

L'evidenza pubblica: tra principi eurounitari e procedure interne

Autore: Salvatore Faraci

In: Approfondimenti

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. L'evidenza pubblica e i principi ispiratori. Prospettive interne ed eurounitarie. - 3. Le fasi della gara: il bando di gara e la lettera d'invito. Disciplina giuridica. - 4. I motivi di esclusione. Profili di contrasto alla criminalità organizzata. - 5. Conclusioni

1.

Introduzione.

Il presente lavoro muove dall'analisi dell'articolata tematica dei contratti della Pubblica Amministrazione, quale risultante degli interventi normativi succedutisi a partire dal D.lgs. n. 163 del 13 aprile 2006 e successive modifiche in recepimento delle direttive comunitarie 2004/18/CE e 2004/17/CE al d.lgs. 50/2016 recante norme di "attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE" sino al più recente intervento riformatore registratosi con il D.L. 32/2019 (cd. decreto sblocca cantieri) sotto lo specifico angolo prospettico 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.

Nel corso della trattazione, **si procederà alla ricostruzione sistematica dei valori fondanti e sottesi alla nozione di evidenza pubblica, in ottica comparativa tra ordinamento interno e comunitario.** Sotto questo precipuo aspetto viene messa in luce la ratio della disciplina sugli appalti pubblici, da individuarsi nella finalità di garantire condizioni di concorrenza effettiva nell'attività contrattuale dei soggetti pubblici, al fine di esplicitare concretamente le libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi ex artt. 43 e 49 del Trattato UE.

Lungo tale linea direttrice, **saranno indagate le tecniche di normazione attraverso cui è resa operativa la funzione strumentale dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, pubblicità, e favor participationis rispetto alla nozione di concorrenza,** nonché la progressiva attribuzione ai suddetti canoni di valenza generalizzata.

Verranno succintamente elencate le singole fasi che scandiscono la sequenza procedimentale quale punto di partenza per giungere **all'approfondimento della disciplina che governa il bando di gara e le lettere d'invito**, quali atti propulsivi del procedimento di aggiudicazione.

In particolare, l'analisi si condenserà sulla controversa natura giuridica e sulle ripercussioni applicative che ne derivano.

Da ultimo, ricostruito l'apparato concettuale di riferimento, nella parte conclusiva del lavoro, l'indagine si soffermerà sui **motivi di esclusione dalle procedure di gara** così come previsti e disciplinati dal nuovo codice dei contratti, evidenziando alcuni spunti di riflessione in tema di contrasto alla criminalità organizzata.

Volume consigliato

2. L'evidenza pubblica e i principi ispiratori. Prospettive interne ed eurounitarie.

La non vigenza nell'attuale ordinamento positivo del principio del nec ultra vires consente alle persone giuridiche pubbliche e private di godere della medesima capacità giuridica. Ne consegue che la pubblica amministrazione, al pari di ogni altro soggetto dell'ordinamento, possiede una propria autonomia contrattuale^[1] che si esplica nella facoltà di stipulare contratti tipici e atipici in conformità al disposto di cui all'art. 1322, co. 2, c.c.

La suddetta attività contrattuale di cui gode la pubblica amministrazione investe principalmente il settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, entrambi rientranti nella categoria dogmatica dei contratti di diritto speciale.

Per mezzo dell'esercizio di tale potere, la stipula del contratto è preceduta dallo svolgimento del **procedimento di selezione del miglior contraente attraverso un modulo procedimentale a schema "bifasico", in quanto la fase precedente alla stipula del contratto e su cui si incentra l'operatività della disciplina nazionale e comunitaria, riveste natura pubblicistica ed autoritativa**, mentre la fase di esecuzione del contratto concluso ha natura privatistica e, in quanto tale, è di regola soggetta alla disciplina di diritto comune, salvo espresse norme derogatorie, che trovano la loro giustificazione nel principio di necessario e perdurante perseguimento dell'interesse pubblico primario^[2].

Ciò significa che affiancano i moduli pubblicitari alcuni spazi nei quali l'autorità pubblica può realizzare i propri scopi attraverso moduli privatistici, in posizione di parità con il privato^[3]: a veder bene, anzi, le amministrazioni, per esplicare la loro attività, non possono che avvalersi di soggetti privati per ottenere beni e servizi e l'utilizzo di questi avviene non già in forza di un provvedimento autoritativo, bensì in virtù di un contratto di diritto privato disciplinato dal codice civile^[4].

Il perseguimento del pubblico interesse che informa tutta l'attività amministrativa permane il movente che determina l'amministrazione a rivolgersi al mercato; del resto, anche l'attività dell'amministrazione di diritto privato è pur sempre diretta alla soddisfazione di interessi pubblici ovvero (c.d. finalismo vincolato).

In particolare, come autorevolmente sostenuto, l'attività posta in essere dall'amministrazione per la cura di interessi pubblici è comunque attività amministrativa in senso proprio, soggetta a tutti i principi che reggono l'attività amministrativa; e ciò tanto se gli atti che alla fine vengono adottati siano retti dal diritto pubblico (provvedimenti) tanto se siano retti dal diritto privato (contratti, accordi)^[5].

