposizioni attuative e di esecuzione del codice, tra cui, in base al disposto del comma 5, lett. e), la disciplina delle forme di pubblicità e di conoscibilità degli atti procedurali nonché le procedure di accesso agli atti, a dimostrazione dell'intento legislativo di dettare una apposita disciplina in relazione alle forme applicative della trasparenza.

Sotto il profilo della disciplina concreta vanno analizzate, in primo luogo, le disposizioni del Codice che recepiscono il Capo VI della Direttiva 2004/18/CE, che si estrinsecano nell'obbligo di preinformazione, nel contenuto dei bandi di gara e nell'obbligo di postinformazione aventi ad oggetto le informazioni relative ai contratti pubblici che le amministrazioni sono tenute a rendere oggetto di divulgazione generalizzata, vietandosi forme di comunicazione di carattere individuale.

In secondo luogo, verranno scandagliate le principali disposizioni che, con portata notevolmente innovativa, disciplinano le forme di comunicazione tra pubblica amministrazione ed imprese, introducendo un nucleo di strumenti ed adempimenti procedurali essenziali ad accrescere la conoscibilità da parte degli operatori economici dell'agire contrattuale della p.a. e la possibilità concreta di presentazione delle candidature.

3.3.4. L'obbligo di preinformazione.

Per quanto concerne l'avviso di preinformazione, l'art. 63 del codice, recependo l'art. 35, par. 1, della Direttiva 2004/18/CE sancisce l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di pubblicare, successivamente all'avvio dell'esercizio di bilancio, un avviso contenente l'importo complessivo degli appalti o degli accordi-quadro di forniture e servizi che intendono aggiudicare nei dodici mesi successivi e, per quanto concerne i lavori, le caratteristiche essenziali dei contratti e degli accordi-quadro che essi intendono espletare, con l'indicazione delle relative soglie.

Una disposizione di medesimo tenore viene adottata ex art. 223 per i settori esclusi.

Per quanto riguarda le modalità di pubblicazione, è stabilito che essa debba avvenire mediante l'invio alla Commissione UE dell'avviso di preinformazione ovvero mediante la pubblicazione dello stesso su siti informatici relativi al c.d. "profilo del committente".

Si noti come, nell'ambito delle garanzie di pubblicità e trasparenza, venga valorizzato in modo particolare l'utilizzo degli strumenti informatici da parte della amministrazione aggiudicatrice, che, come precisato nel 35° considerando della Direttiva 2004/18/CE rappresentano un notevole strumento di semplificazione nei rapporti tra amministrazione ed imprese, consentendo di accrescere la trasparenza e l'efficacia delle procedure di aggiudicazione.

A tale ratio va ricollegato altresì il disposto dell'art. 66, comma 7°, che in un'ottica di lungo periodo, prevede la progressiva sostituzione del mezzo cartaceo come strumento di comunicazione nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica.

Per quanto concerne l'ambito applicativo dell'avviso di preinformazione, il codice ne estende la portata in via generale a tutte le

fattispecie contrattuali oggetto di disciplina normativa²⁴⁸, salvo gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria per i quali l'art. 238, comma 2°, del Codice sancisce il carattere facoltativo dell'avviso di preinformazione, estendendo tuttavia a tale ambito l'obbligo di pubblicazione dei risultati della procedura di aggiudicazione sul profilo informatico del committente e sui siti informatici istituiti presso l'Osservatorio sui contratti pubblici ed il Ministero delle Infrastrutture e Trasporti.

In linea generale, può osservarsi che mediante l'avviso di preinformazione viene soddisfatto un duplice obbligo di pubblicità, rispettivamente di carattere comunitario e di carattere nazionale, sulla scorta di quanto previsto dagli artt. 36 e 37 della Direttiva 2004/18/CE, facoltizzando al contempo le amministrazioni aggiudicatrici a seguire tali forme di pubblicità anche per fattispecie contrattuali non soggette all'obbligo di pubblicità ai sensi delle direttive.

Nella dimensione comunitaria, l'onere di pubblicità viene soddisfatto mediante l'invio delle informazioni relative alle gare alla Commissione UE, alla quale va altresì rivolto l'avviso di pubblicazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sul proprio profilo committente.

Per quanto concerne la pubblicità in ambito nazionale, a differenza delle direttive di seconda generazione nelle quali si stabiliva il divieto di pubblicazione di avvisi e bandi nella Gazzetta Ufficiale prima della loro trasmissione alla Commissione, la recente direttiva estende tale divieto a qualsiasi forma di pubblicazione in ambito nazionale prima dell'invio alla Commissione UE²⁴⁹.

Dal punto di vista ricostruttivo, è importante sottolineare il peso che l'avviso di preinformazione acquisisce come strumento di attuazione

²⁴⁸ Tale obbligo viene esteso: agli appalti, agli accordi quadro, alle procedure negoziate con e senza bando di gara, ai sistemi dinamici di acquisizione ed al dialogo competitivo.

²⁴⁹ Codice art. 66, comma 6; per una analisi puntuale delle novità contenute nel Codice dei Contratti in materia di pubblicità, si rinvia a DE NICTOLIS R., *Il nuovo Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2006, 115 e ss.

dell'imperativo della trasparenza.

In questo senso, può dirsi che se il dettato normativo attuale verrà correttamente rispettato dalle amministrazioni in sede applicativa, l'avviso di preinformazione potrà giocare un ruolo decisivo nello sviluppo della concorrenza potenziale e nell'apertura del mercato, unitamente all'osservanza degli altri principi fondamentali.

Infatti, già anteriormente all'entrata in vigore del Codice De Lise, l'inosservanza della formalità in esame, prevista dall'art. 80 del D.P.R. n. 554 del 1999 in materia di lavori pubblici, era stata interpretata dalla giurisprudenza amministrativa non come mero vizio procedimentale di carattere formale ma come prerequisito sostanziale preposto a garanzia della trasparenza e concorrenzialità degli affidamenti, da osservarsi da parte delle amministrazioni aggiudicatrici²⁵⁰.

Essa viene definita, in altri termini, come una misura minima di pubblicità, che assume carattere preliminare rispetto alla pubblicazione del bando di gara e delle lettere d'invito, che le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a rispettare per non porsi in contrasto con i dettami provenienti dal diritto comunitario²⁵¹.

²⁵⁰ Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 23 dicembre 2002 n. 7276, *cit.*, su cui DE NICTOLIS R., *Bandi, avvisi, termini e comunicazioni*, in AA.VV., *Il nuovo diritto europeo degli appalti pubblici*, *cit.*, 494, la quale rileva che la giurisprudenza ha sancito che la formalità pubblicitaria dell'invio alla Commissione UE non costituisce un vizio del procedimento di carattere formale ma attiene ad un prerequisito sostanziale a garanzia di trasparenza e concorrenzialità.

²⁵¹ Corte di Giustizia CE., Sez. I, Sentenza 10 novembre 2005 n. C. 29/04, in www.curia.eu.int, nella parte in cui si dice che: "Viola gli artt. 8, 11, n. 1, e 15, n. 2 della direttiva 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, lo Stato che affida un appalto di servizi ad una società mista a partecipazione pubblica maggioritaria senza che siano rispettate le norme di procedura e di pubblicità previste dalla citata direttiva. Infatti, qualora un'autorità aggiudicatrice sia intenzionata a concludere un contratto a titolo oneroso, riguardante servizi che rientrano nell'ambito di applicazione materiale della suddetta direttiva, con una società giuridicamente distinta da essa, nel capitale della quale detiene una partecipazione con una o più imprese private, devono essere in ogni caso applicate le procedure di appalto pubblico previste da tale direttiva. Nella specie la Corte di giustizia ha ritenuto che, essendo stato concluso un contratto relativo allo smaltimento dei rifiuti in una comunità territoriale, senza che fossero rispettate le norme di procedura e di pubblicità previste dal combinato disposto dei sopra citati articoli della direttiva 92/50/CEE, si era verificata una violazione degli obblighi che incombono allo Stato in forza di tale direttiva".

Sotto questo profilo, infatti, va osservato che tanto nell'ordinamento interno quanto in sede comunitaria, emerge un orientamento favorevole alla adozione da parte della P.A. di strumenti di carattere positivo a tutela della trasparenza, aggiuntive rispetto a quelle prescritte normativamente, incrementando così il loro ruolo propulsivo.

In tale chiave, va letto il disposto dell'art. 66, comma 15°, del Codice che consente l'adozione di forme di pubblicità facoltative, oltre quelle previste dal codice, anche in relazione a fattispecie contrattuali non soggette agli oneri di pubblicità stabiliti in sede normativa.

In linea col dettato legislativo odierno, si poneva già il pensiero della giurisprudenza in materia di interpretazione delle forme di pubblicità previste dall'articolo 80 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554²⁵², in relazione alle quali risulta affermata la sussistenza di una sfera discrezionale dell'amministrazione di procedere ad ulteriore forme di pubblicità, anche in via telematica.

Nello stesso senso, l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici ha avuto modo di pronunciarsi, in relazione alla legge quadro sui lavori pubblici, in ordine alla sussistenza, in materia di forme di pubblicità, di un obbligo da parte delle amministrazioni aggiudicatrici di adottare comportamenti positivi, ovvero misure concrete volte ad instaurare

²⁵² Dall'articolo 80 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, in materia di lavori pubblici, rubricato "Forme di pubblicità", dopo aver stabilito al secondo comma che per i lavori di importo pari o superiore al controvalore in euro di 5.000.000 D.S.P. gli avvisi e i bandi di gara devono essere inviati all'ufficio per le pubblicazioni ufficiali dell'Unione Europea, aggiunge che gli stessi devono essere altresì pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e successivamente, dopo dodici giorni dall'invio al predetto ufficio per le pubblicazioni dell'Unione Europea, per estratto anche su almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionale e almeno due a maggiore diffusione nella regione dove devono eseguirsi i lavori. Su cui Consiglio di Stato, n. 7276 del 2002, *cit.*, nella parte in cui si dice che: "Come emerge dalla sua puntuale formulazione letterale, la norma indica una misura minima di forme obbligatorie di pubblicità che l'Amministrazione appaltante deve necessariamente porre in essere per realizzare – secondo l'insindacabile apprezzamento del legislatore - i principi di trasparenza, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, fissati dall'articolo 97 della Costituzione, 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".

procedure conformi ai principi fondamentali di trasparenza e libera concorrenza sanciti dal Trattato CE²⁵³.

Come è agevole intuire, la previsione di forme di pubblicità facoltative contenuta nell'art. 66, comma 15°, del Codice dei Contratti Pubblici si assume una valenza maggiormente ampia rispetto alla previgente normativa in materia di lavori pubblici, sancendone la possibilità di utilizzo in relazione a tutte le fattispecie contrattuali, anche non rese oggetto di disciplina in sede comunitaria.

A tale ratio si ricollega, altresì, il disposto dell'art. 238 del codice che prevede in relazione agli appalti sotto-soglia la possibilità di adottare l'avviso di preinformazione e di osservare le formalità in materia di pubblicità previste per i settori ordinari.

In relazione a tale previsione, può rilevarsi un possibile elemento di criticità nella necessità di contemperare l'attuazione dell'imperativo della trasparenza in termini generali con la salvaguardia dei principi di efficacia ed economicità dell'azione amministrativa e di proporzionalità, soprattutto in relazione a fattispecie contrattuali di importo inferiore alla soglia comunitaria.

Sotto questo profilo, appare utile il riferimento a quella casistica giurisprudenziale che ha precisato i contorni della pubblicità adeguata in relazione agli affidamenti di incarichi di progettazione di importo inferiore a 100.000 euro.

L'orientamento interpretativo emergente da tali pronunce si attesta nel senso della graduazione del concetto di pubblicità adeguata per

²⁵³ Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, Deliberazione n. 18 del 21 marzo 2006, in www.autoritàcontrattipubblici.it/normativa/html, avente ad oggetto l'interpretazione dell'articolo 37bis, comma 2-bis, della Legge n. 109 del 1994, in relazione al quale viene affermato che tenore della quale: "È evidente che nei casi di concessione per i quali la concorrenza sarebbe suscettibile di esplicarsi prevalentemente a livello locale, assume maggior interesse, tra le forme di pubblicità indicate dalla norma citata, l'affissione dell'avviso presso la sede della stazione appaltante. Diversamente, nei casi di interventi economicamente rilevanti, dovrebbero essere utilizzate forme di pubblicità più consone alle specificità dell'intervento e degli operatori interessati".

consentire ad essa di raggiungere lo scopo di informare la più ampia sfera di professionisti interessati all'affidamento, seppure mediante forme semplificate in considerazione dell'entità e dell'importanza dell'incarico e del mercato di riferimento²⁵⁴.

3.3.5. Il bando di gara.

Unitamente all'avviso di preinformazione, una funzione centrale nell'attuazione dei principi di pubblicità e trasparenza è svolta dalla pubblicazione del bando di gara, che costituisce il mezzo attraverso il quale le amministrazioni rendono effettiva e conoscibile all'esterno la propria volontà di procedere all'indizione di una procedura per l'aggiudicazione di un contratto o per l'affidamento di un determinato servizio.

In via preliminare, va osservato che, nonostante la centralità di tale strumento nella garanzia della effettività della concorrenza, le disposizioni contenute nell'art. 35, par. 1, della Direttiva 2004/18/CE e nell'art. 64 del codice dei contratti pubblici non indicano gli elementi da inserire nel bando, limitandosi a stabilire il nucleo minimo di informazioni che esso deve contemplare, costituite dall'oggetto del contratto, dal sistema procedurale prescelto per l'aggiudicazione e dagli altri elementi indicati nel contesto del codice ovvero ritenuti utili dall'amministrazione aggiudicatrice.

La ratio del disposto normativo discende dalla configurazione giuridica che a tale strumento viene attribuita in sede comunitaria.

Come rilevato in sede interpretativa, pur costituendo la pubblicità

²⁵⁴ Consiglio di Stato, VI, 16 marzo 2005, n. 1095 in *Il Consiglio di Stato*, 2002, I, 93, dove si dice: “per quanto attiene all'affidamento degli incarichi di progettazione di importo inferiore a 100.000 euro, le stazioni appaltanti dovranno individuare forme di pubblicità adeguate alla rilevanza dell'affidamento, tenendo conto del contesto ambientale e di mercato nel quale operano. A titolo esemplificativo e non esaustivo può ritenersi adeguata la pubblicità effettuata attraverso la pubblicazione dell'avviso di selezione sull'albo pretorio, sul sito internet ovvero sull'albo nazionale della stazione appaltante”.

delle gare di appalto un principio chiave per l'esplicazione dei canoni fondamentali indicati dal Trattato e presiedenti la materia, ciononostante la disciplina comunitaria non reca indicazioni sul modo in cui realizzare i bandi di gara, fissando esclusivamente gli obiettivi da perseguirsi, riconducibili, come già sottolineato, alla necessità di consentire sotto il profilo formale la parità di accesso alle gare degli operatori economici rendendoli edotti circa le condizioni e le modalità di aggiudicazione dei contratti

Pertanto, viene rimessa all'autorità amministrativa ed al giudice nazionale la valutazione in ordine alla adeguatezza delle modalità di pubblicazione della gara rispetto al contratto oggetto di aggiudicazione, che deve rispettare i principi fondamentali dettati dall'ordinamento comunitario a garanzia dell'effettività della concorrenza²⁵⁵.

Ciò è dunque indice dell'intento di valorizzare la discrezionalità dell'amministrazione nella valutazione delle caratteristiche concrete dell'affidamento che devono essere inserite nel bando di gara al fine di dare la possibilità ai concorrenti di poter conoscere i contenuti della proposta contrattuale dell'amministrazione e di modulare su di essa le proprie offerte.

In questo senso, le disposizioni contenute nella Direttiva Unificata e nel Codice de Lise dettano le linee guida nell'individuazione del nucleo di requisiti minimi che il bando debba contenere per assolvere tale funzione.

Tale finalità viene realizzata mediante un incremento dell'onere di

²⁵⁵ Conclusioni Avv. Gen. Colomer, 8 novembre 2006, C-412/04, *cit.*, punto 59, dove si dice: "La pubblicità delle gare di appalto diventa un principio chiave per i principi del Trattato, che, ciononostante, non reca indicazioni sul modo in cui realizzare i bandi di gara. Al riguardo, la giurisprudenza ha lasciato carta bianca, salvo alcune indicazioni minime". Così, la sentenza Parking Brixen, *cit.*, punto 50, ha affermato che «spetta all'autorità pubblica concedente valutare, sotto il controllo delle giurisdizioni concedenti, se le modalità di gara siano adeguate alla specificità della concessione di pubblici servizi di cui si tratta», citando a sua volta i punti 61 e 62 della sentenza Teleaustria e Telefonadress, *cit.*

pubblicazione dei bandi di gara e della trasparenza degli stessi, sancendo al contempo la cogenza dell'indicazione preventiva di tutti gli elementi che concorrono a determinare la *lex specialis* di gara.

Così, in una prima ottica di indagine, le disposizioni normative in esame mirano a rendere cogente l'obbligo di pubblicizzare gli affidamenti che l'amministrazione intende effettuare mediante la predisposizione di bandi di gara, facendo discendere tale obbligo dalla sua derivazione diretta del principio di trasparenza dagli artt. 43 e 49 del Trattato e dalla applicazione generalizzata a tutte le tipologie contrattuali, indipendentemente dalla enunciazione in regole puntuali.

Infatti, una delle manifestazioni più significative del principio di trasparenza, che va riconnessa allo strumento del bando di gara, è quella di soddisfare il livello di pubblicità che si riveli adeguato a garantire l'esposizione alla concorrenza del contratto oggetto di affidamento, grazie ad una precisa individuazione delle regole concernenti la visibilità e la comprensibilità di tale strumento²⁵⁶.

La fondatezza di questo rilievo emerge, sotto un primo profilo, dalla lettura dell'art. 35, comma 2, della Direttiva 2004/18/CE laddove viene fatto riferimento alla necessità che le amministrazioni provvedano a rendere nota l'intenzione di aggiudicare un appalto mediante il bando di gara.

Nello stesso senso, gli art. 53, comma 2 e 55, comma 3, del Codice de Lise, facendo riferimento ai settori ordinari, sanciscono espressamente l'obbligo di indicazione nel bando del tipo di procedura da adottarsi e dell'oggetto contrattuale, previamente individuati nel decreto o nella delibera a contrarre.

Tali norme vengono lette, infatti, in dottrina come una espressa concretizzazione del principio di pubblicità.

Sotto diverso profilo, dall'analisi del pensiero giurisprudenziale si

²⁵⁶ Considerando 36 e 37 della Direttiva 2004/18/CE, *cit.*

evinces, come principio di portata generale, riferibile a qualsivoglia fattispecie contrattuale, l'obbligo dell'amministrazione di diffondere le informazioni necessarie per consentire alle imprese di valutare l'opportunità di presentazione di un'offerta, attribuendo al regime di pubblicità il carattere di regola fondamentale del confronto competitivo²⁵⁷.

Tale principio viene affermato tanto in relazione ai settori ordinari, con riferimento alle procedure aperte, ristrette e negoziate prevedenti la pubblicazione di un bando di gara, ivi compresi il dialogo competitivo e i sistemi dinamici di acquisizione, per i quali è prevista la pubblicazione di

²⁵⁷ In ambito comunitario le sentenze di maggiore rilievo sul punto, già analizzate, sono: Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, *Teleaustria*, in cui si è rilevato che, nel caso dei contratti esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38, «gli enti aggiudicatori che li stipulano [sono] cionondimeno tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità» (punto 60). A tenore della sentenza 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia e 3-S*, punto 31, il ricordato principio di non discriminazione, «implica un obbligo di trasparenza» che consenta all'amministrazione aggiudicatrice di assicurarne il rispetto (punto 31) e che garantisca, a tenore della prima sentenza citata, «in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione». Per tale ragione, come si è dichiarato nella sentenza 13 ottobre 2005, *Parking Brixen*, la totale mancanza di gara «non è conforme al disposto degli artt. 43 CE e 49 CE, né ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza». Sul punto si vedano altresì le pronunce della Corte di Giustizia, Sentenza 10 novembre 2005 n. C. 29/04, in *www.curia.eu.int.*, relativa ad una procedura di aggiudicazione di un appalto di servizi ad una società mista a capitale pubblico maggioritario, in cui viene affermato che: «Viola gli artt. 8, 11, n. 1, e 15, n. 2 della direttiva 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, lo Stato che affida un appalto di servizi ad una società mista a partecipazione pubblica maggioritaria senza che siano rispettate le norme di procedura e di pubblicità previste dalla citata direttiva. Infatti, qualora un'autorità aggiudicatrice sia intenzionata a concludere un contratto a titolo oneroso, riguardante servizi che rientrano nell'ambito di applicazione materiale della suddetta direttiva, con una società giuridicamente distinta da essa, nel capitale della quale detiene una partecipazione con una o più imprese private, devono essere in ogni caso applicate le procedure di appalto pubblico previste da tale direttiva. Nella specie la Corte di giustizia ha ritenuto che, essendo stato concluso un contratto relativo allo smaltimento dei rifiuti in una comunità territoriale, senza che fossero rispettate le norme di procedura e di pubblicità previste dal combinato disposto dei sopra citati articoli della direttiva 92/50/CEE, si era verificata una violazione degli obblighi che incombono allo Stato in forza di tale direttiva». Si veda inoltre, in relazione ad una fattispecie di procedura negoziata senza bando, Corte di Giustizia C.E., Sez. I - Sentenza 27 ottobre 2005 n. C. 187/04, *ivi*, in cui si dice: «Si può far ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione preliminare di un bando di gara solo nei casi tassativamente elencati all'art. 7, n. 3, della direttiva n. 93/37, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori. Viola pertanto la citata direttiva lo Stato che fa ricorso alla procedura negoziata, senza pubblicazione preliminare di un bando di gara, in assenza dei presupposti ivi previsti.»

un bando in forma semplificata, quanto in relazione ai settori esclusi, in base al disposto dell'art. 64 del Codice.

A tali fattispecie, vanno aggiunte le disposizioni contenute negli artt. 122 e 123 del codice, relative agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, in relazione ai quali viene resa facoltativa la pubblicazione dell'avviso di preinformazione e vengono espressamente sottratti, rimettendosi, come già rilevato, alla discrezionalità della stazione appaltante la scelta delle concrete modalità di divulgazione della procedura, in linea, peraltro, con la portata del principio di trasparenza in relazione agli affidamenti sottosoglia così come descritta nella citata Comunicazione Interpretativa della Commissione dell'8 agosto 2006.

In ogni caso, è importante rilevare come, in considerazione della applicazione generalizzata del principio di trasparenza, la dottrina abbia attribuito ad esso non soltanto una valenza operativa anche una portata interpretativa, come principio cardine cui fare riferimento in casi forieri di ambiguità o di incertezza²⁵⁸.

In una seconda ed ulteriore chiave di indagine, le disposizioni normative in oggetto mettono in luce una diversa dimensione della trasparenza in relazione al bando di gara, che si potrebbe definire "interna", nel senso della riferibilità al contenuto di esso ed in particolare agli elementi che la amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad esplicitare in tale fase della procedura concorsuale.

Anche tale profilo si ricollega all'esigenza di tutelare la parità di trattamento degli operatori economici consentendo a questi ultimi di poter presentare offerte contrattuali modulate sulla base di esigenze rese note da parte del soggetto pubblico e di definire il contesto di regole su cui si svilupperà il rapporto comunicativo con l'amministrazione.

Ad avviso dello scrivente, il criterio di carattere generale che il dettato normativo sembra indicare per la stesura dei bandi di gara è costituito

²⁵⁸ LIPARI M., *Op. cit.*, 263

dalla necessità di pubblicizzare attraverso il bando il maggior numero di informazioni ed elementi utili al fine di agevolare lo svolgimento della procedura.

Con questa chiave di indagine, vanno lette, in primo luogo, le disposizioni contenute nell'art 68 del Codice, avente ad oggetto le specifiche tecniche.

Il disposto normativo impone espressamente l'obbligo di definizione delle specifiche tecniche da parte della P.A. nel contesto del bando di gara e della lettera di invito o dei capitolati a loro allegati, in modo da dare la possibilità agli operatori economici di conoscere il contenuto della proposta dell'Amministrazione e di poter dimensionare le proprie offerte²⁵⁹.

Ciò costruisce palesemente una ricaduta dei principi di trasparenza e parità di trattamento che si estrinsecano sotto il duplice profilo della necessità di rendere pubbliche le specifiche tecniche attraverso lo strumento del bando o dei capitolati e, prima ancora, dell'obbligo di formulazione delle stesse in modo trasparente e non discriminatorio in modo da consentire la comprensione della normativa di gara.

Tale secondo rilievo è reso esplicito nel tenore del comma 2 dell'art. 68, che, sulla scorta dell'art. 23, comma 2 della direttiva 2004/18/CE, enuncia il principio cardine della disciplina considerata, stabilendo che le specifiche tecniche debbano consentire pari accesso agli offerenti e non debbano creare ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici della concorrenza.

²⁵⁹ Art. 68 del codice dei contratti pubblici, *cit.*, comma 1: "Le specifiche tecniche definite al punto 1 dell'allegato VIII, figurano nei documenti del contratto, quali il bando di gara, il capitolato d'onere o i documenti complementari. Ogniqualvolta sia possibile dette specifiche tecniche devono essere definite in modo da tenere conto dei criteri di accessibilità per i soggetti disabili, di una progettazione adeguata per tutti gli utenti, della tutela ambientale"; comma 2: "Le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza".

Ad avviso della dottrina, la norma citata contiene un monito ben preciso, dato dalla prescrizione del ricorso alle specifiche tecniche soltanto quando esso sia effettivamente necessario a realizzare correttamente la prestazione contrattuale, senza che essa divenga uno strumento atto a consentire una selezione atipica tra i concorrenti con finalità discriminatoria.

A tale esigenza si ricollega altresì il comma 13 della norma in esame, che sancisce il divieto per le stazioni appaltanti di menzionare nel bando prodotti di una determinata provenienza o di fare riferimento a determinati marchi o brevetti, enunciando così il principio di equivalenza delle specifiche tecniche, successivamente oggetto di specificazione, come rilevato in precedenza²⁶⁰.

In quest'ottica, in relazione agli appalti di lavori, va altresì interpretata l'imposizione normativa della previa pubblicazione nel bando della possibilità di apportare delle varianti ai progetti presentati ed i requisiti minimi che esse devono rispettare, per evitare che esse possano tradursi in un mezzo di alterazione della concorrenza.

Inoltre, un secondo gruppo di disposizioni che appaiono ricollegabili al principio di trasparenza sono gli articoli 69 e seguenti, che prevedono la previa indicazione nei bandi di gara della possibilità di fare al subappalto, della volontà di esigere particolari condizioni di esecuzione dell'appalto.

Nel primo caso è sancito un obbligo di trasparenza preventiva in capo all'amministrazione, dato dalla possibilità di vincolare l'offerente ad indicare preventivamente se svolgerà l'attività mediante ricorso al subappalto, elemento che potrebbe giocare un ruolo decisivo nella fase di esecuzione del contratto.

²⁶⁰ LIPARI M., *Op. cit.*, 276-277, il quale rileva altresì: “Una specifica tecnica non deve essere né troppo dettagliata né troppo generica, in quanto nel primo caso finirebbe per individuare gli imprenditori che producono il bene o il servizio richiesto dall'amministrazione; nel secondo caso contrasterebbe col principio di concorrenza per la ragione opposta, perché l'imprenditore non saprebbe formulare la propria scelta economica”.

Una logica analoga caratterizza l'obbligo di esternazione nel bando della imposizione di condizioni particolari di esecuzione del contratto, precisandone le modalità e mantenendo fermo il rispetto dei principi generali di affidamento dei contratti²⁶¹.

In questo senso, viene resa esplicita la possibilità di fare riferimento a considerazioni di carattere ambientale e sociale in coerenza con la valorizzazione generale di tali obiettivi da parte della politica comunitaria.

Un terzo gruppo di norme concernenti il bando di gara che vanno ricollegate all'attuazione del principio di trasparenza, è rappresentato dalle disposizioni inerenti alla regolazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, contenute nella Parte I del Codice titolo II. Capo II, Sezione V.

Sulla scorta dei principi di derivazione giurisprudenziale, dapprima il dettato normativo contenuto nell'art. 77 della Direttiva 2004/18/CE e, conseguentemente, il disposto dell'art. 83 del codice sanciscono l'obbligatoria indicazione dei parametri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, svolgendo così un importante ruolo in chiave attuativa della parità di trattamento, rendendo i partecipanti alle procedure di gara edotti sul modo in cui l'amministrazione procederà alla valutazione delle offerte²⁶².

²⁶¹D.lgs. n. 163 del 2006, art. 69. Condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito, comma 1: Le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'onori.

²⁶² D.lgs. n. 163 del 2006, art. 83, comma 4, recante: “ Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i su - criteri e i sub - pesi o i sub - punteggi. Ove la stazione appaltante non sia in grado di stabilirli tramite la propria organizzazione, provvede a nominare uno o più esperti con il decreto o la determina a contrarre, affidando ad essi l'incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno indicati nel bando di gara. La commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando”.

Tale elemento ha costituito, infatti, una delle novità più significative delle direttive unificate nell'ottica di attuazione della concorrenza effettiva, rendendo, come già rilevato, esplicita la necessità di indicare nel bando di gara i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di loro mediante l'attribuzione del relativo punteggio.

Si noti che, a differenza delle direttive di seconda generazione in cui veniva resa cogente soltanto la indicazione dei criteri in ordine di importanza decrescente, la normativa attuale appare caratterizzata dalla permanenza di tale criterio esclusivamente in chiave residuale, qualora l'amministrazione non possa rispettare i criteri precedenti per ragioni dimostrabili che vanno esplicitate nella motivazione del provvedimento, ovvero nei casi di ricorso al dialogo competitivo, in cui non, per ragioni intrinseche all'utilizzo di tale figura, non è possibile conoscere anticipatamente i parametri di valutazione delle offerte.

Il dettato normativo denota in questo senso una precisa volontà legislativa tesa all'accrescimento della trasparenza che appare, per certi versi, maggiormente rafforzata anche rispetto alle disposizioni di ascendenza comunitaria.

Si pensi alla prescrizione del Codice De Lise che stabilisce la fissazione in sede di bando dei criteri di specificazione delle offerte da parte della Commissione di gara, in conformità col disposto normativo previsto dall'art. 90 del D.P.R. n. 554 del 1999, al fine di arginare la sfera di potere discrezionale di cui risulta titolare la Commissione.

Tale osservazione fornisce un utile spunto per rilevare come l'ordinamento interno, indipendentemente dall'innesto delle regole di derivazione comunitaria, appaia già di per sé caratterizzato da una solida elaborazione dottrinale e giurisprudenziale concernente l'applicazione della trasparenza alle gare d'appalto, mutuata, in parte dall'elaborazione formatasi nella tradizione applicativa della legge n. 241 del 1990 ed in

parte dalle norme di carattere speciale in materia di contratti pubblici, la cui valenza non appare revocata in dubbio dall'ultimo intervento normativo in materia che, da un lato, rende esplicito il richiamo alla legge generale sul procedimento amministrativo, mediante il disposto dell'art. 2, e, dall'altro, non si discosta, in molteplici aspetti di regolazione, dai previgenti testi di disciplina della materia.

Ferma restando, dunque, l'applicazione di tale nucleo dispositivo, l'attenzione va concentrata su quegli aspetti di disciplina del bando di gara ricollegabili alla trasparenza che appaiono arricchiti o approfonditi grazie alle regole di ascendenza comunitaria e sul valore aggiunto che esse apportano sotto il profilo dell'attuazione e della tutela del principio in esame.

Ad avviso dello scrivente i profili che appaiono maggiormente in evoluzione per effetto dell'innesto della regola di derivazione comunitaria possono riconnettersi all'incremento della certezza giuridica del bando di gara ed alla acquisizione di una maggiore "visibilità", derivante dall'ampliamento del nucleo di informazioni che esso deve contenere nell'ottica di fornire un quadro conoscitivo adeguato delle esigenze dell'amministrazione procedente nei confronti degli operatori economici²⁶³.

L'accrescimento delle potenzialità del bando come strumento di diffusione del nucleo di informazioni centrali per l'espletamento della gara induce a riflettere sulla funzione da attribuire ad esso nel contesto normativo attuale.

Sembra opportuno, in altri termini, comprendere se sia ancora attuale la configurazione giuridica del bando di gara come *lex specialis*, ossia come complesso di disposizioni di stretta interpretazione, nei confronti delle quali l'amministrazione si autovincoli, con tutte le conseguenze derivanti

²⁶³ Sul concetto di "visibilità" del bando di gara, si vedano i 36 e 37 considerando della Direttiva 2004/18/CE, *cit.*

in termini applicativi da tale interpretazione, oppure se debba accedersi alla configurazione giuridica del bando di gara come avviso ad offerendum, cioè come atto che l'amministrazione rivolge alla platea degli offerenti, indicando gli estremi della propria proposta contrattuale senza trasmodare in un eccessivo formalismo delle disposizioni in esso contenute.

In ogni caso, pur nell'impossibilità di prendere posizione sulla questione, può sicuramente rilevarsi che l'interpretazione giurisprudenziale più recente appaia caratterizzata da una progressiva valorizzazione dei canoni di proporzionalità, ragionevolezza e trasparenza nella lettura delle disposizioni contenute nel bando.

Appare quindi plausibile affermare che, dalla combinazione dell'utilizzo di tali principi generali con una corretta lettura delle disposizioni contenute nel codice, si possa accedere ad un'interpretazione del bando di gara improntata ad una lettura sostanziale più aderente al dettato comunitario in materia.

Sotto altro profilo, dall'interpretazione del dettato normativo comunitario ed interno e dall'indagine del pensiero giurisprudenziale, sembra potersi desumere che l'attuazione del principio di trasparenza non passa esclusivamente per il canale della pubblicazione dei bandi di gara, rilevandosi una dimensione più generale del principio, la cui latitudine applicativa si estende anche a fattispecie per le quali non operano le norme di pubblicità previste dalle direttive di settore.

Da un lato, quindi, nei casi in cui sia normativamente previsto, il rispetto della trasparenza si traduce nella necessità di espletamento di procedure di carattere competitivo, precedute dalla pubblicazione di bandi di gara, mentre, in relazione alle fattispecie non oggetto di specifica disciplina normativa o non prevedenti la pubblicazione di bandi di gara, la disciplina normativa si preoccupa di salvaguardare tale obiettivo attraverso l'utilizzo di strumenti che permettano di rendere edotti gli

operatori economici circa le concrete modalità di affidamento²⁶⁴.

Sotto questo profilo di indagine assume un'importanza fondamentale, l'istituto della motivazione degli atti amministrativi, che costituisce uno strumento di garanzia della trasparenza già ampiamente utilizzato dalla giurisprudenza amministrativa in materia di contratti pubblici e può essere letto come utile grimaldello per coniugare le istanze di tutela della trasparenza presenti in ambito interno con l'approccio comunitario.

Infatti, ferma restando, la vigenza nell'ordinamento comunitario di tale principio in chiave generale²⁶⁵, soprattutto in funzione strumentale all'esercizio della tutela giurisdizionale da parte dei singoli, le direttive di ultima generazione in materia di appalti pubblici mettono in luce un ampio riferimento al principio della motivazione, soprattutto in relazione alle cause di esclusione dei partecipanti alle procedure di gara, all'utilizzo delle clausole di equivalenza per la dimostrazione del possesso dei requisiti soggettivi dei partecipanti e delle caratteristiche oggettive delle prestazioni fornite e con riferimento alla disciplina di procedere di scelta del contraente connotate da maggiore flessibilità.

Se quindi, in prospettiva generale, l'istituto permette di percepire l'iter logico e giuridico che ha condotta l'amministrazione all'adozione di un determinato atto²⁶⁶, nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica assolve l'ulteriore funzione di argomentare la discrezionalità amministrativa profusa nelle singole fasi di svolgimento delle procedure

²⁶⁴ Sul punto, Corte di Giustizia, 21 luglio 2005, Coname, *cit.*, punto 21, in relazione all'affidamento di una concessione di servizi indica che la trasparenza non comporta necessariamente «un obbligo di fare ricorso ad una gara».

²⁶⁵ Corte di Giustizia CE, 25 febbraio 2003, C-401/02, punto 93 in *www.curia.eu.int*, nella parte in cui si dice che: "ai sensi dell'art. 253 del Trattato, la motivazione deve indicare in modo chiaro ed inequivoco, l'iter logico seguito dall'autore dell'atto in modo, da una parte, da consentire agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato ai fini della tutela dei loro diritti e dall'altro, da consentire al giudice di esercitare il controllo su di esso".

²⁶⁶ In generale, sull'obbligo di motivazione, CERULLI IRELLI V., *Principi del diritto amministrativo*, Torino, 2000, 19.

di affidamento dei contratti²⁶⁷.

Si pensi, in via esemplificativa, alla tematica delle cause di esclusione soggettive dei partecipanti alle procedure di gara, a proposito della quale la giurisprudenza, in base ad un orientamento consolidato, sancisce la necessità del rispetto di un adeguato corredo motivazionale da cui poter desumere l'iter logico che ha portato la P.A. ad assumere tale decisione, non soltanto in relazione alle cause di esclusione previste discrezionalmente dall'amministrazione ma anche in relazione a quelle previste dalla legge.

Per quanto concerne le caratteristiche oggettive dell'offerta presentata, è dato un particolare risalto al rispetto dell'onere motivazionale ad opera delle disposizioni normative concernenti le specifiche tecniche per le quali è previsto un onere di motivazione particolarmente rafforzato per l'ipotesi di esclusione dell'offerta per mancanza di equivalenza dei prodotti in essa indicati.

Tale principio riceve oggi un'espressa codificazione tramite il disposto dell'art. 79, comma 2, lett. b), che obbliga l'amministrazione a comunicare agli offerenti i motivi del rigetto della propria offerta e, ex art. 68, comma 4, i motivi che sorreggono la decisione di non equivalenza.

In relazione alle procedure di scelta del contraente, una particolare attenzione all'utilizzo di una motivazione adeguata si riscontra sia nella disciplina delle procedure negoziate senza bando, ex art. 57, comma 1, sia in relazione al dialogo competitivo, ex art. 58, comma 3, trattandosi di ambiti in cui la scelta del contraente presenta un maggiore di flessibilità.

²⁶⁷ Si veda, ad esempio, la giurisprudenza in materia di affidamento di incarichi di progettazione inferiore a 100.000 euro, TAR Campania, Napoli, II, 24 marzo 2005, n.2531, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nella parte in cui si dice che: "La necessità di un corredo motivazionale nella scelta dell'affidatario, oltre a risultare in maniera chiara dalla lettera della legge, è stata affermata dalla giurisprudenza amministrativa in maniera inequivocabile, precisando che l'amministrazione deve motivare dando conto delle ragioni della preferenza accordata in relazione agli indici di esperienza e specifica capacità professionale del professionista prescelto, desunta da dati obiettivi.

E' interessante notare come sia in relazione alle procedure negoziate senza bando sia in relazione alla tematica degli affidamenti degli incarichi di progettazione di importo inferiore a 100.000 euro- previsti dall'art. 17 della legge n. 109 del 1994 e succ. mod. e trasfusi nel contesto normativo odierno nell'art. 91, comma 2, del codice- vengano previsti gli stessi correttivi volti a regimentare la discrezionalità dell'amministrazione nella scelta del contraente e dell'affidatario, ovvero l'introduzione di un numero minimo di soggetti a cui l'amministrazione è tenuta a rivolgersi al fine di effettuare la selezione e la previsione di un criterio di rotazione e la prescrizione generale che la scelta avvenga nel rispetto dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

Tali strumenti, unitamente alla presenza di un adeguato corredo motivazionale sono stati, infatti, indicati, come si vedrà, dalla giurisprudenza e da singole amministrazioni come mezzo preposto alla garanzia della trasparenza ed alla imparzialità degli affidamenti.

In particolare, anteriormente all'entrata in vigore del codice, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di affermare la sussistenza di un obbligo di motivazione che "oltre ad inquadrarsi simmetricamente con il principio generale di motivazione degli atti amministrativi sancito dalla legge n. 241 del 1990, non può vertere che sulla qualità del contraente che si ritiene di prescegliere" , dovendosi dare conto delle ragioni della preferenza accordata, in base agli indici di esperienza e specifica capacità professionale desunti dal curriculum del professionista prescelto²⁶⁸.

²⁶⁸ Tar Sicilia, Palermo, Sez.I, 14 marzo 2005, n. 377, *cit.* ; Consiglio di Stato, I, 1 marzo 2003, n.1134, *cit.*, "la procedura di cui all'art. 17, comma 2, legge 11 febbraio 1994, n.109, per l'affidamento di incarichi di progettazione di importo stimato tra i 40.000 e i 200.000 euro, pur essendo connotato da un maggiore margine di speditezza e semplicità rispetto agli altri procedimenti di affidamento di servizi è pur sempre una procedura concorsuale e come tale richiede la previa fissazione dei criteri di scelta del contraente"; TAR Campania, Napoli, Sez. II, 24 marzo 2005 n. 253, in www.giustizia-amministrativa.it "La necessità di un corredo motivazionale della scelta dell'affidatario, oltre a risultare in maniera estremamente chiara dalla stessa lettera della legge, è stata affermata, in maniera inequivocabile, dalla

Dunque, in un'ottica di coniugazione dei principi interni con il corpus normativo di derivazione comunitaria, va osservato come tale istituto, unitamente al rispetto di un'adeguata e ponderata istruttoria costituisca uno strumento fondamentale attraverso cui gli operatori nazionali possono fare proprio l'approccio precipuamente sostanzialista caratterizzante la disciplina comunitaria.

La dottrina più accreditata, peraltro, sottolinea come, nell'ambito del diritto amministrativo moderno, l'accoppiata tra esercizio dell'autorità e obblighi di trasparenza e, segnatamente, di motivazione rappresentano una costante, la cui applicazione caratterizza, a ben guardare anche altri settori dell'ordinamento in cui vi è l'esigenza di controllare le modalità di esercizio del potere decisionale²⁶⁹.

giurisprudenza amministrativa, la quale ha precisato che l'Amministrazione deve motivare dando conto delle ragioni della preferenza accordata, in relazione agli indici di esperienza e specifica capacità professionale desunti dal curriculum del professionista prescelto, anche se non è richiesta una comparazione analitica e puntuale dei curriculum di tutti i partecipanti sulla base di criteri predeterminati”.

²⁶⁹ CINTIOLI F., *Op. cit.*, 230, il quale fa riferimento alla tematica delle società holding e dei rapporti societari infragruppo, per i quali l'art. 2497-ter c.c. stabilisce l'obbligo di recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi su cui la valutazione ha inciso, facendo riferimento alle decisioni relative società soggette ad attività di direzione e controllo.

3.3.6. Gli obblighi di post-informazione e le comunicazioni successive agli operatori economici.

La previsione di obblighi di post-informazione da parte delle fonti comunitarie di regolazione della materia contrattuale dei soggetti pubblici e dalle fonti interne di recepimento costituisce riprova tangibile dell'assunto, enunciato in apertura della sezione dedicata alla trasparenza, che la tutela del principio in esame non avvenga soltanto nella fase preliminare di svolgimento della procedura di gara ma costituisca una costante da salvaguardare lungo tutto l'arco di svolgimento della medesima.

Infatti, l'art. 65 del codice, in attuazione dell'art. 35, par. 4, della Direttiva 2004/18/CE, prevedendo che le stazioni appaltanti, dopo l'aggiudicazione di un contratto pubblico o la conclusione di un accordo quadro, siano tenute ad inviare un avviso alla Commissione UE, relativo ai risultati della procedura di aggiudicazione, entro quarantotto giorni dall'aggiudicazione del contratto o dalla conclusione dell'accordo quadro, rappresenta un fondamentale tassello di attuazione del principio di trasparenza, in quanto consente all'organismo comunitario di conoscere i risultati delle procedure di aggiudicazione e di consentire la verifica di conformità rispetto al diritto comunitario²⁷⁰.

²⁷⁰ D.lgs. n. 163 del 2006, art. 65, recante: *Avviso sui risultati della procedura di affidamento*, comma 1°: Le stazioni appaltanti che hanno aggiudicato un contratto pubblico o concluso un accordo quadro inviano un avviso, conforme all'allegato IX A, punto 5, relativo ai risultati della procedura di aggiudicazione, entro quarantotto giorni dall'aggiudicazione del contratto o dalla conclusione dell'accordo quadro. Comma 2°: Nel caso di accordi quadro conclusi in conformità all'articolo 59, le stazioni appaltanti sono esentate dall'invio di un avviso in merito ai risultati della procedura di aggiudicazione di ciascun appalto basato su tale accordo. Comma 3°: Le stazioni appaltanti inviano un avviso relativo al risultato dell'aggiudicazione degli appalti basati su un sistema dinamico di acquisizione entro quarantotto giorni dall'aggiudicazione di ogni appalto. Esse possono tuttavia raggruppare detti avvisi su base trimestrale. In tal caso, esse inviano gli avvisi raggruppati al più tardi quarantotto giorni dopo la fine di ogni trimestre. Comma 4°: Nel caso degli appalti pubblici di servizi elencati nell'allegato II B, le stazioni appaltanti indicano nell'avviso se acconsentono o meno alla sua pubblicazione. Comma 5°: L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene gli elementi indicati nel presente codice, le

Unitamente all'invio alla Commissione, l'art. 66, comma 7, prevede la pubblicazione degli avvisi e bandi sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici, e sul «profilo di committente» della stazione appaltante, e, non oltre due giorni lavorativi successivi, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sul sito informatico presso l'Osservatorio.