La compenetrazione tra diritto pubblico e privato s'inverna nell'art. 1, comma 1-bis, della legge 241/1990, il quale stabilisce 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", da cui deriva la necessità che abbia luogo un procedimento di formazione della volontà amministrativa che rispetti i vincoli pubblicitari secondo il modello dell'evidenza pubblica.

La materia trova oggi compiuta disciplina nel d.lgs. 50/2016^[6], come modificato dal d.lgs. correttivo 56/2017, recentemente innovato dal D.L. 32/2019 (cd. decreto sblocca cantieri)^[7] conv. in L. 55/2019 che, anche a seguito di lettera di messa in mora da parte della Commissione Europea nel Gennaio del 2019 e l'avvio di una procedura d'infrazione contro l'Italia per "la mancata conformità del quadro giuridico italiano alle direttive 204 in materia di contratti pubblici" ha profondamente inciso sul testo del Codice.

Segnatamente, la complessità del quadro di fonti normative che regolano la materia dell'evidenza pubblica, che originariamente rinviene il suo fondamento normativo nella legge generale sulla contabilità dello Stato e nel relativo regolamento di attuazione^[8], riflette sempre più le influenze subite dal recepimento di norme e principi propri del diritto europeo e, in particolare, del diritto contrattuale europeo.

Muovendo dalle coordinate definitorie, l'espressione evidenza pubblica esprime una categoria procedimentale che nasce tra l'autorità contrattante e l'autorità che su di essa esercita il controllo^[9] e che consente, attraverso le motivazioni di pubblico interesse che sorreggono la scelta, di addivenire ad un contratto e a selezionare il contraente.

Trattasi dunque di un sintagma descrittivo del procedimento amministrativo che affianca la conclusione

dei contratti della pubblica amministrazione, in modo da garantire l'esternazione dell'iter seguito dall'amministrazione, anche al fine eventuale di consentirne il sindacato.

La caratterizzazione di tale procedura è assicurata dalla presenza di atti amministrativi consequenzialmente ordinati (dalla delibera a contrarre fino alla stipula e ai controlli) mediante i quali l'amministrazione esteriorizza le ragioni di pubblico interesse giustificatrici dell'intenzione di contrarre, nonché la scelta del contraente e la formazione del consenso^[10].

Nell'approccio eurounitario, i contratti pubblici sono volti alla promozione di una adeguata tutela della concorrenza e del mercato onde abbattere le barriere nazionali e, in prospettiva dell'uso, mirano alla corretta allocazione delle risorse comunitarie e ad una crescita sostenibile, mediante semplificazione e flessibilità.

Le direttive comunitarie muovono in tal senso, evidenziando plurimi obiettivi tra cui i più rimarchevoli: i) la previsione per la prima volta di una disciplina compiuta delle concessioni di servizi; ii) l'introduzione di strumenti di aggiudicazione innovativi e flessibili; iii) la valorizzazione dei criteri ambientali nell'aggiudicazione degli appalti; iv) l'introduzione del documento di gara unico europeo; v) la preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; vi) regole puntuali per l'affidamento in house; vii) la disciplina di strumenti precontenziosi e regole processuali volte a ridurre il tasso di conflittualità nel settore.

Attraverso il regime di regolazione del procedimento ad evidenza pubblica, dunque, l'ordinamento impone alla pubblica amministrazione le condizioni di concorrenza che altrimenti essa non osserverebbe a causa dell'elevato tasso di politicità che la contraddistingue, tutelando l'assetto concorrenziale del mercato e, in ultima analisi, l'interesse delle imprese (c.d. concorrenza per il mercato)^[11]. Pertanto, l'evidenza pubblica non è più un procedimento volto a garantire essenzialmente gli interessi pubblici - finanziari e amministrativi - delle amministrazioni precedenti, ma è una procedura finalizzata a tutelare anche e soprattutto la libertà di circolazione e di concorrenza nel mercato europeo^[12].

Per altro verso, la garanzia del mercato libero assicura anche la soddisfazione dell'interesse pubblico sul versante sia finanziario che amministrativo, in quanto la concorrenza effettiva mira al contenimento dei prezzi e all'incentivazione della qualità, premiando non solo il contraente meno esigente, ma il contraente "giusto"^[13], nonché, in via indiretta, rafforza anche la tutela dei consumatori sia sul piano della fiscalità che in relazione ai costi dei beni o dell'attività che eventualmente a sua volta l'amministrazione rivolge all'utenza^[14].

In tale prospettiva già la legge di contabilità di Stato del 1923 e il regolamento attuativo del 1924 garantivano una gestione corretta ed efficiente delle risorse pubbliche. La disciplina contabilistica, prefigurandosi come obiettivo l'equo utilizzo delle risorse pubbliche, aveva come principale scopo,

nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica, quello di garantire l'interesse dell'amministrazione al conseguimento della migliore prestazione, alle condizioni economiche più favorevoli.