A ciò va aggiunta, successivamente alla trasmissione alla Commissione, la pubblicazione 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.

Sul punto possono effettuarsi due ordini di notazioni.

La prima di carattere pratico riguarda la constatazione dell'assenza di obblighi di post-informazione per i contratti esclusi, per i quali la Direttiva 2004/17/CE non prevede l'applicazione della disciplina contenuta nella norma in esame, differentemente dagli appalti sottosoglia per i quali l'art. 238, comma 3, prevede la pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento sul profilo di committente e sui siti informatici di cui con le modalità previste dall'art. 66²⁷¹.

La seconda, di carattere maggiormente speculativo, riguarda la dimensione in cui opera l'obbligo di post-informazione.

Può, infatti, affermarsi che esso, nell'accezione cui si è fatto riferimento, si snodi lungo un piano che potrebbe definirsi "verticale", tra le amministrazioni aggiudicatrici e l'organismo comunitario responsabile del monitoraggio circa la corretta attuazione del dettame comunitario, che può, nell'ipotesi di inosservanza, sollevare la procedura

informazioni di cui all'allegato X A, punto 5, e ogni altra informazione ritenuta utile, secondo il formato dei modelli di formulari adottati dalla Commissione.

²⁷¹ D.lgs. n. 163 del 2006, art. 238, comma 3. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, di cui all'articolo 225, è pubblicato sul profilo di committente e sui siti informatici di cui all'articolo 66, comma 7, con le modalità ivi previste.

di infrazione.

A tale dimensione degli obblighi postinformativi, vanno aggiunte le norme contenute nel codice prevedenti obblighi di comunicazione successiva in capo all'amministrazione nei confronti degli operatori economici, in particolare contenute nel disposto dell'art. 11, comma 10²⁷², a tenore del quale la stipulazione del contratto non può avvenire prima del decorso di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, e nell'art. 79²⁷³, che disciplina nello specifico le modalità di comunicazione relative a mancati inviti, esclusioni ed aggiudicazioni.

La lettura di tali disposizioni va integrata, a monte, con la previsione generale dell'art. 77, comma, in base alla quale l'amministrazione è tenuta a rendere note nel bando le modalità di comunicazione da essa adottate nello svolgimento della procedura, ferma restando l'adozione di mezzi di comunicazione di comune disponibilità, in modo da non limitare l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione.

In generale, il complesso delle disposizioni citate può ritenersi espressione, da un lato, del principio di trasparenza in una dimensione nuova rispetto alla tradizione precedente e definibile "orizzontale", nel senso dell'accrescimento degli scambi informativi tra amministrazione procedente ed operatori economici e della parità di trattamento degli

²⁷²Decreto legislativo n. 163 del 2006, *cit.*, art. 11, comma 10: Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, ai sensi dell'articolo 79, salvo motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine. La deroga di cui al periodo precedente non si applica ai contratti relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi, di cui alla parte II, titolo III, capo IV.

²⁷³ Decreto legislativo n. 163 del 2006, *cit.*, art. 79: Informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni: comma 1. Le stazioni appaltanti informano tempestivamente i candidati e gli offerenti delle decisioni prese riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto, o all'ammissione in un sistema dinamico di acquisizione, ivi compresi i motivi della decisione di non concludere un accordo quadro, ovvero di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara, ovvero di riavviare la procedura, ovvero di non attuare un sistema dinamico di acquisizione.

stessi.

Dall'altro, le disposizioni contenute nell'art. 11, comma 10, e nell'art. 79 possono ritenersi altresì espressione del principio di ascendenza comunitaria di effettività, poiché appaiono finalizzate a mettere gli imprenditori in condizione di valutare se, a seguito della esclusione dalla procedura di gara ovvero della mancata aggiudicazione ad essi, vi siano delle ragioni per poter adire l'autorità giurisdizionale.

In chiave anticipatoria, può osservarsi come tale rilievo faccia comprendere come la tutela del principio di effettività, che sarà analizzato in seguito, prenda vita a partire dalla fase sostanziale di svolgimento della procedura di gara e non vada riferito esclusivamente alla fase contenziosa, in base ad un *modus operandi* già rilevato in sede interpretativa dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Ciò dimostra inoltre come, in molti casi, all'interno di un unico dettato normativo, una medesima norma costituisca espressione di diversi principi generali di regolazione della materia.

3.3.7. La trasparenza nei rapporti tra Amministrazione ed operatori economici.

Come si è avuto modo di rilevare, accanto all'operatività del principio di trasparenza secondo i profili finora analizzati, nel contesto normativo attuale un'attenzione particolare va dedicata alla dimensione del principio relativa alla sfera di interazione tra amministrazione ed imprese partecipanti alle procedure di gara, che appare notevolmente rafforzata negli ultimi interventi normativi in materia, registrandosi un incremento di strumenti che definiscono il concetto di pubblicità in senso maggiormente relazionale rispetto alla tradizionale accezione di tale principio, caratterizzato da una lettura fondamentale improntata alla salvaguardia dell'interesse pubblico alla trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa²⁷⁴.

In prospettiva del tutto generale, si può dire che gli istituti che vengono in considerazione in questo senso si snodano lungo due fondamentali linee direttive.

L'una va ricollegata all'instaurazione di canali informativi tra le autorità amministrative di vertice – autorità ministeriali ed autorità di vigilanza sui contratti pubblici- e le amministrazioni procedenti, con la finalità di accrescere la visibilità a livello nazionale delle procedure di aggiudicazione.

Diversamente, la seconda linea guida può ricollegarsi alla previsione di istituti più strettamente concernenti il rapporto tra amministrazioni aggiudicatrici ed operatori economici, che si pongono in chiave innovativa rispetto al tradizionale modo di intendere il principio di pubblicità all'interno delle procedure ad evidenza pubblica.

Senza pretesa di esaustività, al primo nucleo di regolazione appartiene l'art. 5, comma 1, lett. e), del codice che demanda alla disciplina di rango

²⁷⁴ *Ex multis*: Consiglio di Stato, V, 16 maggio 2005, n. 1077, in www.giustizia-amministrativa.it.

regolamentare la previsione di forme di conoscibilità e pubblicità degli atti procedurali nonché le procedure di accesso a tali atti.

Inoltre, vanno letti in questa chiave le disposizioni contenute nell'art. 6, comma 5, del Codice riguardante i poteri dell'Autorità di Vigilanza in materia di contratti pubblici, alla quale viene demandato il ruolo di garante del rispetto dei principi sanciti dall'art. 2 ed in particolare della trasparenza e correttezza delle procedure di scelta del contraente, unitamente alla corretta esecuzione dei contratti ed alla salvaguardia della concorrenza.

A livello centrale, viene altresì prevista l'istituzione di un Osservatorio sui contratti pubblici, ex art. 7 del codice, al quale viene espressamente attribuita la competenza in materia di raccolta ed elaborazione dei dati informativi concernenti i contratti pubblici su tutto il territorio nazionale.

Agli occhi dello scrivente, tale organismo sembra pensato, in parte, come strumento di raccordo tra le autorità di vertice e le amministrazioni operanti a livello regionale e locale, con l'obiettivo di rendere effettiva la trasparenza dei dati concernenti le procedure di aggiudicazione e di poterne verificare la conformità con i principi generali sanciti dall'art. 2 del codice ed, in parte, come mezzo di pubblicizzazione delle procedure di gara indette sul territorio nazionale in connessione con l'esigenza di sviluppare le loro potenzialità concorrenziali nei confronti delle imprese non operanti in ambito nazionale.

Insieme a tali organismi presenti a livello sovraregionale, si segnala, nel corpus normativo codicistico, la previsione all'interno delle singole amministrazioni di sportelli informativi sui contratti pubblici che sembrano pensati come strumento di collegamento rispetto agli organismi operanti a livello centrale e come strumento di raccordo con le imprese.

Diversamente, il secondo nucleo di disposizioni ricollegabili alla dimensione relazionale della trasparenza appare costituita, ad avviso dello

scrivente, dalle norme codicistiche aventi ad oggetto le forme di comunicazione ai candidati ed agli offerenti contenute nel Titolo I, Capo II, sez. IV, e dalle disposizioni dedicate alla disciplina del diritto d'accesso in materia di atti inerenti alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici.

In primo luogo, vengono in considerazione le disposizioni relative agli scambi di comunicazioni tra amministrazioni ed operatori economici.

In particolare, va sottolineato il disposto dell'art. 77, comma 1 e 2 del codice, a tenore del quale le amministrazioni sono libere di scegliere i mezzi di comunicazione da adottarsi nello svolgimento della procedura di gara, con il duplice limite della indicazione di essi nel contesto del bando di gara e, soprattutto, della salvaguardia dell'accesso degli operatori economici alla procedura, esprimendo così la consapevolezza legislativa dello stretto collegamento sussistente tra la trasparenza ed il principio generale di concorrenza.

In questa chiave, va ricordata inoltre la previsione in via generale della possibilità di fare ricorso a strumenti elettronici purché essi siano noti a tutti i concorrenti, salvaguardando così l'esigenza di non discriminazione degli offerenti.

In secondo luogo, in una prospettiva di maggiore flessibilità delle procedure di gara, il codice disciplina espressamente lo strumento del verbale da redigersi ad opera della commissione di gara, prevedendo il nucleo di informazioni minime che devono essere inserite in esso.

Pur essendo, infatti, il verbale interpretato in sede giurisprudenziale come atto di carattere esecutivo rispetto all'atto di conclusione della procedura stessa²⁷⁵, dalla formulazione normativa utilizzata, esso sembrerebbe non coincidere o non risolversi esclusivamente nel verbale di aggiudicazione della gara, stando al disposto dell'art. 77, comma 4, ma in uno strumento di garanzia della trasparenza delle operazioni poste in

²⁷⁵ Consiglio di Stato, VI, 22 gennaio 1994, n. 6, in *Il Consiglio di Stato*, 1994, n.1, 894.

essere dalla stazione appaltante.

3.3.8. La nuova connotazione del diritto d'accesso agli atti delle procedure concorsuali in base all'art. 13 del Codice de Lise.

Nell'alveo degli istituti che attribuiscono una connotazione "dinamica" al principio di trasparenza va sicuramente annoverata la fattispecie del diritto d'accesso resa oggetto di un apposita disposizione nel codice dei contratti, contenuta nell'art. 13, che recepisce gli artt. 6 e 13 delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE.

L'odierno disposto normativo si pone come un'applicazione di carattere speciale dell'istituto rispetto alla disciplina contenuta nell'art. 22 della legge n. 241 del 1990, che va ad aggiungersi all'art. 80 del D.P.R. n. 554 del 1999 in materia di lavori pubblici.

Il pensiero giurisprudenziale appare consolidato nell'affermare che il diritto d'accesso ai documenti amministrativi, in quanto preposto a garanzia dei principi di trasparenza ed imparzialità della Pubblica Amministrazione, trovi applicazione in relazione agli atti di carattere privatistico, atteso che anch'essi risultano inquadrati nell'attività amministrativa in virtù della funzionalizzazione al perseguimento dei pubblici interessi.

In particolare, nell'ambito della contrattualistica pubblica, si ritiene che assurga a posizione qualificata per la conoscenza dei documenti relativi all'espletamento ed all'esecuzione delle gare, quella delle imprese coinvolte nella realizzazione delle prestazioni contrattuali, ivi comprese le imprese subappaltatrici, in quanto portatrici di un interesse differenziato rispetto a quello della generalità dei consociati²⁷⁶.

²⁷⁶ In generale, Consiglio di Stato, 22 aprile 1999, n. 4 in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, 946, che ha esteso la possibilità di esercizio del diritto d'accesso nei confronti dei concessionari di pubblici servizi; sul punto, si veda altresì: TAR Veneto, I, 27 aprile 2006, n.1144 in www.giusitiztia-amministrativa.it; TAR Piemonte, II, 23 febbraio 2002, n. 473, *ivi*.

Agli occhi dello scrivente, alla luce dell'ultimo intervento normativo in materia, la disciplina dell'istituto presenta alcune significative novità, la cui portata va riconnessa, sul piano dell'indagine generale, alla accresciuta importanza della salvaguardia della posizione giuridica delle imprese nel contesto di svolgimento delle pubbliche gare.

In primo luogo, infatti, rispetto alla disciplina speciale previgente, dedicata esclusivamente ai lavori pubblici, è espressamente prevista del diritto d'accesso anche ai servizi ed alle forniture, integrando così la disciplina generale dell'istituto e conferendo espressamente ad esso una valenza generalizzata in relazione a tutte le tipologie contrattuali.

In secondo luogo, altra novità significativa riguarda l'oggetto stesso del diritto d'accesso, che appare non più limitato alle informazioni relative agli operatori economici che entrano in possesso dell'amministrazione aggiudicatrice per effetto della partecipazione alla gara, ma viene esteso agli atti inerenti le procedure formati dall'amministrazione stessa che, in tale modo, vengono resi conoscibili da parte dei terzi, innalzando in modo significativo il livello di trasparenza relativo alle operazioni concorsuali.

Infatti, pur non stabilendo espressamente quali siano gli atti accessibili, il riferimento generale effettuato dall'art. 13, comma 1°, alle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti fa sì che possa farsi riferimento non soltanto agli atti endoprecedimentali ma anche agli atti esecutivi delle procedure concorsuali²⁷⁷.

²⁷⁷ D. lgs. n. 163 del 2006, art. 13, comma 1: Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni.

Comma 6. In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso. 7. Limitatamente ai contratti nei settori speciali soggetti alla disciplina della parte III, all'atto della trasmissione delle specifiche tecniche agli operatori economici interessati, della qualificazione e della

La disciplina in oggetto, nel ricalcare quella contenuta nelle direttive comunitarie di ultima generazione, si pone in chiave di superamento del tradizionale pensiero giurisprudenziale ad avviso del quale la sfera degli atti accessibili da parte dei terzi in materia di procedure ad evidenza pubblica sarebbe limitata agli atti endoprocedimentali che l'amministrazione abbia utilizzato nel corso del procedimento, con esclusione dell'atto negoziale e degli atti ad esso correlati²⁷⁸.

Fino alla fine degli anni '90, infatti, è prevalsa in giurisprudenza una tesi negativa circa la configurabilità del diritto d'accesso nei confronti degli atti inerenti alle procedure ed evidenza pubblica, opinandosi nel senso che "l'appaltatore di un'opera pubblica non può esercitare il diritto d'accesso nei confronti dei documenti relativi al collaudo, perché tale atto segue ad un contratto di appalto nel quale l'amministrazione opera come soggetto di diritto privato"²⁷⁹.

L'esigenza di tutela della trasparenza in chiave strumentale alla par condicio degli imprenditori permea il disposto contenuto dell'art. 13, comma 2°, del Codice che reca un principio importante in materia di differimento del diritto d'accesso, recependo l'art. 22 della Legge Merloni.

Viene, infatti, fatto divieto alle amministrazioni di comunicare a terzi o rendere informazioni, rispettivamente, riguardanti i soggetti che hanno presentato offerte, fino al termine di scadenza della presentazione delle offerte, e le offerte stesse, fino alla data dell'aggiudicazione.

selezione degli operatori economici e dell'affidamento dei contratti, gli enti aggiudicatori possono imporre requisiti per tutelare la riservatezza delle informazioni che trasmettono".

²⁷⁸ TAR Lazio, III-ter, Roma, 18 maggio 2006, n. 3558 in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui: "Per quanto concerne l'istanza di accesso, finalizzata all'estrazione di copia dei contratti stipulati dalla stazione appaltante con le società aggiudicatrici, è da ritenersi che l'atto negoziale sia sottratto alla disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi. Tale disciplina, infatti, a mente dell'art. 22 della legge 7 agosto 1990, n. 241, riguarda (solamente) i provvedimenti e tutti gli atti endoprocedimentali che l'Amministrazione abbia utilizzato nel corso di un determinato procedimento amministrativo.

²⁷⁹ Consiglio di Stato, V, 17 dicembre 1996, n. 1559, in *Foro It.*, 1997, III, 255.

La ratio della norma è riconnessa, da un lato, all'esigenza di valorizzare la parità di trattamento dei soggetti partecipanti alle gare, in base ad un principio già affermato dalla giurisprudenza che condiziona l'ostensibilità degli atti all'esaurimento della procedura, dall'altro, alla finalità di salvaguardare il corretto svolgimento delle operazioni di gara, in nome dei canoni di correttezza ed adeguatezza²⁸⁰.

Infine, un altro profilo di interesse riguarda il contemperamento tra l'accesso e la riservatezza che l'art. 13, comma 5, sulla scorta dell'art. 6 della Direttiva 2004/18/CE, risolve nel senso della secretazione delle informazioni riguardanti segreti tecnici o commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte, demandandone la precisa individuazione alla fonte regolamentare.

Sotto questo profilo, è importante rilevare come il disposto normativo interno, espresso nel comma 6 dell'art. 13, faccia salva la possibilità di esperire il diritto d'accesso da parte dei concorrenti qualora ciò sia finalizzato alla tutela in sede giurisdizionale delle loro posizioni giuridiche, in conformità con la salvaguardia del principio comunitario di effettività della tutela giurisdizionale.

Sotto altro versante, il dettato normativo si pone in armonia con l'orientamento giurisprudenziale che, nel bilanciamento tra gli interessi coinvolti nella richiesta di accesso e quelli insiti nella tutela dei dati personali, ricerca il punto di equilibrio nella modulazione delle modalità di accesso, a partire dalla visione fino alla estrazione di copie, e, dal

²⁸⁰ Nel senso della interpretazione del differimento del diritto d'accesso come funzionale alla tutela della parità di trattamento dei partecipanti alla gara, LIPARI M., *Op. cit.*, 273; fanno riferimento altresì alla salvaguardia della correttezza e dell'adeguato svolgimento delle operazioni della commissione di gara: TAR Lazio, Sez. III bis Roma, 24 maggio 2006 n. 3824 in *Foro Amm.*, TAR, 2006, n.5, 1732, secondo cui: "L'elaborazione giurisprudenziale è nel senso della legittimità del differimento del diritto di accesso agli atti relativi a una procedura concorsuale fino al momento dell'esaurimento di detta procedura. Tale indirizzo interpretativo trova valido supporto sia sul piano normativo (art. 24, comma 6, legge 7 agosto 1990, n. 241 e art. 7, comma 2, D.P.R. 27 giugno 1992, n. 352) che su quello dell'opportunità, in considerazione della finalità di evitare intralci allo spedito andamento delle operazioni e condizionamenti alle valutazioni della Commissione giudicatrice".

punto di vista teorico, nella applicazione dei canoni di adeguatezza e necessarietà della conoscenza dei documenti richiesti dall'interessato.

La richiesta di accesso, pur essendo finalizzata alla tutela delle ragioni dei partecipanti alla procedura in sede giurisdizionale, viene subordinata “alla dimostrazione della necessarietà ed indispensabilità dell'accesso in funzione di un potenziale contenzioso o, a maggior ragione, in relazione all'esigenza di approntare la propria difesa in una controversia in atto”²⁸¹.

Peraltro, il riferimento al bilanciamento tra le due contrapposte istanze può ritenersi operante non soltanto nelle ipotesi di accesso strumentale alla tutela giurisdizionale ma anche, in generale, come riflesso della subordinazione, ex art. 22 della Legge n. 241 del 1990, dell'esercizio del diritto alla dimostrazione della personalità, concretezza ed attualità dell'interesse.

In prospettiva di sintesi, preme sottolineare come l'istituto del diritto d'accesso, soprattutto a seguito delle rilevate modifiche apportate dal codice dei contratti pubblici, appare uno degli strumenti maggiormente in grado di dare contenuto alla rilevata dimensione “dinamica” del principio di trasparenza, valorizzando i momenti di interrelazione tra l'amministrazione aggiudicatrice e le imprese e, soprattutto, ampliando, in un'ottica di integrazione col diritto comunitario, le possibilità di tutela della parità di trattamento.

Tenendo conto di tale caratteristica, le potenzialità dell'istituto previsto dal recente intervento normativo vanno ad ampliare le modalità di esercizio dell'accesso delineate dall'art. 22 della Legge n. 241 del 1990, rispetto alla quale la legge speciale, come noto, si pone in un rapporto non di specialità ma di successione, con conseguente applicazione del principio della *lex posterior*²⁸².

²⁸¹ LIPARI M., *Op. cit.*, 270.

²⁸² MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in MAZZAROLLI E. A., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F., SCOCA G., (a cura di), *Diritto Amministrativo, cit.*, 577.

Sezione IV

Il principio di proporzionalità.

3.4.1. I tratti generali.

Nel corso della presente trattazione si è più volte fatto riferimento al canone della proporzionalità, che, unitamente ai principi già esaminati, rientra tra i canoni di esplicazione dell'attività contrattuale del soggetto pubblico, secondo quanto è dato desumere dalle fonti normative in materia e dall'analisi del pensiero giurisprudenziale.

Nel diritto comunitario, vi è un'enunciazione in termini generali del precetto nell'art. 5, par. 3, del Trattato istitutivo dell'UE, – ex art. 38, comma 3, del Trattato di Maastricht – il quale sancisce che “L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per la realizzazione degli obiettivi previsti dal Trattato”.

Esso, inoltre, è inserito tra i principi fondamentali del Trattato che istituisce la Costituzione Europea, in virtù del richiamo contenuto nell'art. 9, che menziona tale principio unitamente alla sussidiarietà, stabilendo che: “Il contenuto e la forma dell'Unione Europea non vadano al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi della Costituzione”.

La dottrina sottolinea come la valenza del principio di proporzionalità risultasse già affermata come principio ispiratore a livello europeo dei poteri discrezionali delle Pubbliche Amministrazioni appare già dal 1980, quando il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, con una raccomandazione del 1980, richiama l'attenzione su di esso, unitamente

ad altri canoni di esercizio dell'azione amministrativa²⁸³.

Per quanto concerne l'attività contrattuale del soggetto pubblico, il 2° considerando della Direttiva 2004/18/CE richiama il canone della proporzionalità, quale derivato della libertà di circolazione delle merci, dei servizi e della libertà di stabilimento, tra i principi presiedenti l'aggiudicazione degli appalti all'interno degli stati membri.

Oltre al dato positivo contenuto nella disciplina degli appalti di rilievo comunitario, il canone in esame viene pacificamente menzionato tra i principi di affidamento delle concessioni di servizi pubblici, a partire dalla Comunicazione Interpretativa delle concessioni nel diritto comunitario del 12 aprile del 2000 fino al Libro Verde della Commissione sui PPP, in cui viene espressamente affermato che “qualsiasi atto, sia contrattuale sia unilaterale, attraverso il quale un'impresa pubblica affida la prestazione di una attività economica ad un terzo deve essere esaminato alla luce delle norme e dei principi derivanti dal Trattato, in particolare in materia di libertà di circolazione dei servizi e di libertà di stabilimento. Tali principi comprendono, in particolare, la trasparenza, la parità di trattamento, la proporzionalità e il mutuo riconoscimento”²⁸⁴.

Di recente, il medesimo concetto appare ribadito nella Risoluzione del Parlamento UE del 26 ottobre 2006, nella quale viene fatto espresso riferimento al canone della proporzionalità nell'affidamento delle concessioni.

Inoltre, recenti arresti della giurisprudenza comunitaria ne sanciscono l'applicabilità come criterio orientativo in relazione a fattispecie non espressamente regolate dal diritto comunitario derivato, stante la vigenza di esso nell'ambito del diritto primario del Trattato come principio

²⁸³ GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Padova, 1998, 231.

²⁸⁴ Comunicazione 12 aprile 2000, *cit.*, par. 3.1.3; Commissione UE, Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni, COM (2004) 327, in www.europa.eu.int/comm/publicprocurement, par. 8.

generale, accanto al precetto della concorrenza²⁸⁵.

In ambito interno, l'applicazione alla materia contrattuale si rinviene dapprima nelle Circolari interpretative emanate in materia di concessioni nella quale, sulla scorta dell'elaborazione comunitaria, è sancita l'applicazione del principio con particolare riferimento, oltre agli aspetti di applicazione comuni agli appalti, in relazione alla determinazione della durata degli affidamenti e dunque in fase di esecuzione del rapporto contrattuale.

Successivamente, l'enunciazione in termini generali della proporzionalità come principio cui deve ispirarsi l'*agere* contrattuale della p.a. è contenuta nell'art. 2 del codice dei contratti pubblici, cui si affiancano, con riferimento specifico alla materia delle concessioni di servizi, l'art. 30, comma 3, ed in relazione agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, l'art. 121 che, pur non affermando espressamente l'applicazione del principio di proporzionalità in materia, effettua un richiamo generalizzato alle norme contenute nella prima parte del codice²⁸⁶.

Accanto alla disciplina di carattere speciale, va osservato come, a seguito della riforma della legge n. 241 del 1990 ad opera della legge n. 15 del 2005, il principio di proporzionalità rientri tra i canoni di esplicazione dell'esercizio dell'attività amministrativa in virtù del rinvio ai principi generali del diritto comunitario contenuto nell'art. 1 della Legge Proc. Amm.

²⁸⁵ Avv. Gen. Stix- Hackl, Conclusioni C-231/03, Coname, *cit.*, punto 85.

²⁸⁶ D.lgs. n. 163 del 2006, *cit.*, art. 30, comma 3, che espressamente prevede: “3. La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi”; art. 121, comma 1°, prevedente: “Ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi, forniture, di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, si applicano oltre alle disposizioni della parte I, della parte IV e della parte V, anche le disposizioni della parte II, in quanto non derogate dalle norme del presente titolo”.

La dottrina sottolinea sul punto, che, attraverso il filtro normativo costituito dall'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo, il rispetto dei principi comunitari è destinato a divenire un criterio guida per l'esplicazione dell'intera attività amministrativa e non soltanto delle materie interessate dalla disciplina comunitaria²⁸⁷.

In particolare, viene rilevato come il principio di proporzionalità sembri aver ispirato il legislatore nella codificazione della regola sull'uso degli strumenti paritetici e negoziali da parte della p.a., introducendo un modello di azione amministrativa maggiormente improntata al rapporto tra obiettivi e risultati²⁸⁸.

Dal punto di vista ricostruttivo, il sindacato di proporzionalità, nella tradizione comunitaria viene utilizzato come strumento di valutazione della discrezionalità amministrativa, frazionato nei tre momenti della idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto, che ne delineano così uno schema "a tre gradini"²⁸⁹.

Dal riscontro della sussistenza di tali parametri di riferimento, è consentito valutare se l'esercizio del potere amministrativo sia "giusto", sotto il profilo della idoneità ed adeguatezza, da un lato, rispetto al presupposto normativo e, dall'altro, rispetto all'obiettivo pubblico da realizzare, senza alterare l'equilibrio tra valori, interessi e situazioni giuridiche coinvolte.

L'analisi dottrinale evidenzia come si debba all'ordinamento tedesco l'elaborazione del concetto di idoneità come "possibilità in astratto di

²⁸⁷ CARINGELLA F., *Op. cit.*, II, 1462.

²⁸⁸ CORRADINO M., *I principi di garanzia quali limiti alla potestà legislativa regionale in materia di procedimento amministrativo: una chiave di lettura di diritto comunitario*, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale rileva come, nella riformata disciplina del procedimento amministrativo, il principio di proporzionalità sembri ispirare la disposizione contenuta nell'art. 1, comma 1-bis della legge proc. amm., prevedente che la Pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.

²⁸⁹ Opinione che appare consolidata in dottrina e giurisprudenza, le quali fanno unanimemente riferimento alla dottrina tedesca: GALETTA D.U., *Op. Cit.*, 73 e s., spec. 135; SANDULLI A., *Il principio di proporzionalità*, Padova, 1998; CINTIOLI F., *Op. cit.*, 389.

raggiungere favorevolmente il risultato desiderato”, utilizzato dalla giurisprudenza come criterio di valutazione ex post della attività posta in essere dall’amministrazione per stabilire se essa avrebbe potuto portato all’ottenimento dell’obiettivo prefissato.

In generale, la Corte di Giustizia afferma che una misura è conforme al principio di proporzionalità, sub specie di idoneità, quando il mezzo adoperato si riveli adeguato per il raggiungimento dell’obiettivo prefissato²⁹⁰.

Diversamente, il concetto di “necessarietà” impone all’amministrazione di utilizzare, tra più mezzi tutti ugualmente idonei al raggiungimento dell’obiettivo prefissato, quello la cui adozione implichi le minori conseguenze negative per il soggetto privato.

Questo elemento è solitamente sintetizzato come la “regola del minore sacrificio possibile” o “del mezzo più mite”.

Per quanto concerne la proporzionalità in senso stretto, essa viene riferita, nel suo originario significato, al rapporto tra l’esercizio del pubblico potere e la sfera giuridica dei singoli, il quale dovrebbe strutturarsi in modo tale che il primo non sia eccessivamente gravoso per la sfera giuridica dei secondi e non risulti per questi ultimi intollerabile²⁹¹.

La dottrina nota come l’elaborazione giurisprudenziale ancori il giudizio di proporzionalità in senso stretto “ a diversi parametri in base ai quali orientare la valutazione comparativa tra mezzo e fine”, attribuendo così ad esso il carattere di “principio aperto”, sulla base del quale viene

²⁹⁰ Ex multis: Corte di Giustizia CE, 17 dicembre 1970, Koster, C-25/70 in *Racc.*, 1970, 1161; Corte di Giustizia, 20 febbraio 1979, Cassis De Dijon, in C-120/78, *ivi*, 1979, 649.

²⁹¹ SANDULLI ALDO, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, *cit.*, 374, il quale rileva: “In sede di valutazione della adeguatezza, viene ad assumere una posizione centrale il valore sottostante ai singoli interessi compresenti, cioè l’essenza stessa degli interessi. Ciò significa che, una volta che si sia optato per lo strumento ritenuto idoneo ed una volta che si sia individuata la soluzione che comporta il minor sacrificio possibile la scelta relativa alla misura del potere potrà essere rimessa in gioco dalla ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi”.

Corte di Giustizia CE, 21 settembre 1989, Hoechst, *cit.*, nella quale il giudice comunitario ha esaminato sotto il profilo della proporzionalità in senso stretto, un regolamento comunitario relativo ai poteri di ispezione che esso riconosceva alla Commissione e che dovevano essere valutati in rapporto ai diritti delle imprese interessate che risultavano in tal modo violati.

effettuato un giudizio di bilanciamento effettivo tra gli interessi in gioco.

A riprova di ciò, viene infatti sottolineato come, in diversi ordinamenti, il principio in questione venga interpretato come punto di equilibrio tra l'attuazione del principio di legalità e l'esigenza di tutela dei diritti fondamentali²⁹².

In proposito, inoltre, è stato autorevolmente sottolineato che tale categorizzazione della proporzionalità non vada intesa in modo rigido e statico in quanto l'applicazione del principio al caso concreto consente di evidenziare una stretta combinazione degli elementi dell'idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto i cui confini non sono sempre individuabili con certezza²⁹³.

Infatti, come si avrà modo di constatare in relazione alla materia dei contratti pubblici, l'elaborazione giurisprudenziale mette in luce un utilizzo spesso disgiunto dei tre elementi, per valutare la conformità e l'adeguatezza dell'attività amministrativa di scelta del contraente rispetto alla realizzazione degli obiettivi della correttezza e della tutela della concorrenza.

Nella interpretazione comunitaria, il principio di proporzionalità viene interpretato in chiave strumentale alla realizzazione delle finalità e degli obiettivi previsti dal Trattato, rendendone possibile l'estensione non soltanto all'ordinamento di provenienza ma a tutti gli Stati membri dell'Unione Europea.

Infatti, dalla natura giuridica di principio generale del diritto comunitario deriva, secondo la dottrina maggioritaria, un'applicazione generalizzata del principio in relazione a settori che non costituiscono

²⁹²GALETTA D.U., *Op. cit.*, 14, dove si dice: “La giurisprudenza costituzionale, ne ha individuato la base giuridica di riferimento nel testo della legge fondamentale, facendo riferimento sia al principio dello Stato di diritto, contenuto nell’art. 20 GG, che all’art. 19, II, GG, e quindi all’essenza stessa dei diritti fondamentali”. L’Autore cita: BVerfG 14.12.1965, in BVerfGE, 19, 342.

²⁹³SANDULLI ALDO, *Op. cit.*, p. 96 ss., il quale precisa che: “la proporzionalità, in questo senso, rappresenta un concetto unitario ma al contempo scomponibile in tre parti in stretta connessione, quasi simbiotica tra loro”.

oggetto di disciplina comunitaria ed indipendentemente dalla sussistenza di richiami normativi, in virtù di un c.d. “effetto giuridico indotto”²⁹⁴.

Secondo il pensiero della Corte di Giustizia, la proporzionalità rientra tra i principi fondamentali del diritto comunitario cui devono ispirarsi l'azione degli organismi comunitari e le azioni intraprese dagli stati membri in attuazione degli obblighi imposti dall'Unione Europea, derivando da esso un obbligo di conformità agli indirizzi adottati a livello comunitario, pena la violazione di esso e la lesione dell'obbligo di lealtà comunitaria, imposto dall'art. 10 del Trattato UE²⁹⁵.

Per comprendere, quindi, quale sia il significato che la proporzionalità assume nell'attività di diritto privato della P.A., è bene, dapprima, capire quale ne sia la ratio all'interno dell'ordinamento comunitario.

La prima accezione appare quella di strumento di controllo degli atti adottati da parte degli organi comunitari, i quali non devono apparire manifestamente inadeguati e non necessari rispetto agli obiettivi propri

²⁹⁴ GALETTA D.U., *Op. cit.*, pag. 226: “Recentemente si è parlato di effetto giuridico indotto della normativa comunitaria con riguardo a quelle ipotesi in cui la normativa comunitaria non si occupa di disciplinare per intero una materia ma si limita a prendere in considerazione le fattispecie di interesse sopranazionale, disinteressandosi dei problemi di interesse più strettamente locale. Questa modalità di influenza sul diritto comunitario sul diritto amministrativo degli stati membri sarebbe qui conseguenza necessaria dell'applicazione del principio di uguaglianza che osta alla coesistenza di due diverse discipline, l'una nazionale e l'altra di derivazione comunitaria, all'interno della medesima materia”. CASSESE S., *Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali*, cit., 24, il quale sottolinea come in relazione ai principi generali sia ravvisabile un progressivo processo di convergenza che viene definito come “una sorta di minimo comune denominatore” tra i diritti amministrativi nazionali.

²⁹⁵ In termini generali sul principio di proporzionalità, Corte di Giustizia, sentenza, 11 luglio 1989, causa 265/87, *Schraeder & Co c. Hauptzollamt Gronau*, in *Racc.*, 1989, 2237, punto 21, dove si dice che: “Le principe de proportionnalité est reconnu par une jurisprudence constante de la Cour comme faisant partie des principes généraux du droit communautaire. En vertu de ce principe, la légalité de mesures imposant des charges financières aux opérateurs est subordonnée à la condition que ces mesures soient appropriées et nécessaires à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les charges imposées ne doivent pas être démesurées par rapport aux buts visés”. Si vedano altresì: Corte di Giustizia CE, 27 ottobre 1993, causa C-127/92, cit., pt. 27; 19 giugno 1980, cause riunite, 41/79, 121/79, 796/79, *Testa, Maggio e Vitale c. Bundesanstalt fuer Arbeit*, pt. 21, *ivi*, 1980, 1979; 17 maggio 1984, causa 15/83, *Denkavit Nederland c. Hoofoprodukschap voor Akkerbouwprodukten*, *ivi*, 1993, I-5535. GRECO G., *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl. Com.*, 1993, 85 e ss; FALCON G., *Alcune osservazioni sullo sviluppo del diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl. Com.*, 1993, 74 e ss.

dell'Unione Europea, ed in particolare, rispetto alla finalità di realizzazione del mercato interno²⁹⁶.

Tale aspetto risulta altresì esplicitato, oltre che nelle fonti di carattere primario cui si è già fatto riferimento, nella Risoluzione del Parlamento europeo del 27 settembre 2006 sul Libro bianco sui servizi di interesse generale, in cui viene richiamato il principio di proporzionalità tra i principi a cui fare riferimento nella regolazione dei servizi pubblici di interesse generale, in base al quale “l'intervento comunitario si limiti al minimo necessario per conseguire gli obiettivi del Trattato”.

In una seconda categoria di pronunce, che maggiormente interessano per l'indagine qui condotta, il canone della proporzionalità è utilizzato per valutare gli atti posti in essere all'interno degli stati membri rispetto alla attuazione ed alla garanzia delle libertà previste dal Trattato ed, in particolare, delle libertà previste dagli artt. 43 e 49 del Trattato.

Tale sindacato è riferito, sotto un primo profilo, agli atti di natura normativa adottati all'interno degli stati membri, per i quali risultano applicati i parametri della idoneità e della necessità rispetto all'obiettivo di realizzazione del mercato interno e di tutela generale della concorrenza²⁹⁷.

Sotto un secondo profilo, il giudizio di proporzionalità è appuntato sulla legittimità del potere amministrativo discrezionale, analizzandolo sotto il profilo della idoneità, necessità e della proporzionalità in senso

²⁹⁶ Corte di Giustizia, 5 ottobre 1994, C-133/93, C-300/93, C-362/93, in *Racc.*, 1994, I-4863, nella quale viene affermato: “Il controllo giurisdizionale del rispetto del principio di proporzionalità da parte del legislatore comunitario quando agisce in materia di politica agricola, deve tenere conto del suo potere discrezionale in materia, corrispondente alle responsabilità che gli artt. 40-43 del Trattato gli attribuiscono. Di conseguenza, il carattere manifestamente inidoneo di un provvedimento adottato in tale ambito, in relazione allo scopo da perseguire da parte dell'istituzione competente, può inficiare la legittimità di tale provvedimento”.

²⁹⁷ Corte di Giustizia, 17 ottobre 1995, C-44/94, *The Queen C. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, *Racc.*, 1995, p. I-3115, punti 56-59, nella parte in cui si dice: “la misure nazionali controverse, la cui validità non viene contestata, rispondono effettivamente agli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità nel settore della pesca” e “ non costituiscono un intervento sproporzionato e inammissibile, lesivo della sostanza dei diritti garantiti”.

stretto rispetto all'esercizio delle libertà previste dal Trattato²⁹⁸.

In questa accezione, il principio di proporzionalità viene recepito nel diritto interno ed applicato in sede giurisdizionale come parametro di legittimità delle scelte effettuate dall'amministrazione, principalmente sub specie di eccesso di potere²⁹⁹.

Questa chiave di lettura appare fatta propria da autorevole dottrina, che ricostruendo la portata del principio, la ricollega alla circostanza che “ gli obblighi imposti ai singoli dall'esercizio del potere discrezionale debbano essere commisurati rispetto all'obiettivo pubblico da raggiungere”³⁰⁰.

Nel pensiero giurisprudenziale, il riferimento al sindacato di proporzionalità è riscontrabile, oltre che nelle procedure ad evidenza pubblica, in materia di poteri sanzionatori, di urbanistica, di ambiente e di esercizio di ordinanze sindacali di carattere contingibile e urgente.

Ad avviso del G.A., infatti, “ il principio di proporzionalità, di cui si fa applicazione, maggiormente, in materia di limitazione al diritto di proprietà, di attività di autotutela, di ordinanze di necessità ed urgenza, di irrogazione di sanzioni e, appunto, di tutela ambientale, è principio generale dell'ordinamento ed implica che la pubblica amministrazione debba adottare la soluzione idonea ed adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti”³⁰¹.

²⁹⁸ Corte di Giustizia, 1° giugno 1994, C-317/92, Commissione c. Repubblica Federale Tedesca, nella quale viene sancita l'onere dello stato membro di fornire la prova circa l'idoneità di una misura adottata in tema di commercializzazione di medicinali; Corte di Giustizia, 30 novembre 1995, C-55/94, Gebhard, in *Racc.*, 1995, I-4165, nella quale viene rimesso al giudice nazionale il sindacato circa: “la valutazione circa il carattere proporzionato o meno dei provvedimenti controversi adottati all'interno di uno stato membro e dell'applicazione che ne viene fatta da parte dell'amministrazione competente”. In dottrina, GUASTINI R., *Legalità (principio di)*, *Dig. Disc. Pubbl.*, 499, il quale rileva che in tale accezione, l'interpretazione del principio di proporzionalità si ricollega principio di legalità, ossia strumento di che permette di valutare l'agire amministrativo rispetto alle delimitazioni operate in forma espressa o implicita dalla norma attributiva del potere ed, in ogni caso, della conformità dell'azione amministrativa rispetto al diritto vigente.

²⁹⁹ GALETTA D.U., *Op. cit.*, 230

³⁰⁰ GIANNINI M.S., *Diritto Pubblico dell'Economia*, Bologna, 1995.

³⁰¹ Consiglio di Stato, 14 aprile 2006, n. 2087 in *Foro Amm.*, *C.d.S.*, 2006, n.4, 1193, in cui viene altresì affermato: “Il principio di proporzionalità si risolve, in sostanza, nell'affermazione secondo cui le

Tale profilo di operatività della proporzionalità è quello che maggiormente viene interessa nella materia dei contratti pubblici, dove essa risulta applicata alle scelte discrezionali compiute dalle amministrazioni aggiudicatrici in rapporto con la finalità di tutela della concorrenza ed il rispetto delle libertà previste dal Trattato in capo agli operatori economici.

Nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, è interessante notare come il giudice amministrativo, alla luce del principio di proporzionalità, abbia vagliato il potere discrezionale esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice nelle diverse fasi di svolgimento delle procedure di gara, valutando gli effetti delle misure poste in essere sul valore del mercato.

Il Consiglio di Stato, infatti, ha avuto modo di definire il significato della proporzionalità nei termini seguenti: “a) trattasi di un principio generale del diritto comunitario, di cui le istituzioni degli stati membri devono tener conto nell'esercizio del loro potere discrezionale; b) esso è applicabile non soltanto agli atti normativi, ma anche a quelli amministrativi; c) esso implica che i provvedimenti incidenti sulla libertà di concorrenza dei cittadini, tutelata dal diritto comunitario, debbano

autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, sia con atti normativi, sia con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo, cioè adeguato all'obiettivo da perseguire, e necessario, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile”.

In termini generali sul principio, si vedano altresì: Cons. Stato, Sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885 in *Il Consiglio di Stato*, 2000, n.4, 833 ; Cons. Stato, Sez. IV, 22 marzo 2005, n. 1195, *ivi*, 2005, n-3, 508, con riferimento ai poteri sanzionatori della P.A., in cui si dice: “Con riguardo alla violazione del principio di proporzionalità, riproposta dall'appellato in memoria, va osservato che il principio di proporzionalità è principio generale dell'ordinamento: esso implica che la pubblica amministrazione debba adottare la soluzione idonea ed adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti.

Di tale principio si fa applicazione, maggiormente, in materia di limitazione al diritto di proprietà, di attività di autotutela, di ordinanze di necessità ed urgenza, di tutela ambientale, e appunto di irrogazione di sanzioni (sia amministrative che nell'ambito dell'ordinamento interno del rapporto di pubblico impiego). Il principio di proporzionalità in materia sanzionatoria, è, più specificamente, principio generale di giustizia sostanziale, come dimostra l'art. 2106 codice civile, in ambito della disciplina del rapporto di lavoro, che fa riferimento alla gravità dell'infrazione”.

essere idonei (*id est* adeguati all'obiettivo da perseguire) e necessari (nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile)³⁰².

In altre parole, ciascuno dei termini integranti il sindacato di proporzionalità va incentrato, in relazione alle procedure ad evidenza pubblica, sul rapporto con il valore della concorrenza.

In chiave esplicativa, si possono riportare le parole di autorevole dottrina, la quale ha avuto modo di evidenziare che: “L'idoneità va commisurata ad un obiettivo che consiste, non in una missione di tipo latamente sociale, bensì in una correzione della inefficienza sostanziale del mercato. La stretta necessarietà della misura adottata impone sempre la ricerca, tra le varie soluzioni compatibili con un assetto possibile di libero mercato, di quella che ha un effetto minore nei confronti della libertà di iniziativa economica privata che venga compressa. Il giudizio di proporzionalità in senso stretto pone in raffronto le libertà economiche tutelate dall'intervento di regolazione o vigilanza e le libertà che ne risultano ridotte, trae argomenti dall'analisi economica concreta delle conseguenze che possono derivare dall'intervento e dal non intervento, preoccupandosi di circoscrivere l'adozione di misure incidenti dall'esterno sul mercato ai casi che siano strettamente necessari per assicurare una competizione effettiva e possibile”³⁰³.

Ad avviso dello scrivente, l'evoluzione della giurisprudenza interna in materia denota un progressivo affinamento nella applicazione del canone in esame, in quanto, accanto ad un orientamento tradizionale che vede principalmente assimilata la proporzionalità alla sfera più generale della ragionevolezza dell'azione amministrativa, emerge, dagli orientamenti più recenti, un utilizzo maggiore dei criteri di idoneità, necessarietà ed

³⁰² Consiglio di Stato, 7 maggio del 2002, n. 5714, in *Foro Amm.*, *C.d.S.*, 2003, 3, 940.

³⁰³ CINTIOLI F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., 389, che riferisce i tre gradini del sindacato di proporzionalità alla valutazione dell'azione delle autorità amministrative indipendenti. A ben guardare, tale configurazione del giudizio di proporzionalità può essere riferito alle procedure ad evidenza pubblica.

adeguatezza in relazione alle scelte poste in essere nell'attività di diritto privato della p.a.

I due orientamenti interpretativi rispecchiano, invero, la sussistenza nel nostro ordinamento di due diversi modi di intendere il sindacato di proporzionalità.

Da un lato, infatti, vi è un filone dottrinale e giurisprudenziale che fa uso della proporzionalità come derivato della ragionevolezza, valutando così l'operato dell'amministrazione sul piano astratto della compatibilità col pubblico interesse mediante il riferimento alle figure dell'eccesso di potere, sotto il profilo della congruità e non contraddittorietà dell'istruttoria compiuta, dei vizi della motivazione del provvedimento.

Dall'altro, vi è un contrapposto orientamento che valorizza maggiormente la valutazione del rapporto tra le caratteristiche del potere amministrativo, come definite in sede normativa, e le modalità di esercizio dello stesso sotto il profilo del contenuto e dei fini, applicando i tre criteri della idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto.

Questa duplice interpretazione si riflette, come si vedrà, nell'accezione attribuita alla proporzionalità in relazione alla materia delle procedure ad evidenza pubblica.

3.4.2. La sfera applicativa del principio di proporzionalità nella disciplina comunitaria ed interna dei contratti pubblici.

In prospettiva del tutto generale, la disciplina comunitaria dei contratti pubblici consente di affermare che l'applicazione del principio di proporzionalità connota tutto l'arco di svolgimento delle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

In linea di principio, da esso discende la regola in base alla quale le decisioni adottate dagli stati membri e dalle amministrazioni aggiudicatrici in materia di aggiudicazione ed affidamento dei contratti pubblici debbano essere tali da arrecare la minore turbativa all'esercizio delle attività economiche ed il minore sacrificio possibile all'esercizio della libertà d'impresa da parte degli operatori economici³⁰⁴.

La proporzionalità è, quindi, delineata come criterio "in negativo" in base al quale valutare gli atti di regolamentazione e svolgimento delle procedure di gara, adottate all'interno degli stati membri rispetto agli equilibri propri del libero mercato.

Dal punto di vista della concreta disciplina delle procedure di gara, la prima fase da prendere in considerazione è quella relativa all'accesso degli imprenditori alle procedure di gara, sotto il profilo delle tematiche dei requisiti soggettivi di selezione dei candidati, dei criteri oggettivi di presentazione delle offerte e dell'interpretazione delle cause di esclusione introdotte a discrezione dell'amministrazione aggiudicatrice.

Un secondo luogo giurisprudenziale di applicazione della proporzionalità è dato dal tema dei parametri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Inoltre, un altro ambito di incidenza è costituito dalla determinazione dell'oggetto contrattuale espressa nelle specifiche tecniche contenute nei capitolati d'onere.

³⁰⁴ Comunicazione Interpretativa 12 aprile 2000, *cit.*, punto 3.1.3.

Partendo dal primo ambito d'indagine, secondo orientamento costante del giudice comunitario, contrastano con il canone della proporzionalità le clausole del bando di gara con cui siano richieste capacità professionali, tecniche o finanziarie sproporzionate rispetto alla tipologia ed all'oggetto cui della prestazione per la quale è stata indetta la gara³⁰⁵.

L'orientamento emergente dalla giurisprudenza comunitaria si attesta nel senso che la fissazione delle caratteristiche soggettive degli offerenti, per i profili non espressamente regolati in sede normativa, pur essendo riconducibile alla sfera dei poteri discrezionali dell'amministrazione, deve risultare adeguata rispetto all'oggetto della gara e non tradursi in un'indebita limitazione dell'accesso al mercato da parte delle imprese interessate.

A tale impostazione interpretativa aderisce, inoltre, l'art. 44, comma 2, della direttiva 2004/18/CE, che, in relazione ai livelli minimi di capacità che le amministrazioni possono richiedere in capo ai concorrenti, stabilisce che: "La portata delle informazioni nonché i livelli minimi di capacità richiesti per un determinato appalto devono essere connessi e proporzionati rispetto all'oggetto dell'appalto"³⁰⁶

Tale regola interpretativa risulta ampiamente recepita da parte del giudice amministrativo interno, il quale, in molteplici arresti, mostra di fare riferimento al canone della adeguatezza e non eccessività rispetto all'oggetto dell'appalto per valutare la legittimità del potere discrezionale dell'amministrazione aggiudicatrice di precisare o aggiungere i requisiti di

³⁰⁵ Corte di Giustizia CE, 17 maggio 1984, C-15/83, *Denkavit Nederland*, *cit.*

³⁰⁶ Su cui si veda altresì: Consiglio di Stato, parere 6 febbraio 2006, *cit.*, *sub.* art. 62, nella parte in cui si dice che: "Invero, la pertinenza all'oggetto del contratto dei criteri e delle norme limitative della partecipazione non sembra poter escludere qualche rilevanza di limitazioni soggettive che trovino ragione in peculiari caratteri dell'oggetto del contratto e delle prestazioni. Del resto, proprio per questo motivo, l'art. 44 della direttiva prevede che le amministrazioni possano richiedere livelli minimi di capacità per un determinato appalto, connessi e proporzionati all'oggetto del contratto".

partecipazione alla gara rispetto a quelli previsti *ex lege*³⁰⁷.

Con riferimento specifico ai requisiti soggettivi delle imprese, è stata ritenuta illegittima alla luce del principio di proporzionalità, la predisposizione di clausole del bando richiedenti esperienze analoghe rispetto a quella oggetto del servizio da appaltare, qualora queste siano obiettivamente sproporzionate rispetto all'oggetto del contratto³⁰⁸.

Sotto il diverso profilo dei requisiti di capacità tecnica, in molteplici pronunce, il giudice amministrativo ha statuito che la fissazione di essi “deve in ogni caso raccordarsi con carattere di proporzionalità ed adeguatezza alla tipologia ed oggetto della prestazione per la quale è stata indetta la gara e non deve tradursi in una indebita limitazione all'accesso delle imprese interessate presenti sul mercato”³⁰⁹.

Per questa strada, sono state giudicate illegittime clausole del bando di gara richiedenti, ad esempio, il possesso di un determinato numero di dipendenti in una data determinata, ritenendo che “ la prova della solidità tecnica non può essere valutata con riferimento ad una certa data bensì con riferimento alla media di un determinato periodo di tempo adeguatamente lungo”³¹⁰.

In altre pronunce, il g.a. ha opinato nel senso che il canone della adeguatezza imponga, ai fini della dimostrazione del possesso della capacità tecnica e finanziaria, il riferimento ad un lasso temporale sufficientemente ampio per provare la sussistenza dei requisiti richiesti³¹¹.

Per quanto concerne, invece, i requisiti di capacità economica, sono

³⁰⁷ Consiglio di Stato, 12 novembre 2002, n. 6259 in *Giust. Civ.*, 2003, 865 ss., con nota di IANNOTTA L., in cui il giudice rileva che: “l'amministrazione ha la facoltà di precisare i singoli requisiti prescritti per partecipare alla gara con l'unico limite che quanto richiesto non sia eccessivo rispetto all'oggetto dell'appalto, con conseguente adeguata proporzionalità rispetto all'entità ed alle qualità del servizio da erogare”.

³⁰⁸ Cons. St., V, 13 maggio 2002 n. 2581, in *Foro it.*, 2002, 2173, che ha ritenuto illegittima la clausola della lettera di invito che richiedeva almeno un'esperienza analoga a quella del servizio appaltando (gestione del servizio raccolta rifiuti) ma in relazione ad un Comune con un certo numero di abitanti residenti notevolmente superiore a quello del Comune appaltante.

³⁰⁹ TAR Lazio, 1° marzo 2002, n. 1577, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³¹⁰ TAR Basilicata, 14 novembre 2001 n. 777, in *I TAR*, 2002, 335.

³¹¹ Consiglio di Stato, V, 2 dicembre 2002, n. 6606 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

state giudicate contrarie al canone della proporzionalità clausole del bando di gara prevedenti il possesso di un fatturato superiore al doppio rispetto al corrispettivo presunto di base dell'appalto, sulla base del presupposto che “la fissazione dei requisiti di capacità economica da parte della stazione appaltante deve tendere a garantire che i concorrenti possiedano realmente la capacità di dare luogo ad una corretta esecuzione della prestazione contrattuale dedotta, senza risolversi nell'adozione di parametri tali da costituire un'oggettiva restrizione della concorrenza”³¹².

L'illegittimità di un requisito di fatturato sproporzionato rispetto all'oggetto dell'appalto è stato evidenziato, altresì, dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale ha avuto modo di rilevare che: “L'effetto preclusivo di tali criteri rischia di incidere in maniera ingiustificata sulle opportunità delle imprese di minori dimensioni, degli operatori non presenti in maniera significativa sul mercato nazionale e di quelli che non sono ancora affermati sul mercato geografico rilevante, pur possedendo idonee referenze in ordine alla propria solidità economica e finanziaria”.³¹³

In tale filone interpretativo, si inseriscono, inoltre, quelle statuizioni che reputano in contrasto con i principi di proporzionalità ed adeguatezza clausole del bando che prevedano il versamento di somme a titolo di cauzione provvisoria sproporzionate rispetto all'importo complessivo dell'appalto³¹⁴.

³¹² TAR Lazio, Sez. III-ter, 27 novembre 2002, n. 10823 in *ITAR*, 2002, 250.

³¹³ Autorità di vigilanza sui lavori pubblici del 28 settembre 1999, “Bandi di gara in materia di appalti pubblici”, in *Bollettino*, n.4/1999, che aggiunge: “In alcune circostanze, subordinare la partecipazione alle gare al raggiungimento di un certo livello di fatturato può risultare oltremodo gravoso e suscettibile di ostacolare l'accesso al mercato. Si tratta soprattutto dei casi in cui il livello di fatturato risulta sproporzionato rispetto all'ammontare della prestazione oggetto della gara o in cui il fatturato di riferimento non è solo quello relativo alla classe dei prodotti posti in gara, ma è limitato allo specifico mercato geografico entro cui viene realizzata la gara”.

³¹⁴ Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, deliberazione n. 15 del 21 marzo 2006, in www.autoritàcontrattipubblici.it, nella parte in cui si dice che: “Appare altresì in contrasto con il principio di proporzionalità ed adeguatezza la clausola del bando di gara per l'appalto di servizi

Sempre in relazione alla fase di accesso alla gara, il pensiero giurisprudenziale denota un frequente riferimento al canone della proporzionalità per scongiurare gli eccessi di formalismo nella interpretazione da parte delle commissioni di gara delle clausole del bando, qualora essa trasmodi in un'ingiustificata restrizione delle ragioni delle imprese, rendendo al contempo la clausola priva di utilità per l'amministrazione.

In via esemplificativa, si pensi alla tematica dei termini di presentazione delle offerte nella quale la proporzionalità è stata coniugata con il principio generale del divieto di aggravamento del procedimento amministrativo espresso nel disposto dell'art. 1, comma 2, della legge proc. Amm. facendosi discendere dalla combinata operatività di tali canoni l'illegittimità di provvedimenti di esclusione basati su un'interpretazione strettamente rigorosa dei termini di presentazione delle offerte, in contrasto con la ratio sottesa a tale disciplina, riconducibile alla garanzia della trasparenza delle procedure ³¹⁵.

d'importo stimato pari a 685.000 euro, che prevede il versamento di una cauzione provvisoria d'importo pari a 100.000 euro. Parimenti, non può ritenersi ammissibile la previsione, contenuta nello stesso bando di gara, della costituzione di una cauzione definitiva, giacché, come chiarito dalla deliberazione di questa Autorità n. 51/2004, detta cauzione "ha la funzione di assicurare la stazione appaltante per il pregiudizio patito in conseguenza dell'eventuale violazione degli obblighi contrattuali. Funzione che viene espletata dalla garanzia di cui all'articolo 30, comma 5, della legge quadro ed all'articolo 105 del Regolamento di attuazione. La richiesta aggiuntiva quindi di una cauzione definitiva verrebbe a costituire un duplicato di garanzia, e di conseguenza sostanzierebbe un onere aggiuntivo a carico del progettista".

³¹⁵ TAR Milano, III, 30 ottobre 2000, n. 6158, in *I TAR*, 2000, 876, nella quale viene statuito che: "È illegittimo l'operato di una commissione di gara, la quale ha interpretato una clausola contenuta in una lettera d'invito (concernente le modalità di presentazione delle offerte) in contrasto con il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo di cui all'art. 1, 2° comma della Legge n. 241 del 1990 ed in modo ingiustamente restrittivo delle ragioni delle imprese e nel contempo in modo da rendere la clausola priva di concreta utilità per l'Amministrazione (alla stregua del principio nella specie è stato ritenuto illegittimo l'operato di una commissione di gara che aveva escluso alcune offerte presentate direttamente presso la sede comunale entro l'orario di chiusura degli uffici piuttosto che entro le 16 presso l'Ufficio protocollo del Settore Ambiente ed Energia del Comune; il TAR ha osservato che la relativa clausola della lettera d'invito, così come interpretata dall'amministrazione, contrastava, altresì, con il generalissimo principio di proporzionalità, atteso che essa appariva soltanto astrattamente idonea a conseguire lo scopo, ma non era necessaria, né strettamente proporzionata rispetto al conseguimento dell'interesse pubblico sotteso all'osservanza del termine di presentazione delle offerte".

In una prospettiva più ampia, sembra opportuno rilevare come il breve excursus giurisprudenziale relativo alle cause soggettive di esclusione dei partecipanti alla gara, metta in luce una tendenziale assimilazione della proporzionalità al principio generale di ragionevolezza, come strumento per giustificare la razionalità e logicità della decisione assunta dall'amministrazione rispetto al parametro normativo da rispettare ed all'interesse pubblico perseguito attraverso l'espletamento della procedura ed evidenza pubblica³¹⁶.

In particolare, tale orientamento interpretativo poggia sul presupposto che il riscontro della proporzionalità dell'azione amministrativa richiederebbe poteri sindacatori di merito, aventi ad oggetto l'apprezzamento delle situazioni di fatto e nella ponderazione dei

T.A.R. Piemonte, 13 novembre 1999, n. 564, in *Italia Oggi*, 30 novembre 1999, 34, dove si dice: "Il rigore formalistico espresso nelle prescrizioni del bando di gara per l'appalto di opera pubblica, da osservare a pena di esclusione, deve in ogni caso essere rapportato ai principi di ragionevolezza e a quelli di libera e ampia partecipazione, nonché alla necessità di non aggravare inutilmente il procedimento concorsuale, quantomeno in assenza di specifiche esigenze manifestate dall'amministrazione in funzione dell'interesse pubblico perseguito".

³¹⁶ Consiglio di Stato, V, 15 febbraio 2002 n. 919, in questa *Foro Amm.*, 2002, 418, che, aderendo ad un indirizzo costante in appello, ha riconosciuto che « in tema di gare per l'affidamento di appalti per lo svolgimento di pubblici servizi deve ritenersi legittima la clausola del bando con la quale l'amministrazione, allo scopo di ottenere la dimostrazione della capacità economica, finanziaria e tecnica dei partecipanti, fissa come requisito di prequalificazione l'aver svolto servizi identici, anche quanto alla tipologia delle strutture destinatarie, a quelli oggetto dell'appalto ». Nel caso di specie si trattava del servizio di mensa per dipendenti ospedalieri e degenti: il Giudice ha riconosciuto che proprio la peculiarità di tale servizio destinato ai degenti giustifica la particolarità della clausola del bando oggetto di impugnativa.

Ancora, in relazione ad una gara d'appalto per l'aggiudicazione di un progetto esecutivo avente ad oggetto la costruzione di un impianto di depurazione di acque reflue, il Consiglio di Stato ha ritenuto conforme ai principi di ragionevolezza e proporzionalità l'adozione di uno specifico processo tecnico di trattamento delle acque, con conseguente legittimità della prescrizione riguardante l'ammissione delle sole imprese che abbiano già realizzato il processo di depurazione individuato: Consiglio di Stato, V, 26 marzo 2003, n. 1577, *cit.*

In dottrina, rilevano, in chiave critica, la assimilazione del principio di proporzionalità al più generale precetto della ragionevolezza, GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità*, *cit.*; CARANTA R., *Diritto comunitario e tutela dinanzi al giudice amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 2000, 1, 81, il quale sostiene: "Non sempre, peraltro, il principio stesso è stato inteso nella stessa accezione fatta propria dalla Corte di giustizia sulla base del modello tedesco. Talvolta, infatti, in sede applicativa il principio di proporzionalità scolora nel ben più generico principio di ragionevolezza dell'azione amministrativa"; Si rinvia alle valutazioni ed ai casi ricordati da SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, *cit.*, in part. 288 ss.; Tar Lombardia, sez. III, 20 agosto 1999, n. 1955, in *Foro amm.*, 1999, 1832.

contrapposti interessi pubblici e privati coinvolti, con conseguente limitazione del sindacato giurisdizionale, *ab externo*, sulla congruità e non contraddittorietà dell'istruttoria compiuta ed esternata nella motivazione del provvedimento³¹⁷.

In questo senso, il pensiero giurisprudenziale scandagliato si pone in armonia con quel filone dottrinale, a cui si è già fatto riferimento, che interpreta il canone della proporzionalità quale derivato della ragionevolezza³¹⁸.

A ben guardare, però, in molteplici pronunce viene fatto costantemente riferimento alla adeguatezza delle clausole predisposte dall'amministrazione rispetto alla restrizione della libertà di accesso al mercato da parte degli imprenditori potenzialmente interessati.

Facendo proprio il pensiero di autorevole dottrina, può ritenersi che in tale accezione il canone della ragionevolezza venga adottato, non tanto come criterio presiedente la formazione del provvedimento amministrativo ma come canone riguardante *“i valori di fondo dell'azione amministrativa e gli interessi realizzabili”*³¹⁹.

Diversamente, in altre pronunce, risultano applicati in successione i parametri della idoneità, necessarietà e di proporzionalità in senso stretto in relazione alle misure adottate in sede contrattuale da parte della p.a. rispetto all'esercizio delle libertà di stabilimento e di libera prestazione

³¹⁷ Consiglio di Stato, IV, 7 maggio 2002, n.5714, *cit.*

³¹⁸ FERRARI G.F., *Il principio di proporzionalità*, in *Atti del Convegno di Brescia, dell'associazione magistrati amministrativi italo-franco-tedesca*, Milano, 1998, 131, che sembra configurare la proporzionalità come un “affinamento del giudizio di ragionevolezza”; MASSERA A., *Principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Diritto Amministrativo*, 2005, fasc. 4, pp. 707.

³¹⁹ CINTIOLI F., *Op. cit.*, 263, il quale rileva: “La ragionevolezza, come a suo tempo segnalato in dottrina, attiene sia alle vicende dello sviluppo della funzione (ed al farsi dell'atto) sia alla applicazione dei principi generali che non riguardano la formazione del provvedimento e che riguardano invece i valori di fondo e gli interessi realizzabili”; l'Autore rimanda a MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, *cit.*, 231 e ss.; ZAGREBELSKI G., *Il diritto mite*, Torino, 1992, 203-204, dove si dice: “La valutazione della adeguatezza tra casi e regole richiede un atteggiamento che è in rapporto col carattere pratico del diritto, vale a dire la ragionevolezza, che esprime il seguente significato: nel concreto delle applicazione giudiziaria, il carattere ragionevole del diritto viene in evidenza in entrambi i due momenti della categorizzazione dei casi alla luce dei principi e nella ricerca delle regola da applicare nel caso concreto”.

dei servizi, in modo più aderente alla accezione comunitaria.

In via esemplificativa, si consideri quella giurisprudenza del giudice comunitario, recepita dal giudice nazionale che, in materia di appalto di servizi, ritiene contraria al principio di proporzionalità la fissazione, come criterio di determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del possesso di una sede fissa nel territorio dello stato nel quale è svolta la gara ovvero della "capillare diffusione" sul territorio degli esercizi convenzionati con le imprese concorrenti³²⁰.

In questo caso, il giudice amministrativo mostra di valutare l'idoneità di tale requisito tecnico rispetto alla più funzionale ed efficiente esplicazione del servizio, applicando il canone della proporzionalità, sotto i profili della idoneità, necessità ed adeguatezza della scelta effettuata dall'ente aggiudicatore, applicando lo schema "a tre gradini", basato sul giudizio di idoneità, non necessità e proporzionalità in senso stretto per valutare la legittimità dell'esercizio della discrezionalità da parte dell'amministrazione in sede di determinazione dei parametri dell'offerta economicamente più vantaggiosa"³²¹.

Il medesimo schema di indagine è stato altresì utilizzato per sancire l'illegittimità di una delibera comunale di affidamento diretto del servizio

³²⁰ Si veda sul punto, Corte di Giustizia CE, 25 ottobre 2001, *cit.*, che ha giudicato illegittima ai sensi del diritto comunitario una disposizione di gara adottata da uno Stato Membro, richiedente il requisito di una sede stabile all'interno dello Stato in cui viene espletata la gara. In particolare, punto 18. "Dal momento che la fornitura di manodopera costituisce una forma di prestazione dei servizi ai sensi del Trattato (v. è palese che il requisito di possedere una sede nel territorio dello Stato membro dove viene prestato il servizio, imposto dalla normativa controversa, ostacola la libera prestazione dei servizi"; punto 19. "Come la Corte ha ripetutamente affermato, il requisito relativo alla sede stabile costituisce di fatto la negazione stessa del principio fondamentale della libera prestazione di servizi, in quanto ha la conseguenza di privare di ogni effetto utile l'art. 59 del Trattato, il cui scopo consiste per l'appunto nell'eliminare le restrizioni della libera prestazione dei servizi da parte di persone non stabilite nello Stato nel cui territorio deve essere fornita la prestazione. Tale requisito può essere ammissibile soltanto qualora sia provato che esso costituisce una condizione indispensabile per raggiungere lo scopo perseguito". Sul punto anche: Corte di Giustizia, 17 dicembre 1981, causa 279/80, Webb, *Racc.*, pag. 3305, punto 9),

³²¹ Consiglio di Stato, sez. IV, 14 maggio 2001, n. 2670, *cit.*

a trattativa privato, senza l'espletamento di procedure di gara, ritenuta non idonea rispetto all'obiettivo di apertura del mercato³²².

3.4.3. Il significato del principio di proporzionalità in relazione alla disciplina delle specifiche tecniche.

Proseguendo nella disamina degli aspetti di regolazione delle procedure di gara, un'altra tematica che appare interessata dal precetto della proporzionalità è costituita dalle specifiche tecniche, che, allo stato attuale, sono espressamente disciplinate dagli artt. 23 della Direttiva 2004/18/CE e 34 della Direttiva 2004/17/CE e dall'art. 68 del Codice dei Contratti Pubblici.

Come già rilevato nella trattazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, attraverso la disciplina delle specifiche tecniche, il legislatore mira ad evitare che attraverso la descrizione delle prestazioni o dei beni per il cui ottenimento l'amministrazione effettua la gara, contenuta nei capitolati d'oneri, possa perseguirsi un effetto restrittivo della concorrenza mediante l'indicazione di prodotti, forniture o beni aventi una determinata marca o provenienza.

L'obiettivo di tutela della concorrenza si traduce nel divieto per gli stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici di imposizione di

³²² TAR Lombardia, MILANO, III, 5 maggio 1998, n. 922 in *Foro Amm.*, 1998, 2452, con nota di ZINGALES I., dove si afferma la non idoneità della scelta posta in essere dalla amministrazione rispetto alla finalità di tutela della concorrenza, facendo riferimento al principio di proporzionalità nei termini seguenti: "Il principio di proporzionalità costituisce in altri ordinamenti, tra cui quello comunitario, abituale parametro di valutazione della discrezionalità amministrativa; laddove esso è stato particolarmente approfondito (è il caso dell'ordinamento tedesco) se ne sono evidenziati i seguenti tre elementi costitutivi, da esaminare in successione: a) l'idoneità: un mezzo appare idoneo allo scopo se, in base ad un giudizio prognostico, possa ragionevolmente ritenersi in grado di agevolare concretamente il raggiungimento dell'obiettivo; b) la necessità: un mezzo è necessario se, tra quelli idonei ugualmente efficaci, sia il meno gravoso per gli interessi sacrificati; c) la proporzionalità in senso stretto: un mezzo è proporzionale se non eccessivo, cioè intollerabile in relazione al fine perseguito".

prestazioni specifiche o prodotti aventi una data provenienza nella determinazione dell'oggetto contrattuale, tranne nel caso in cui dette clausole siano da ritenersi giustificate alla luce delle peculiarità dell'appalto.

A tale fine risponde, come si è già osservato, l'introduzione da parte del legislatore comunitario ed interno del rispetto del principio di equivalenza che consente alle imprese partecipanti di soddisfare le condizioni contrattuali richieste dall'amministrazione mediante offerte basate su soluzioni differenti, fornendo al contempo la prova della equivalenza delle stesse in termini di funzionalità e sicurezza rispetto alla proposta contrattuale dell'amministrazione.

A ben guardare, la disciplina in esame denota altresì un significativo riferimento al canone della proporzionalità.

Infatti, la valutazione della potenzialità restrittiva della concorrenza della specifica tecnica viene effettuata in base ad un rapporto comparativo tra la finalità della stessa e l'interesse pubblico generale alla cui realizzazione è preordinata la procedura di gara, testandone la congruità rispetto all'oggetto dell'appalto e la adeguatezza della clausola adottata rispetto all'obiettivo di favorire una concorrenza reale tra gli imprenditori.

In particolare, la portata restrittiva delle specifiche tecniche viene riferita alla vigenza del principio generale della libertà di circolazione delle merci, a cui può derogarsi soltanto nel caso in cui le misure di carattere restrittivo appaiano necessarie per garantire il raggiungimento di un determinato scopo che risulti conforme al diritto comunitario³²³.

Così, la Corte di Giustizia mostra di fare riferimento, anche indirettamente, al canone della proporzionalità nel momento in cui valuta

³²³ Corte di Giustizia CE, 11 luglio 1985, Cause riunite, 60 e 61 del 1984 in *www.curia.eu.int*; nello stesso senso si esprime la Circolare del Dipartimento delle Politiche Comunitarie del 29 aprile 2004, in G.U. n. 161 del 12 luglio 2004, la quale ricollega il divieto di indicazione di marchi o prodotti di determinata provenienza alla necessità di garantire il rispetto della libertà di circolazione delle merci all'interno del mercato unico europeo.

la legittimità della indicazione di uno specifico prodotto rispetto all'oggetto dell'appalto ed alla sua portata lesiva della concorrenza attraverso i canoni della idoneità e necessarietà.

L'effettuazione di un giudizio di bilanciamento tra i valori espressi nella disciplina delle specifiche tecniche è desumibile anche nella stessa disposizione contenuta nell'art. 30 del Trattato UE, a cui la disciplina in esame si ispira, la quale prevede che le restrizioni all'importazione o alla esportazione di prodotti possano essere giustificate da motivi di interesse generale riconducibili, ad esempio, alla moralità pubblica, all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza o a ragioni di tutela della proprietà industriale e commerciale.

L'articolo in esame stabilisce che tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri, in modo da recare pregiudizio alla libertà di circolazione delle merci³²⁴.

Un esplicito riferimento alla proporzionalità si rinviene, altresì, in un parere ormai risalente reso dalla Commissione UE in una procedura di infrazione nei confronti dello Stato Italiano, avente ad oggetto l'espletamento di una gara per l'acquisto di mezzi di trasporto da destinarsi al trasporto pubblico locale in cui si era proceduto alla fissazione di caratteristiche funzionali dei veicoli, oggetto di gara, in base a "particolari esigenze di sicurezza".

Tale decisione è stata ritenuta sproporzionata rispetto allo scopo

³²⁴ Art. 30 (ex art. 36), del Trattato UE, in base al quale «Le disposizioni degli articoli 28 e 29 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri». Ad esso fa riferimento la Circolare del Dipartimento delle Politiche Comunitarie del 29 aprile 2004, in *G.U.* n. 161 del 12 luglio 2004, *cit.*, la quale ricollega il divieto di indicazione di marchi o prodotti di determinata provenienza alla necessità di garantire il rispetto della libertà di circolazione delle merci all'interno del mercato unico europeo.

perseguito attraverso la procedura di gara, data la sussistenza di procedure di omologazione interne agli stati membri in grado di esaurire la possibilità per le amministrazioni di imporre prescrizioni tecniche ulteriori per l'accesso al mercato dei prodotti considerati³²⁵.

La tecnica di giudizio si rinviene in diverse pronunce del giudice amministrativo, il quale ha avuto modo di sottolineare che il divieto imposto dalla normativa comunitaria non vada inteso in termini assoluti ma in senso relativo, “in quanto la prescrizione va coordinata con altri valori giuridici altrettanto meritevoli di tutela, quale è indubbiamente quello dell'efficacia dell'azione amministrativa, che impone di configurare l'oggetto della fornitura in modo da soddisfare con la massima intensità possibile l'interesse pubblico cui questa è preordinata”³²⁶.

Inoltre, in altri arresti viene fatto esplicito riferimento anche al canone della ragionevolezza, ritenendo illegittimo il comportamento dell'amministrazione di non avere addotto “ragioni di ordine tecnico o ragioni basate su precedenti esperienze di impiego del prodotto che potessero rendere ragionevole l'indicazione di una marca specifica in relazione all'oggetto dell'appalto”³²⁷.

In chiave conclusiva, quindi, può affermarsi che la complessa disciplina delle specifiche tecniche, dettata dal diritto comunitario e recepita in ambito nazionale, miri a tutelare il valore della concorrenza,

³²⁵ Commissione UE, parere del 18 ottobre 1993, in www.europa.eu.int.

³²⁶ TAR Piemonte, II, 31 maggio 2004, n. 965 in www.giustizia-amministrativa.it, in cui è stata ritenuta illegittima la indicazione di uno specifico prodotto da parte dell'amministrazione, sulla base del presupposto che: “Non risultano spiegate le ragioni per le quali l'amministrazione aveva la necessità di acquistare quello specifico bene, né risulta spiegata come la specificità del prodotto richiesto fosse rispondente alle proprie esigenze sì da giustificare una deroga al divieto di introdurre specifiche tecniche che menzionino prodotti di una data fabbricazione o provenienza”.

³²⁷ Nello stesso senso, si veda: Consiglio di Stato, V, 16 ottobre 2003, n. 5896 in *Il Consiglio di Stato*, 2003, I, 2121, relativa ad un appalto nei settori esclusi, nella quale viene affermato che: “La prescrizione di un adempimento che si fonda sul carattere essenziale del riferimento al listino di una determinata casa produttrice risulta evidentemente contrastante con la contestuale ammissione della fornitura di prodotti equivalenti e quindi illogica, in quanto insanabilmente contraddittoria”. Inoltre “L'imposizione della formulazione dell'offerta con riferimento al listino di un determinato fornitore determina una evidente alterazione della regolarità del confronto concorrenziale ed una lesione della *par condicio* dei concorrenti”.

da un alto, facendo leva sui principi di non discriminazione in base alla nazionalità ed equivalenza e, dall'altro, tramite la valutazione in termini di proporzionalità dei casi di imposizione in via amministrativa di speciali modalità di erogazione o svolgimento della prestazione appaltata, che devono apparire “la condizione unica ed essenziale per la soddisfazione degli obiettivi perseguiti attraverso la gara”³²⁸.

Sotto questo profilo, va salutata con favore la disposizione contenuta nell'art. 68, comma 2, del Codice dei Contratti, a tenore della quale: “le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono creare ostacoli ingiustificati all'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza”.

3.4.4. Il rispetto della proporzionalità nella scelta dei moduli procedurali di affidamento dei contratti pubblici.

L'ultimo profilo di incidenza del principio di proporzionalità nella disciplina dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, su cui sembra opportuno soffermarsi, è costituito dalla tematica generale delle scelte poste in essere dalle amministrazioni in quegli ambiti non espressamente disciplinati da parte del legislatore comunitario, distinguibili in relazione all'importo della procedura, come le fattispecie sotto-soglia, per le quali non vige, anche a seguito dell'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, un obbligo normativo di espletamento di procedure ad evidenza pubblica, ovvero in base alla tipologia del contratto, come è il caso delle fattispecie concessorie o dell'affidamento di servizi non prioritari.

Si noti, infatti, come venga fatto riferimento al canone *de quo* come strumento in base al quale graduare il rispetto degli obblighi previsti dalle

³²⁸ INVERNIZZI R., *Le specifiche tecniche*, in AA. VV., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, cit., 286, al quale si rinvia per approfondimenti sul tema.

direttive di settore per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, in relazione alle fattispecie sottosoglia ed a quelle non oggetto di disciplina in sede comunitaria.

Ferma restando la necessità di rispettare in tali ambiti i principi generali del Trattato, come più volte ribadito dalla Corte di Giustizia, le fonti comunitarie vedano nella proporzionalità uno strumento di graduazione del potere spettante all'amministrazione in tale ambito.

In questo senso, si leggano le conclusioni dell'Avvocato Generale emesse nella causa C-231/03, nelle quali il precetto è indicato come criterio orientativo che deve guidare l'amministrazione e l'interprete nella applicazione degli obblighi di pubblicità e trasparenza in relazione alle fattispecie non espressamente disciplinate dal diritto comunitario, nel caso di specie costituite da un affidamento di servizi non prioritari.

La descritta valenza del sindacato di proporzionalità sembra destinata, ad avviso dello scrivente, ad acquisire un peso sempre maggiore soprattutto in relazione alla sfera degli affidamenti sottosoglia ed alle fattispecie contrattuali non disciplinate dal diritto comunitario, se si pone mente al fatto che la recente Comunicazione della Commissione UE, emessa in data 8 agosto 2006, ha sostanzialmente rimesso alla discrezionalità delle amministrazioni la valutazione circa la rilevanza, dal punto di vista comunitario, delle fattispecie contrattuali oggetto di affidamento.

In armonia con tale orientamento si pongono alcune voci dottrinali che fanno vedono nella proporzionalità lo strumento che deve guidare l'amministrazione nell'utilizzo dei moduli privatistici nell'attività di diritto privato che, stando al disposto dell'art. 1, comma 1-bis della Legge n. 241 del 1990, risultano applicabili negli ambiti in cui non è imposto *ex lege* l'obbligo di espletamento di procedure ad evidenza pubblica³²⁹.

³²⁹MASSARI A, *Sistemi alternativi all'appalto ad evidenza pubblica*, Rimini, 2003; DE LEONARDIS F., *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, spec. cap. V, 298. Osserva l'A. che « non è difficile

prevedere che, in attuazione del principio di proporzionalità per cui i modelli organizzatori devono essere al tempo stesso necessari ed adeguati rispetto agli scopi conseguiti, i moduli di diritto privato tenderanno ad essere utilizzati in misura sempre maggiore dall'ordinamento generale per la cura dell'interesse comune, anche nei settori tradizionalmente riservati alla potestà pubblica ».

PARTE III
Profili evolutivi

CAPITOLO IV

LA CONFIGURAZIONE DEL VALORE DELLA CONCORRENZA NELL'AMBITO DELL'ATTIVITA' CONTRATTUALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

4.1. L'evoluzione dei valori protetti dalla disciplina delle procedure ad evidenza pubblica.

Una volta tracciato il quadro generale dei principi che presiedono l'agire contrattuale del soggetto pubblico, sembra opportuno, a parere dello scrivente, interrogarsi circa i cambiamenti ingenerati da tale processo in relazione ai valori tutelati attraverso la celebrazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Nella parte introduttiva del presente scritto, si è avuto modo di rilevare come la presenza di valori riconducibili alla sfera collettiva costituisce ragione giustificativa di un regime di carattere speciale o di clausole derogatorie rispetto al diritto comune nell'attività di diritto privato della p.a., anche facendo riferimento ad ordinamenti giuridici di matrice diversa.

Si è inoltre dimostrato come il processo di integrazione europea abbia comportato significativi cambiamenti nella sfera di interessi che l'amministrazione è tenuta a contemperare in sede di effettuazione delle scelte contrattuali, connessi alla istituzione del mercato comune ed al

ricorso alla libera concorrenza sul mercato quale strumento per assicurare il perseguimento degli interessi generali facenti capo agli stati membri aderenti al Trattato.

L'idea di fondo dell'impostazione comunitaria è, come noto, quella di assicurare la libera iniziativa economica da parte degli imprenditori in un contesto in cui non vi siano discriminazioni tra settore pubblico e settore privato e di instaurare un regime di mercato autoregolato, nel quale l'intervento statale dovrebbe, in un ottica di lungo periodo, arretrare e ridursi al compimento di quegli interventi strumentali a tale obiettivo finale.³³⁰

In altri termini, l'intervento statale va inteso, in senso restrittivo, come strumento per garantire ai soggetti privati la libertà di accesso e di uscita dal mercato e per correggere i c.d. "fallimenti del mercato", ovvero quelle situazioni che "strutturalmente non permettono l'esistenza di un mercato efficiente"³³¹, quali la sussistenza di monopoli, la presenza di esternalità o di asimmetrie informative.

Per quanto concerne la materia contrattuale, i principali effetti della appropriazione dell'apparato di regolazione comunitaria riconnettersi al cambiamento dell'approccio con cui l'amministrazione si rivolge al mercato, quale mezzo per operare in ambito economico, sia sub specie di "mercato privato", costituito dalla domanda degli operatori economici sia come "mercato pubblico", dato dalla domanda delle pubbliche amministrazioni rivolta all'ottenimento dei beni e delle prestazioni di cui

³³⁰ ALLEGRI A., *La politica della concorrenza*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, in SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, XXXII, Torino, 2002; CINTIOLI F., *Op. cit.*, 77, sottolinea come l'influenza del diritto comunitario si è apprezzata nel sistema delle relazioni soggettive, per via di una decisa spinta verso i processi di liberalizzazione e per via del conseguente arretramento dello Stato dai rapporti economici. L'idea di fondo cui si basa il sistema comunitario, che accomuna non solo la disciplina in materia di appalti ma, principalmente, la legislazione antitrust, si ispira alle teoria economiche neoclassiche che mirano alla ricerca di un equilibrio tra massima garanzia riconosciuta alla libertà economica privata e controllo pubblico del potere privato. Sul punto: GRILLO M., *The Theory and practice of Antitrust. A perspective in the History of Economics Ideas*, Padova, 2006.

³³¹ CARULLO A., *L'azione amministrativa mediante il mercato*, *Scritti in onore di Feliciano Benvenuti*, Padova, 1992, 407.

necessita.

Nel primo senso, il cambiamento va riferito alla situazione giuridica degli operatori economici, per i quali i pubblici affidamenti divengono uno strumento di accrescimento di benefici di carattere economico ma anche di acquisizione di posizioni di vantaggio connesse a valori, quali il diritto al lavoro, la tutela del risparmio, la tutela degli interessi dei consumatori il miglioramento degli standard di erogazione dei servizi pubblici.

Un filone dottrinale si è espresso nel senso della introduzione, per il tramite della disciplina della concorrenza, di un “diritto pretensivo del singolo al mercato”, che si perfeziona nel mercato in quanto strumento per raggiungere posizioni economiche migliori.

Si noti, infatti, sotto questo profilo, che, in alcuni casi, la disciplina in materia di concorrenza è stata collegata all’art. 3 Cost., ravvisando una connessione col principio di uguaglianza, in ragione della caratteristica di “consentire a tutte le imprese un diritto paritario vietando che, con atti restrittivi della concorrenza, alcune di esse possano turbare l’equilibrio esistente e porsi in una posizione di supremazia”³³².

Ciò ha comportato, nel quadro dei valori costituzionali, l’emersione, accanto alla libertà di iniziativa economica di cui all’art. 41 Cost., intesa tradizionalmente come diritto soggettivo avente ad oggetto la libertà di produrre, di organizzare l’impresa, di decidere “come, quando e se produrre”³³³, della libertà di concorrenza come concetto comprensivo di una gamma di poteri riconducibili, come si è visto nel corso della presente trattazione, al più ampio accesso al mercato, alla acquisizione di informazioni diffuse dal soggetto pubblico in modo non discriminatorio, alla possibilità di introdurre nuove categorie di prodotti, senza per questo vedersi esclusi dalla competizione per l’affidamento del contratto.

³³² SAJA G., *Legge a tutela della concorrenza e del mercato in Italia*, Bologna, 1991.

³³³ GALGANO F., *Commento all’art. 41 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, Scialoja – Branca, Bologna, 2000, 1 e ss.

Questa seconda accezione di libertà economica si afferma, quindi, nel nostro ordinamento in un momento secondario, per effetto della acquisizione dei principi propri del diritto comunitario, non trovando appigli nell'ambito del testo costituzionale, nella sua versione originaria.

In dottrina, infatti, prima dell'introduzione del concetto di "tutela della concorrenza" ex art. 117 Cost. veniva rilevato come non fosse pacifica la riconduzione dei principi comunitari in materia di concorrenza all'art. 41 Cost., in ragione del fatto che tale norma fosse il frutto di un diverso modello di relazioni tra stato e mercato, non coincidente col fondamento del principio comunitario di libera concorrenza, che trarrebbe, al contrario, la propria forza giuridica dal carattere generale dei principi comunitari³³⁴.

Nel contesto normativo attuale, tale dato sembra definitivamente acquisito essendovi un riconoscimento sia in sede normativa che in sede giurisprudenziale della posizione del privato imprenditore come portatore di interessi derivanti dal concetto di mercato, elevata ad oggetto di tutela da parte dell'ordinamento.

Questo processo evolutivo, iniziato già in sede giurisprudenziale a partire dagli anni '80³³⁵, risulta oggi portato a definitivo completamento con il Codice dei Contratti Pubblici che, come si è cercato di mettere in luce nel corso della trattazione, appare costellato di disposizioni miranti ad accrescere il complesso di garanzie degli operatori economici nei confronti della p.a. per rendere effettivo l'esercizio delle libertà di stabilimento e di circolazione di merci, servizi e capitali nell'accezione propria del diritto comunitario.

L'obiettivo proprio dell'odierno impianto normativo viene, infatti, ricercato dal legislatore delegante nella necessità di assicurare "che sia garantita una effettiva parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto

³³⁴ CINTIOLI F., *Op. cit.*, 227; MERUSI F., *Giustizia amministrativa e Autorità indipendenti, Annuario*, 2002.

³³⁵ Consiglio di Stato, V, 18 gennaio 1984, n. 49, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, cit.

a quelli degli altri Stati membri dell'Unione europea, facendo in modo di assicurare il massimo livello di armonizzazione possibile tra le legislazioni interne dei vari Stati membri ed evitando l'insorgere di situazioni discriminatorie³³⁶.

Le linee guida normative si sono tradotte nell'accrescimento del peso degli interessi privati nell'ambito dei pubblici affidamenti sia in relazione alla fase sostanziale di svolgimento delle procedure di aggiudicazione che alla fase contenziosa.

Sotto il primo profilo, spicca l'importanza del complesso di disposizioni in materia di pubblicità e trasparenza, le quali rendono l'idea del modo in cui tali interessi abbiano assunto una dimensione relazionale rispetto alla originaria assenza di considerazione caratterizzante la legislazione in materia di contabilità di stato.

Si pensi, altresì, all'accrescimento delle potenzialità partecipative agli appalti pubblici per le imprese di dimensioni minori derivanti dalla introduzione della disciplina dell'avvalimento, ed, in generale, dalla sussistenza, nel contesto giuridico comunitario, di una nozione di impresa non collegata a rigorosi vincoli giuridici, che consente l'esercizio delle libertà economiche anche ad operatori economici di minori dimensioni.

Sotto il secondo profilo, è emblematica l'importanza dello strumento della tutela cautelare ante causam, che, unitamente alla pregressa generalizzazione dei poteri risarcitori del giudice amministrativo nei confronti della lesione di interessi legittimi, va ad accrescere il ventaglio di tutele a disposizione dei partecipanti delle procedure ad evidenza pubblica.

A ciò si aggiunga che le più recenti aperture provenienti dalle istituzioni comunitarie, come già rilevato, rimettono alle amministrazioni

³³⁶ Legge 18 aprile 2005, n. 62, Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee. Legge comunitaria 2004, pubblicata in *G.U.* 27 aprile 2005, n. 96, S.O.), art. 2, comma 1, lett. h).

aggiudicatrici il potere di valutare se l'aggiudicazione di appalti, non ricadenti nella sfera di applicazione del diritto comunitario, possa "presentare interesse per gli operatori economici situati in altri stati membri", imponendo il generale rispetto delle norme fondamentali derivanti dal diritto comunitario³³⁷.

L'interesse degli imprenditori passa, quindi, da elemento da tenere presente e da non ledere, in termini negativi, od eventualmente da comprimere, come in passato si ammetteva per ragioni di tutela dell'interesse pubblico, a valore da considerare ed attuare nell'ambito delle scelte contrattuali del soggetto pubblico.

In questi termini viene affermata la sussistenza di un "diritto al mercato" in capo agli operatori economici.

L'ampliamento del ventaglio di istanze di cui il soggetto pubblico è tenuto a tenere conto nell'ambito dell'attività preposta alla acquisizione di beni, servizi e lavori, è percepibile altresì, sotto altro angolo visuale, attraverso l'introduzione di aspetti ambientali e di coesione sociale tra gli elementi che concorrono a definire i parametri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'innovazione dimostra, da un lato, il cambiamento della sfera di interessi posti alla base delle procedure ad evidenza pubblica, che risulta così arricchita di nuovi valori da contemperare con l'obiettivo del conseguimento del migliore assetto negoziale, dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice.

Ciò detto in ordine alla posizione giuridica degli operatori economici, bisogna porre mente al significato della più ampia nozione di mercato, inteso come oggetto di tutela e valorizzazione da parte del legislatore e della pubblica amministrazione.

³³⁷ Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici, *G.U.U.E.* 1 agosto 2006, n. C 179, *cit.*

4.2. Il concetto di “mercato” come bene protetto.

L'appropriazione delle regole di derivazione comunitaria operata dalla disciplina in materia di contratti pubblici e condotta con l'intento di armonizzare ad essa il quadro normativo interno³³⁸, pone il problema di comprendere come vadano intesi, in quest'ottica, i concetti di “mercato” e di “concorrenza”.

Bisogna capire, in altri termini, se la valenza di tali concetti vada intesa in senso assoluto, nel significato ultimo del concetto proprio del diritto comunitario, dove il fine generale del perseguimento del mercato libero comporta una sostanziale equiordinazione degli interessi di imprese, pubbliche amministrazioni, consumatori, oppure imponga l'effettuazione di un bilanciamento tra di essi e le istanze di tutela della correttezza e del buon andamento delle procedure ad evidenza pubblica, sottese all'art. 97 Cost.

Dalla lettura di recenti arresti del giudice costituzionale si desume il riconoscimento al concetto di concorrenza di una dimensione oggettiva di valore da tutelare da parte della legislazione statale e regionale, in armonia col dettato proveniente dal diritto comunitario.

Il riferimento va, in particolare, alle sentenze delle Corte Costituzionale n. 272 del 2004, n. 345 del 2004, n. 129 del 2006 e 440 del 2006.

Oltre alla prima pronuncia sul cui contenuto si è già avuto modo di soffermarsi, nelle statuizioni n. 14 e 345 del 2004, il giudice costituzionale, nel delineare i tratti del riparto di competenze tra stato e regioni in materia di tutela della concorrenza nel senso fatto proprio

³³⁸ Così si esprime il Consiglio di Stato nel citato parere n. 335 del 2006, ove viene ravvisato, alla base dell'impianto codicistico, l'obiettivo di “rispettare i principi del Trattato istitutivo dell'Unione Europea non soltanto in senso limitativo degli interventi da evitare, poiché in contrasto con tali principi, ma anche in senso impositivo degli interventi da introdurre”.

dall'art. 117, 1° comma Cost., si è espresso nel senso che: “le procedure ad evidenza pubblica, anche alla luce delle direttive della Comunità Europea, hanno assunto un rilievo fondamentale per la tutela della concorrenza tra i vari operatori economici interessati alle commesse pubbliche”, tale da imporre un riparto di competenze tra stato e regioni improntato al rispetto dei principi di proporzionalità ed adeguatezza rispetto all’obiettivo di tutela della concorrenza.

Nella successiva sentenza n. 129 del 2006, viene affermata l’illegittimità di una normativa regionale non prevedente l’espletamento di procedure ad evidenza pubblica per la realizzazione di opere di urbanizzazione da parte di soggetti privati, facendo riferimento al carattere generale di tale principio così come imposto dalle direttive comunitarie, alle quali viene attribuito il carattere di “norme interposte atte ad integrare il parametro per la valutazione di conformità della normativa regionale ex art. 117, 1° comma Cost.”³³⁹.

Da ultimo, con la sentenza n. 440 del 2006, viene affermata l’illegittimità di una normativa regionale prevedente, come criterio di selezione, la localizzazione territoriale delle imprese nel territorio della regione, in quanto contrastante con i principi di parità di trattamento degli operatori economici su tutto il territorio nazionale e di buon andamento ed imparzialità amministrativa nonché con i principi comunitari di libera prestazione dei servizi su tutto il territorio dell’Unione Europea³⁴⁰.

Alla luce di queste pronunce, può rilevarsi come il valore della concorrenza entri a fare parte della sfera dei valori protetti dalla disciplina regolante le procedure ad evidenza pubblica ma non ne venga data una lettura in termini del tutto assoluti, potendosi riscontrare l’effettuazione di un giudizio di bilanciamento rispetto ad altri valori

³³⁹ Corte Costituzionale, 28 marzo 2006, n. 129, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2006, n. 2, 1198.

³⁴⁰ Corte Costituzionale, 22 dicembre 2006, n. 440 in *www.giurcost.org*, cit.

presenti nell'ordinamento, quali il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa.

Inoltre, viene specificato che il significato attribuito ai principi di libera concorrenza e mercato nel contesto comunitario non sia svincolato da un'idea di sviluppo economico sociale, desumibile dai fini assegnati alla Unione europea dall'art. 2 del Trattato UE³⁴¹.

Tanto è possibile desumere anche da fonti di derivazione comunitaria le quali precisano che i principi in materia di contratti pubblici devono essere applicati “senza dimenticare che gli appalti pubblici costituiscono un modo di gestione degli interessi pubblici, con quale le amministrazioni invitano i singoli e collaborare alla realizzazione degli obiettivi ad esse demandati dal Trattato”³⁴².

Viene così delineata una interpretazione della nozione di concorrenza, come materia “trasversale” rimessa alla competenza esclusiva dello stato, in chiave strumentale rispetto alla attuazione di interessi generali della collettività, rispetto ai quali essa non appare svincolata, pur potendo richiedere talvolta l'intervento dello stato “per favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o per instaurare gli assetti concorrenziali”³⁴³.

In queste pronunce, peraltro, una dottrina intravede il tramonto della teoria della separazione tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario, nel segno dell'irreversibilità del processo di integrazione tra di essi³⁴⁴.

³⁴¹ I fini comunitari connessi alla attuazione di una economia di mercato libera e aperta, in base all'art. 2 del Trattato UE sono: uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche e dei sistemi di protezione sociale, la parità tra uomini e donne, un crescita sostenibile e non inflazionistica, un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione e di miglioramento della qualità dell'ambiente, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra stati membri.

³⁴² Conclusioni Avv. Gen. Colomer, 5 giugno 2001, cause riunite: C-285/99 e 286/99, Lombardini Spa.- Impresa generale di Costruzioni c. ANAS, *cit.*, punto 30.

³⁴³ Corte Costituzionale, sentenza 13 gennaio 2004, n. 14 in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2004, 237.

³⁴⁴ MORBIDELLI G., *Corte Costituzionali e Corti Europee: la tutela dei diritti dal punto di vista della Corte di Lussemburgo*, in *Foro Amm., C.d.S.*, 2005, 312, il quale sottolinea la forte espansione raggiunta dal diritto

A ben guardare, la configurazione del mercato come strumento tramite il quale salvaguardare, attraverso il ricorso a logiche di produttività ed efficienza, fini di utilità sociale era già stata affermata dal giudice costituzionale agli inizi degli anni '90, tramite il riconoscimento ad esso di valore rilevante con riferimento particolare a settori economici, attribuendogli però i caratteri di regola generale operante per raggiungere un bilanciamento più soddisfacente degli interessi fronteggiatisi e non di un valore a sé stante³⁴⁵.

Il concetto espresso dal giudice costituzionale con riferimento alla delimitazione della competenza legislativa statale e regionale in materia di concorrenza, può trasporsi nella interpretazione del rapporto tra azione amministrativa e mercato così come delineato dalla disciplina comunitaria in materia di contratti pubblici.

Sul tema, infatti, non pare esservi concordanza in dottrina e giurisprudenza.

Da un lato, si registra un orientamento del giudice amministrativo che fa leva sul principio della “tutela della concorrenza” soprattutto per esprimere l’osservanza in termini generali dell’espletamento di procedure ad evidenza pubblica ma anche per risolvere altre problematiche inerenti la materia dei contratti pubblici, non del tutto coincidenti con la sfera

comunitario nell’ambito degli ordinamenti interni, rilevando che il diritto comunitario viene considerato dalla Corte Costituzionale come parametro per valutare la costituzionalità di statuti regionali; CALVANO R., *La Corte costituzionale e il nuovo orizzonte della tutela multilivello dei diritti fondamentali alla luce della riflessione di S. Panunzio*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, settembre 2006; CINTIOLI F., *Fonti interne e norme comunitarie tra unità e pluralità di ordinamenti: recenti tensioni e prospettive di sviluppo*, in *Diritto e Formazione*, 2001, n.1, 3 ss., osserva che, a dimostrazione della scarsa tenuta del principio di separazione, la stessa giurisprudenza costituzionale negli ultimi anni ha preso a considerare le norme comunitarie come referenti diretti in giudizi di costituzionalità aventi ad oggetto norme nazionali. L’autore cita: Corte Costituzionale, 27 novembre 1998, n.383 in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1994, 864; Corte Costituzionale, 10 novembre 1999, n.425, in *Il Consiglio di Stato*, 1999, II,1655; GALETTA D.U., *La previsione di cui all’art. 3, comma 1, cpv, della legge di revisione del titolo V della Costituzione come definitivo superamento della teoria dualista degli ordinamenti*, in AA. VV., *Problemi del federalismo*, Incontro di studio, Milano, 2001, 293.

³⁴⁵ Corte Costituzionale, 9 dicembre 1991, n. 439 in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1991, n. 6, 3671, nella quale viene affermata la sussistenza di un interesse, nel contesto costituzionale, all’efficienza ed alla competitività delle imprese ed al loro permanere in un mercato libero, dicendo che in tutto ciò consiste il “fine di utilità sociale al quale deve essere finalizzata l’attività imprenditoriale”.

applicativa del principio di derivazione comunitaria³⁴⁶.

In questo senso, di recente, è stato fatto fermento alla cogenza del principio concorsuale desumibile dal diritto comunitario e recepito decreto legislativo n. 163 del 2006, per estenderne la portata a “tutte le attività contrattuali della P.A. pur se non soggette a disciplina puntuale di stampo nazionale o di derivazione europea”.

La tesi è stata giustificata in base ai principi del Trattato in tema di tutela della concorrenza “valevoli al di là dei confini tracciati da direttive specifiche in quanto tesi ad evitare restrizioni ingiustificate e sproporzionate alla regola generale della libertà di competizione”³⁴⁷.

In tale filone interpretativo si colloca quella dottrina che rinviene, in considerazione della applicazione dei principi comunitari, il fondamento del rispetto di meccanismi di confronto concorrenziale nell'affidamento dei contratti pubblici viene colto non tanto nel richiamo all'art. 97 della Costituzione, che di certo non presidia il valore della concorrenza, ma nella capacità espansiva delle norme comunitarie in materia di salvaguardia della concorrenza degli operatori economici e di efficienza delle regole del mercato espressione di un costituzionalismo europeo *in fieri* rilevante proprio sul terreno della costituzione economica³⁴⁸.

A fronte di tale interpretazione estensiva dei vincoli di evidenza pubblica ed, in generale, dei margini di operatività dell'azione

³⁴⁶ CINTIOLI F., *Op. cit.*, 37, il quale invita a riflettere sull'uso molto frequente che il giudice amministrativo mostra di fare del principio di libera concorrenza soprattutto in relazione al tema dell'evidenza pubblica. Ad esempio: Consiglio di Stato, VI, 5 maggio 2003, n. 2332 in *Urb. e App.*, 2003, 918, che riferisce alla tematica dei rapporti tra annullamento della procedura ed evidenza pubblica e sorte del contratto il principio comunitario della libertà di concorrenza, anche se, in effetti, la disciplina comunitaria non si preoccupa dei rapporti tra la procedura di aggiudicazione e la sorte del contratto, lasciata alla disciplina interna degli stati membri.

³⁴⁷ Consiglio di Stato, VI, 10 gennaio 2007 n. 30, *cit.*

³⁴⁸ CASSESE S., *La costituzione economica Europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.* 2001, 907 ss.; TRIMARCHI BANFI F., *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 945; MONTINI M., *Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, appalti di diritto privato e principi concorrenziali*, nota a T.A.R. Liguria, sez. I, 22 novembre 2002, n. 1125, in *Foro Amm.*, TAR, 2002, 12, 3954.

amministrativa in connessione col principio di libera concorrenza, la dottrina fa notare come questa tendenza potrebbe porsi in contrasto con l'obiettivo ultimo sotteso a tale principio, che mira alla riduzione dell'intervento pubblico in campo economico, non individuando nella libertà di concorrenza un *valore in positivo*, al pari del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione³⁴⁹.

Infatti, viene rilevato che la disciplina in materia di contratti pubblici impone, in determinati casi, una crescita del modello di azione amministrativa che appare riscontrabile, ad esempio, nella creazione dell'organismo di diritto pubblico, ovvero nella introduzione di strumenti da parte delle p.a. finalizzati al rispetto dei principi generali presiedenti la materia dei pubblici affidamenti.

Tuttavia, l'intervento pubblicistico che così si delinea non assume la finalità di incrementare la sfera pubblica nel settore degli appalti, ma, al contrario, appare teso a garantire il corretto ed equilibrato svolgimento delle procedure di gara, evitando le distorsioni dovute alla presenza del soggetto pubblico, per consentire l'esplicazione effettiva della concorrenza³⁵⁰.

L'assunto enunciato è evincibile dal pensiero della Corte di Giustizia e del giudice interno.

La prima ha, infatti, in più occasioni affermato che “dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia è possibile desumere anche l'obbligo di preconstituire o di applicare un determinato procedimento sia in capo al legislatore che all'amministrazione ed alla magistratura”.

“In relazione alla disciplina degli appalti, si può ricavare come le libertà fondamentali impongono senz'altro agli stati membri anche

³⁴⁹ CINTIOLI F., *Op. cit.*, 367, il quale sottolinea: “La libera concorrenza è valore in negativo perché muove da una condivisione dei valori del libero mercato, della sussidiarietà in campo economico, della riduzione della sfera pubblica e dell'intervento pubblico. La libera concorrenza, sebbene troppo spesso utilizzata per identificare un fine contingente in positivo, non può certo replicare una nuova stagione interventista”.

³⁵⁰ GRECO G., *Effettività del diritto amministrativo*, Padova, 1998, 277.

obblighi procedurali di carattere positivo”³⁵¹.

Il secondo sottolinea come “i principi comunitari del mercato e della concorrenza non sono svincolati da un’idea di sviluppo economico-sociale e sarebbe errato affermare che siano estranei alle istituzioni pubbliche compiti di intervento sul mercato”³⁵².

Dalle considerazioni svolte, si comprende come i concetti di “mercato” e di “concorrenza” non vadano intesi come valori in senso assoluto in quanto la loro attuazione richiede una costante attività di adeguamento rispetto alle condizioni sussistenti in un dato momento ma come concetti relativi e strumentali rispetto al perseguimento di obiettivi di carattere generale.

Pertanto, si parla di impossibilità di “individuare un infallibile assetto ideale di libero mercato, unico ed imm modificabile e da conseguire ad ogni costo; si deve invece accettare l’idea che il miglior libero mercato possibile possa manifestarsi in fogge molto diverse e che non ve ne sia uno solo”³⁵³.

La relatività della nozione di concorrenza così ricostruita impone, quindi, l’effettuazione di una costante attività di bilanciamento di con gli interessi che, unitamente ad essa, vengono in considerazione nell’ambito delle varie materie di interesse comunitario.

In relazione alla tematica dei contratti pubblici, se è vero che i valori connessi alla concorrenza assumono nel contesto normativo attuale un peso considerevole, frutto del processo di integrazione europea, di cui il codice dei contratti costituisce una evidente presa d’atto, non può ritenersi che essi superino *in toto* la tutela della correttezza dell’agire amministrativo e della corretta gestione delle risorse pubbliche, i quali restano comunque valori positivi da tutelare nell’ambito delle procedure

³⁵¹ Conclusioni Avv. Gen. Christine Stix- Hackl, 12 aprile 2005, C-231-03, Co.na.me. e Comune di Cingia de’Botti, *cit.*, punti 49-51.

³⁵² Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 14, *cit.*

³⁵³ CINTIOLI F., *Op. cit.*, 367.

di aggiudicazione ed affidamento dei contratti.

Il dato appare altresì confermato dal pensiero dottrinale ad avviso del quale “l’ampliamento del mercato postula una regolamentazione dei rapporti economici capillare ed oggettiva, come quella amministrativa, eppure duttile, come quella contrattuale, ai fini di un calibrato assetto disciplinare in cui assumano rilievo, nelle reciproche interrelazioni, sia i pubblici interessi concretamente rilevanti sia le regole della concorrenza”³⁵⁴.

Ciò che si rende necessario è, pertanto, un contemperamento tra le due categorie di interessi, nel senso indicato da dottrina e giurisprudenza³⁵⁵.

Tale conclusione può ritenersi in linea con la tecnica normativa utilizzata dal legislatore comunitario in base ad un duplice ordine di motivazioni.

La prima ragione va ricollegata al fatto che essa mira ad attuare un contesto normativo che consenta l’esercizio delle libertà fondamentali previste dal Trattato imponendo a tale fine obblighi di risultato nei confronti degli stati membri, senza comportare una totale abdicazione della sfera di interessi già presenti all’interno degli ordinamenti nazionali.

La seconda ragione va riconnessa alla necessità di adottare una visione del mercato in linea con la ratio propria delle direttive di ultima generazione, trasfusa nel codice, che denota, come ampiamente illustrato, il superamento di una concezione incentrata sulla dimensione economica degli scambi a favore di un *approccio multidimensionale, che faccia emergere le connessioni tra il mercato interno e le politiche volte ad assicurare la coesione sociale e*

³⁵⁴ STICCHI DAMIANI E., *Op. cit.*, 8.

³⁵⁵ Sulla generale impossibilità, negli ordinamenti moderni, di determinare una “gerarchia di valori” si veda: ZAGREBELSKY G., *Op. cit.*, il quale sottolinea come nelle costituzioni materiali attuali “la pluralità dei principi e l’assenza di una gerarchia formalmente determinata comporta che non vi possa essere una scienza nella loro composizione ma una prudenza nel loro bilanciamento” in quanto “se ciò avvenisse, si determinerebbe una incompatibilità col carattere pluralistico della società, inconcepibile nelle condizioni costituzionali materiali attuali”.

*lo sviluppo sostenibile*³⁵⁶.

Viene, infatti, rilevato che l'evoluzione della concezione giuridica del mercato europeo da “comune” ad “interno” mostra un progressivo affievolimento della necessità di difendere il posto centrale della libertà economica rispetto ad altre politiche e una contestuale emersione della necessità di bilanciare tale valore con altri principi e libertà, che vengono adottati talvolta come ragione giustificativa dello stesso.

³⁵⁶ TORCHIA L., *Op. cit.*, 63, che fa riferimento , oltre agli obiettivi di coesione sociale e di sviluppo sostenibile, alla emersione della libertà di scelta del consumatore, che, nei recenti testi normativi comunitari, viene addotta quale ragione giustificatrice del mercato interno. Si veda, in tale senso: Risoluzione del Parlamento UE sul Libro Bianco SIG, par. a), nel quale si dice: “ i Trattati prevedono un'economia sociale di mercato aperta e che, tra gli altri, i seguenti principi costituiscono termini di riferimento e sono importanti in questo contesto: [...] la *concorrenza*, che rende possibile il completamento del mercato interno sulla base delle regole dell'economia sociale di mercato ed è disciplinata dal diritto della concorrenza che è un ambito fondamentale dell'ordinamento democratico soprattutto per evitare gli abusi dei monopoli e del potere economico e garantire innovazione, elevata qualità a prezzi accessibili, diversificazione delle scelte dei consumatori e loro tutela giuridica [...]”.

Bibliografia

ACQUARONE G., *La scelta del socio privato di minoranza nelle società miste di gestione dei servizi pubblici locali*, e in *Rass. Giur. En. Elettrica*, 1998, 2-3, pag. 525 e ss.;

ALESSI R., *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956;

ALLEGRI A., *La politica della concorrenza*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, in SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, XXXII, Torino, 2002 (Cfr.: P.te III, 227);

ALPA G., *Il disordine legislativo, la creatività della giurisprudenza e il caso della giustizia civile*, in *Pol. Civ.*, 1986, 607;

AMATO G., *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni Costituzionali*, 1992, 7;

AMORTH A., *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1938, 465;

ARROSWSMITH S., *The legality of secondary procurement policies under the treaty of Rome and the works directive*, in *Public Procurement Review*, 1992, I, 410;

BARETTONI ARLERI A., *Linee evolutive della contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, Milano, 1980, 177 e ss.;

BENACCHIO G.A., DE PRETIS D., a cura di, *Appalti pubblici e servizi di interesse generale*, Trento, 2005;

BORSI U., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1938, 49 e ss.;

BULOW J.I., KEMPLERER P., *Actions versus negotiations*, in *American Economic Review*, 1996, 86;

CACACE S., *Clausole abusive e pubbliche amministrazioni*, in www.giustizia-amministrativa.it/studiecontributi, settembre 2006;

CAFAGNO M., *Lo Stato Banditore*, Milano, 2001;

CALVANO R., *La Corte costituzionale e il nuovo orizzonte della tutela multilivello dei diritti fondamentali alla luce della riflessione di S. Panunzio*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, settembre 2006;

CARATELLI E., *Il principio di proporzionalità quale derivato tecnico del principio di legalità*, in *Il Consiglio di Stato*, 2003, 248;

CARANTA R., *I Contratti Pubblici*, Torino, 2004;

CARANTA R., *Diritto comunitario e tutela dinanzi al giudice amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubblici*, 2000, 1, 81;

CARULLO A., *L'azione amministrativa mediante il mercato*, *Diritto Pubblico*, 1992, 407;

CARULLO A., *Libertà di concorrenza, interesse al ricorso e scelta del contraente*, nota a Consiglio di Stato, V, 18 gennaio 1984, n.49, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1984, 230; e in *Rivista Trimestrale degli appalti*, 1986, 211 ss.;

CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005;

CARINGELLA F., *Il congelamento al 1° febbraio 2007 non vale per le gare già avviate*, in *Guida al Diritto*, luglio 2006, 15;

CASSESE S., *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, 2000, I, 165 ss.;

CASSESE S., *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, *Riv. trim. dir. pubblico*, 2003, 1, 35;

CASSESE S., *Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali*;

CASSESE S., *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2001, 601 ss.;

CAVALLO PERIN R., *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. Amm.*, 2000, 41;

CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto Amministrativo*, Torino, 2005, 636;

CERULLI IRELLI V., *Principi del diritto amministrativo*, Torino, 2000;

CERULLI IRELLI V., Nota a Tar Campania, I, 29 maggio 2002, n.3177, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, n.11;

CERULLI IRELLI V., *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241 del 1990*, in *www.giustamm.it*, 4-5;

CERULLI IRELLI V., *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale*

dell'azione amministrativa (primo commento alla l. n. 15 del 2005 recante modifiche e integrazione alla l. n. 241 del 1990), in <http://www.astridonline.it>;

CIANFLONE F., GIOVANNINI G., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003;

CINTIOLI F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005;

CINTIOLI F., *Fonti interne e norme comunitarie tra unità e pluralità di ordinamenti: recenti tensioni e prospettive di sviluppo*, in *Diritto e Formazione*, 2001, n.1, 3 ss.;

CIVITARESE MATTEUCCI S., *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Diritto Pubblico*, 2003, n. 2, 405 e ss.;

CHITI E., *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2004, n. 3, 679;

CLARIZIA A., *Associazione temporanea tra imprese e consorzi nell'esecuzione delle opere pubbliche: profili amministrativistici*, in *I TAR*, 1984, II, p. 107;

CORRADINO M., *I principi di garanzia quali limiti alla potestà legislativa regionale in materia di procedimento amministrativo: una chiave di lettura di diritto comunitario*, in www.giustizia-amministrativa.it;

CORSO G., *L'attività amministrativa*, Torino, 1999;

CUGURRA G., *La difficile convivenza fra normativa comunitaria e legislazione nazionale in materia di opere pubbliche*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 1989, n. 1;

D'ALBERTI M., *I Public contracts nell'esperienza britannica*, Milano, 1984;

DE LUCIA L., *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. amm.*, 2005, n. 1, 101;

DE NICTOLIS R., *Procedure aperte e ristrette*, in AA.VV., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005, 372;

DE NICTOLIS R., *Il nuovo Codice degli Appalti Pubblici*, Roma, 2006;

FALCON G., *Alcune osservazioni sullo sviluppo del diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl. Com.*, 1993, 74 e ss.;

FERRARA F., *I principi generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa, 1941, poi in *Scritti Giuridici*, 1954, 130;

FERRARA G.F., *Il principio di proporzionalità*, in *Atti del Convegno di Brescia, dell'associazione magistrati amministrativi italo-franco-tedesca*, Milano, 1998, 131;

FIORENTINO L., LACAVA C., (a cura di), *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, *Quaderni del Giornale di Diritto amministrativo*, diretti da CASSESE S., Roma, 2004;

FRACCHIA F. CARROZZA L., *difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla Direttiva 2004/18/CE*, in *www.giust-amm.it/new-2004*;

FRACCHIA F., *La Suprema Corte impone il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica nella scelta del socio privato delle società a prevalente partecipazione pubblica degli enti locali: un ulteriore allontanamento dal modello privatistico?* in *Foro It.*, 2000, I, 806;

GALGANO F., *Commento all'art. 41 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, Scialoja – Branca, Bologna, 2000, 1 e ss;

GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998;

GALETTA D.U., *La previsione di cui all'art. 3, comma 1, cpv, della legge di revisione del titolo V della Costituzione come definitivo superamento della teoria dualista degli ordinamenti*, in AA. VV., *Problemi del federalismo*, Incontro di studio, Milano, 2001, 293;

GALETTA D.U., *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. It. Dir.Publ.Com.*, 2004, n.4, 855;

GALLUCCI C., voce *Appalto Pubblico*, in *Enc. Giuridica Treccani*, 9;

GAROFOLI R., SANDULLI A.M., (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e legge comunitaria n.62 del 2005*, Milano, 2005;

GIANNINI M.S., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1967;

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970;

GIANNINI M.S., *Diritto Pubblico dell'Economia*, Bologna, 1995;

GIANNINI M.S., *I contratti ad evidenza pubblica*, in *Dir. Amm.*, 1998, 393 ss;

- GIORGI G., *Dottrina delle persone giuridiche*, Firenze, 1899;
- GRECO G., *I contratti della Pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986;
- GRECO G., *L'effettività della giustizia amministrativa nel quadro del diritto europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, 3-4, 798;
- GRECO G., *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl. Com.*, 1993, 85 e ss;
- GRECO G., *Effettività del diritto amministrativo*, Padova, 1998;
- GRILLO M., *The Theory and practice of Antitrust. A perspective in the History of Economics Ideas*, Padova, 2006;
- GUARINO G., *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quaderni Costituzionali*, 1992, n. 1, 21 ss.;
- GUASTINI R., *Legalità (principio di)*, *Dig. Disc. Pubbl.*, 499;
- IAIONE C., *Gli equilibri instabili dell'in house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?*, in *Giust. Civ.*, 2006, I, 13;
- INVERNIZZI R., *Le specifiche tecniche*, in AA.VV., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005, 271;
- LANDI G., POTENZA G., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1971, 567;
- LEDDA F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1964 ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002;
- LEGGIADRO F., *I contratti di rilevanza comunitaria, commento a Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, n.8, 878;
- LIPARI M., *I principi di trasparenza e pubblicità*, in AA.VV., *Appalti pubblici e servizi di interesse generale*, Trento, 2005;
- MANTELLINI G., *Lo Stato e il codice civile*, Firenze 1882;
- MARCHEGIANI G., *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl.*, 2002, 6;

- MASSARI A., *Sistemi alternativi all'appalto ad evidenza pubblica*, Rimini, 2003;
- MASSERA A., *I contratti*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto Amministrativo Generale*, Tomo II, Milano, 2003;
- MASSERA A., *Principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Diritto Amministrativo*, 2005, fasc. 4, pp. 707;
- MASTRAGOSTINO F., *La riforma del procedimento amministrativo e i contratti della P.A.*, in www.lexitalia.it/articolienote/n.4/2006;
- MAYER O., *Teorie des françoisischen Verwaltungsrechts*, Berlino, 1876;
- MERUSI F., *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina degli appalti*, in *Riv. It. Dir. pubbl. Com.*, 1997, 39 ss.;
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, 2001;
- MERUSI F., *Giustizia amministrativa e Autorità indipendenti*, *Annuario*, 2002;
- MERUSI F., *Il diritto privato della Pubblica Amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. Amm.*, 2004, n. 4, 649;
- MISSERINI G., *Commento a Consiglio di Stato, V, 18 novembre 2004, n. 7554*, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, n. 6, 37;
- MONTEDORO G., *Le concessioni di lavori pubblici*, in GAROFOLI R., SANDULLI A.M., (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e legge comunitaria n.62 del 2005*, Milano, 2005, 839;
- MONTINI M., *Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, appalti di diritto privato e principi concorrenziali*, nota a T.A.R. Liguria, sez. I, 22 novembre 2002, n. 1125, in *Foro Amm., TAR*, 2002, 12, 3954;
- MORBIDELLI G., *La scelta del contraente nella trattativa privata*, in *Riv. Trim. App.*, 1994, 771;
- MORBIDELLI G., *Corte Costituzionali e Corti Europee: la tutela dei diritti dal punto di vista della Corte di Lussemburgo*, in *Foro Amm., C.d.S.*, 2005, 312;

MORBIDELLI G., ZOPPOLATO M., voce *Appalti pubblici*, in CHITI M.P., GRECO G., a cura di, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, 262;

MOSCARINI L.V., *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988;

MENY Y., MULLER P., QUERMONNE J.L., *Adjusting to Europe. The impact of European Union on national institutions and policies*, Londra, 1996;

NICCOLAI S., *Mercato come valore o mercato come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, nota a Corte Cost. , n. 439 del 1991, in *Giur. Cost.*, 1991, 3680 ss.;

ORLANDO V.E., *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1908;

PELLIZER F., *Le concessioni di lavori pubblici*, in BENACCHIO G. A., DE PRETIS D., a cura di, *Appalti pubblici e servizi di interesse generale*, Trento, 2005, 50;

PERICU G., *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in AA.VV., *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, 1623;

PICOZZA E., *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, *Studi in memoria di F.Piga*, I, Milano, 1992, 728;

POLI V., *Principi generali e regime giuridico dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni*, in www.giustizia-amministrativa.it,

PRESUTTI E., *Contratti di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche: risoluzione in danno dell'Amministrazione per inadempienza di questa*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1912, II, 182 ss.);

PROTTO M., Nota a Corte di Giustizia CE, 14 ottobre 2005, C-275/03, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, 1, 37;

PROTTO M., *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urbanistica e Appalti*, 2004, n. 7, 755;

REALFONZO U., GALTIERI C., DEL CASTILLO I., *Appalti pubblici di forniture*, Milano, 2004;

RESCIGNO G., *Note di diritto privato sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in *DEC*, 1964, pag. 20;

RESTA R., *Sulla natura speciale del contratto di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche e sulla proponibilità di azione giudiziaria per inadempimento dell'Amministrazione*, in *Foro Amm.*, 1932, II, 185, nota a Cass., 16 aprile 1932, n. 1435;

RICHER L., *L'assistance technique de l'Etat aux communes peut-elle réellement s'affranchir de la concurrence?* In *Rev. fr. dr.amm.*, 2002, 1056 ss;

ROEHRSEN DI CAMMARATA G., *I contratti della P. A.*, Bologna, 1959;

ROMANO S., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961;

SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998;

SANDULLI A.M., GAROFOLI R., a cura di, *Il nuovo diritto europeo degli appalti pubblici*, Milano, 2005;

SAJA G., *Legge a tutela della concorrenza e del mercato in Italia*, Bologna, 1991;

SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2000, 151;

SPAGNUOLO VIGORITA R., *Collegamento di imprese delle gare di appalto: sulla necessità della ricerca di un punto di equilibrio tra la tutela della concorrenza e la garanzia di regolarità sostanziale delle procedure di scelta del contraente*, in *Foro Amm.*, TAR, 2002, 2893 ss.;

SPINOZZI M., *Tra interesse ad agire e principio di proporzionalità*, in *Foro Amm.*, C.d.S., 2003, 3, 940;

STICCHI DAMIANI E., *La nozione di appalto pubblico*, Milano, 1999;

TORCHIA L., *La scienza del diritto amministrativo*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2001, 1105 ss;

TORCHIA L., *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006.

TREVES G., *Osservazioni sui capitoli generali per i contratti della pubblica amministrazione*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1938, 92.

TRIMARCHI BANFI F., *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 945;

VAIANO D., *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996;

VANNI D'ARCHIRAFI, *La dinamica delle direttive comunitarie sugli appalti pubblici e le problematiche di recepimento negli stati membri*, in *Rivista di politica economica*, 1994, n. 8-9, 13;

JANNEAU B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Recueil Sirey, 1954;

ZAGREBELSKY G., *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1984, 229 ss.;

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992;

ZINGALES I., nota a TAR Lombardia, MILANO, III, 5 maggio 1998, n. 922 in *Foro Amm.*, 1998, 2452;

ZANOBINI V., *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1915, 187 ss.

Indice delle pronunce giurisprudenziali

Corte di Giustizia CE, 18 gennaio 2007, C-220/05, in *www.curia.eu.int* ;

Conclusioni dell'Avv. Gen. Maduro M. Poiares presentate il 14 dicembre 2006, C-134/05, Commissione UE contro Repubblica Italiana, in *www.curia.eu.int* ;

Tar Lazio, Roma, III-quater, 18 luglio 2006, n. 5993 in *Sanità Pubblica e Privata*, 2006, n.6, 79 ;

Consiglio di Stato, V, 21 aprile 2006, n.2260 in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, n.7, 764 ;

Determinazione dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici del 19.01.2006, n.01/06, in *www.autoritàcontrattipubblici.it* ;

Consiglio di Stato, V, 12 ottobre 2004, n.6568, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, I, 2005, 624 ;

Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, 21 luglio 2005, C-231/03, in *Giornale di diritto Amministrativo*, 2006, n.4, 405 ;

T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 19 luglio 2005, n. 1290, in *Foro amm. TAR*, 2005, f. 7/8, 2536;

Tribunale di Primo Grado, 17 marzo 2005, T-160/03, in *Foro Amm., C.d.S.*, 2005, 659 ;

Corte di Giustizia CE, 3 marzo 2005, C-21/03, in *Il Consiglio di Stato*, 2005, 553;

Corte di Giustizia, I, 11 gennaio 2005, C-26/03 Stadt- Halle e RPL Lochau, in *Racc.*, I- 1, punto 47;

Consiglio di Stato, 18 novembre 2004, n. 7554 in *Foro Amm.*, 2004, 498;

Corte di giustizia CE, II, 7 ottobre 2004, C-247/02, in *Urbanistica e Appalti*, 2004, 1267 ;

TAR Lombardia, III, 4 agosto 2004, n.3242, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, n.2, 211;

Corte di Giustizia CE, 14 dicembre 2003, C-448/01, EVN AG et Wienstrom Gbmh c. Repubblica Austriaca, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, I, 299;

Consiglio di Stato, V, 5 maggio 2003, n.2332, in *Il Consiglio di Stato*, I, 1067;

Corte di Giustizia, 10 aprile 2003, C-276/01, Steffensen, in *Racc.*, 2003, I - 3735, punto 66;

Corte di Giustizia 27 febbraio 2003, C-327/00, Santex, in *Racc.*, 2003, I-1877, punto 56 ;

Corte di Giustizia, 12 dicembre 2002, C-470/99, Universale-Bau e a, in *Racc.*, 1999, I-11617 ;

Consiglio di Stato, 12 novembre 2002, n. 6259 in *Giust. Civ.*, 2003, 865 ss.;

TAR Lazio, Sez. III-ter, 27 novembre 2002, n. 10823 in *I TAR*, 2002, 250 ;

Cons. St., V, 13 maggio 2002 n. 2581, in *Foro it.*, 2002, 2173 ;

Tar Lombardia, Milano, III, 13 maggio 2002, n.2061 in *I Tar*, 2002, I, 2427, poi annullata da Consiglio di Stato, V, 26 marzo 2003, n.1577, in *Consiglio di Stato*, 2003, I, 709 ;

Consiglio di Stato, V, 7 maggio del 2002, n. 5714, in *Foro Amm., C.d.S.*, 2003, 3, 940 ;

Consiglio di Stato, V, 15 febbraio 2002 n. 919, in questa *Foro Amm.*, 2002, 418 ;

Tar Liguria, II, 17 gennaio 2002, n.30 in *Urbanistica. e Appalti*, 2002, 1094;

T.a.r. Puglia, sez. II, 27 dicembre 2001, n. 7744, in *Finanza locale*, 2002, 923 ;

TAR Basilicata, 14 novembre 2001 n. 777, in *I TAR*, 2002, 335 ;

Corte di Giustizia, 18 ottobre 2001, C-19/00, SIAC Construction c. Country Council of the Country of Mayo, in *Racc.*, I, 7725, punto 43;

Corte di Giustizia CE, in tal senso, sentenza 12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli Architetti e a., *Racc.* pag. I-5409, punto 52, punto 90;

Cons. Stato, sez. V, 9 febbraio 2001, n. 578, in *Cons. Stato*, 2001, I, 231 ;

Consiglio di Stato, IV, 1 febbraio 2001, n.399, in *Foro It.*, 2001, III, 263 ;

Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, C-94/99, ARGE in *Racc.*, 2000, I-11037 ;

Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, C-324/98, Teleaustria e Telefonadress, in *Racc.* , 2000, I-10745 ;

TAR Milano, III, 30 ottobre 2000, n. 6158, in *I TAR*, 2000, 876 ;

Corte di Giustizia CE, 26 settembre 2000, C-78/00, in *Corr. Giur.*, 2000, 1654 ;

Consiglio di Stato, V, 10 aprile 2000, n.2079, in *Il Consiglio di Stato*, I, 923 ;

Consiglio di Stato, Ad. Gen., 17 febbraio 2000 n. 2, in *Foro It.*, 2001, III, 347 ;

Corte di Giustizia CE, 2 dicembre 1999, C-176/98, Holst Italia, In *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 1405 ;

Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, in causa C-107/98, Teckal s.r.l. c. Comune Viano, in *Racc.*, 1999, I-5219 ;

T.A.R. Piemonte, 13 novembre 1999, n. 564, in *Italia Oggi*, 30 novembre 1999, 34 ;

Autorità di vigilanza sui lavori pubblici del 28 settembre 1999, “Bandi di gara in materia di appalti pubblici”, in *Bollettino*, n.4/1999;

Tar Lombardia, sez. III, 20 agosto 1999, n. 1955, in *Foro amm.*, 1999, 1832;

Consiglio di Stato, sez. IV, 11 febbraio 1999, n. 149, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1999, 368;

Corte di Giustizia, 10 novembre 1998, BFI Holding, in causa C-360/96, in *Racc.*, 1998, I-6821;

TAR Lombardia, MILANO, III, 5 maggio 1998, n. 922 in *Foro Amm.*, 1998, 2452;

Consiglio di Stato, V, 23 aprile 1998, n.477 in *Il Consiglio di Stato*, 1998;

Consiglio di Stato, V, 24 maggio 1996, n.731, *ivi*, 1996, I, 983;

Consiglio di Stato, Ad. Gen., 16 maggio 1996, n.77 in *Cons. Stato*, 1997, I, 603;

Corte di Giustizia, 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio, *Racc.* pag. I-2043;

Consiglio di Stato, V, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, n. 6, pag. 1257;

Consiglio di Stato, Ad. Gen., 28 settembre 1995, n.95, in *Ragiusan*, 1997, 298;

Corte di Giustizia, 30 novembre 1995, C-55/94, Gebhard, in *Racc.*, 1995, I-4165;

Corte di Giustizia, 17 ottobre 1995, C-44/94, The Queen C. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, *Racc.*, 1995, p. I-3115, punti 56-59;

Cass. Civ., Sez. lav., 3 febbraio 1995, n.1271, in *Dir. lav.*, 1995;

Tar Piemonte, II, 27 settembre 1994, n.429 in *I TAR*, 1994, 450;

Consiglio di Giustizia Amministrativa della regione siciliana, 1 agosto 1994, n.279, in *Il Consiglio di Stato*, I, 1162;

Corte di Giustizia CE, 14 aprile 1994, C-389/92, Ballast Nedam Groep, in *Giur.It.*, 1995, 545;

Corte di Giustizia, 5 ottobre 1994, C-133/93, C-300/93, C-362/93, in *Racc.*, 1994, I-4863;

Corte di Giustizia CE, 17 novembre 1993, C-71/92, in *Racc.*, 1993, 3126;

Consiglio di Stato, VI, 28 novembre 1992, n.952, in *Arch. Giur. Oo. Pp.*, 1992, 368;

Corte Costituzionale, 9 dicembre 1991, n. 439 in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1991, n. 6, 3671;

Corte di Giustizia CE, 28 febbraio 1991, C-131/88, Commissione/Germania, in *Racc.*, pag.I-825;

TAR Abruzzo, 3 agosto 1990, n.398, in *Arch. giur. oo.pp.*,1991, 972;

Corte di Giustizia, 5 dicembre 1989, C-3/88, Commissione c. Repubblica Italiana, in *Racc.*, 1989, 4035;

Corte di Giustizia, 11 luglio 1989, causa 265/87, *Schraeder & Co c. Hauptzollamt Gronau*, in *Racc.*, 1989, 2237;

Corte di Giustizia, CE, 22 giugno 1989, C-103/88, Fratelli Costanzo/Comune di Milano, in *Racc.*, 1989,1839;

TAR Liguria, 21 febbraio 1989, n.114, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1989, 1208;

Corte di Giustizia, 20 settembre 1988, C-31/87, Beentjes contro Paesi Bassi, in *Racc.*, 1988, 04635;

Corte di Giustizia, CE, 9 luglio 1987, Cause Riunite 27-28, in *Racc.*, 1993, 3347;

Consiglio di Stato, V, 25 marzo 1986, n.197 in *Il Consiglio di Stato*, 1986, I, 1432;

Corte di Giustizia, 28 marzo 1985, C-274/83, Commissione/Italia, *Racc.*, 1985, 1077;

Corte di Giustizia, 17 maggio 1984, causa 15/83, *Denkavit Nederland c. Hoofdprodukschap voor Akkerbouwprodukten*, *ivi*, 1993, I-5535;

Consiglio di Stato, V, 18 gennaio 1984, n.49, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1984, 230; e in *Rivista trimestrale degli appalti*, 1986, 211 ss.;

TAR Calabria, Catanzaro, 18 luglio 1983, n.170 in *Arch. Giur. Oo.Pp.*, 1984, 772;

Cass. Civ., SS.UU., 15 gennaio 1983, n. 328 in *Foro Amm.*, 1983, 2102;

Corte di Giustizia, 10 febbraio 1982, C-76/81, Transporoute et travaux, in *New Law Journal*, 1983, 533;

Corte di Giustizia, 17 dicembre 1981, causa 279/80, Webb, *Racc.*, 1981 pag. 3305;

TAR Puglia, Lecce, 30 ottobre 1981, n.390, in *Arch. giur. oo. pp.*,1981, II, 599;

Corte di Giustizia, 29 ottobre 1980, C-22/80, Boussac Saint-Frares in *Racc.*, 1980, 3427;

Corte di Giustizia, 8 ottobre 1980, C-810/79, Uberschar, in *Racc.*, 1980, 2747;

Corte di Giustizia, 19 giugno 1980, cause riunite, 41/79, 121/79, 796/79, *Testa, Maggio e Vitale c. Bundesanstalt fuer Arbeit*, pt. 21, *ivi*, 1980, 1979;

Corte di Giustizia, 20 febbraio 1979, Cassis De Dijon, in C-120/78, *Racc.*, 1979, 649;

Consiglio di Stato, V, 27 gennaio 1978, n.107, in *Il Consiglio di Stato*, 1978, I, 72;

Corte di Giustizia, 8 aprile 1976, Royer, C-48/75 in *Racc.*, 1975, 497;

Corte di Giustizia, 8 aprile 1976, C-43/75, Defrenne c. Sabena in *Racc.* I, 1976, 455;

Consiglio di Stato, V, 11 marzo 1976, n. 453 in *Giur. it.*, 1977, III, 5;

Consiglio di Stato, Ad. Gen., 28 settembre 1995, in *Ragiusan*, 1997, 298;

Consiglio di Stato, V, 19 dicembre 1970, n.1091, in *Foro Amm.*, 1970, I, 2, 1437;

Corte di Giustizia CE, 17 dicembre 1970, Koster, C-25/70 in *Racc.*, 1970, 1161;

Cass. Civ., SS.UU., 28 settembre 1970, n. 1645 in *Foro Amm.*, 1970, I, 526;

Consiglio di Stato, V, 5 aprile 1963, n.186 in *Mass. Amm.*, 1963, II, 183.