Le direttive europee trasformano l'impianto della procedura ad evidenza pubblica reinterpreandola nell'intento di aprire il mercato degli appalti alla concorrenza europea e nazionale, in attuazione delle libertà di circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali, nonché della libertà di stabilimento^[15].

Ne discende, sul piano giuridico, che la libera concorrenza da "politica" europea è assurta "principio" generale dell'ordinamento comunitario^[16] incidendo in modo vincolante sui sistemi giuridici degli Stati membri^[17]. Vengono, quindi, introdotte regole volte a promuovere la pubblicità dei bandi di gara, la trasparenza della procedura e la par condicio nonché, più in generale, la semplificazione delle procedure di affidamento, la riduzione dei tempi e la flessibilità degli strumenti giuridici.

Principi specifici mirano, invece, al perseguimento degli obiettivi di soddisfacimento di esigenze contrattuali, della garanzia di interessi amministrativi e della necessità di tutela del mercato: trattasi dei principi della qualità delle prestazioni, di economicità, efficacia, tempestività e correttezza dell'azione amministrativa e, ancora, di principi di derivazione europea quali la parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e di pubblicità, che mirano ad assicurare l'effettività della difesa del mercato e della concorrenza; infine, rilevano i principi affermati dalla l. n. 241/1990 in relazione all'attività precontrattuale di evidenza pubblica, e dal codice civile, per la rilevanza che acquisiscono in sede di interpretazione e di esecuzione dell'accordo.

In tema di attività contrattuale, i principi elencati nel primo comma dell'art. 2 del Codice dei contratti riproducono i principi generali dell'agere della pubblica amministrazione in conformità alle previsioni costituzionali^[18] ed europee^[19], ai quali vanno aggiunti i principi di libera concorrenza, di favor participationis e di par condicio fra i concorrenti, di adeguatezza dell'azione amministrativa e di tassatività e tipicità delle cause escludenti.

Segnatamente, l'art. 2 del Codice dei contratti si riferisce ai principi che devono ispirare e ai quali devono conformarsi l'azione procedimentale di gara ad evidenza pubblica e l'attività contrattuale, prevedendo espressamente che "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 nel presente codice".

Al terzo comma si richiamano invece i principi di cui alla l. n. 241/1990; al quarto è disposto che per quanto non espressamente richiamato dal d.lgs. n. 163/2006, si applicano le norme e i principi del codice civile. Trattasi, come noto, dei principi di tutela dell'affidamento, di buona fede, di correttezza nelle

trattative e nell'esecuzione del contratto, della diligenza del buon padre di famiglia.

Di primario rilievo è il principio di parità di trattamento, che si qualifica come derivazione genetica del principio di non discriminazione in base alla cittadinanza^[20], nonché di quello di trasparenza.

Da un maggiore angolo prospettico la dottrina rileva come i principi generali abbiano una capacità pervasiva idonea 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 rilevanti^[21]. Si parla a tal 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 giurisprudenziale^[22].

Nella materia degli appalti pubblici, dunque, l'obiettivo che si prefigge il principio di parità di trattamento è di assicurare lo sviluppo di una concorrenza effettiva che consenta di pervenire alla selezione della migliore offerta, il cui corollario va rinvenuto nel divieto di trattare in modo difforme imprese che si trovino nella stessa condizione ovvero in una posizione comparabile tanto nella fase di ammissione alla gara quanto nella fase di valutazione delle offerte. **Ne discende l'obbligo in capo alle 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 discriminatori^[23].**

Ponendosi in chiave strumentale rispetto all'attuazione della libertà di circolazione dei servizi, merci e capitali di cui all'artt. 43 e 49 del Trattato, facilitando lo svolgimento delle attività economiche su un piano transnazionale, il divieto di non discriminazione in base alla nazionalità è invece espressamente sancito 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 giuridiche^[24], al quale va aggiunto l'art. 14 che sanziona le politiche discriminatorie poste in essere dagli stati membri a motivo della diversa provenienza di prodotti.

Per tal via, la giurisprudenza comunitaria tende a reprimere i comportamenti discriminatori posti in essere dalle amministrazioni aggiudicatrici durante tutto l'iter di svolgimento delle procedure di gara, poiché il carattere discriminatorio di disposizioni o comportamenti posti in essere in un singolo momento della procedura vanificherebbe l'effetto antidiscriminatorio perseguito attraverso le altre fasi^[25].

È a partire dalle direttive 71/304/CEE e 71/305/CEE che il giudice comunitario afferma la contrarietà al principio in parola delle clausole inserite nei bandi di gara o le disposizioni contenute nei capitoli d'oneri volte 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 correlata

lesione delle chances partecipative di imprese straniere^[26].

Per tali ragioni, viene presto sancito l'obbligo per le stazioni appaltanti di attuare 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 offrano un medesimo livello di garanzia del possesso dei requisiti richiesti^[27].

Con riferimento al principio della parità di trattamento, esso impone l'obbligo a carico delle amministrazioni aggiudicatrici di non trattare in modo diversificato situazioni analoghe, salvo che esse siano obiettivamente giustificate.

Nell'accezione comunitariamente resa viene fatto discendere dal principio generale di uguaglianza, al pari del principio di non discriminazione fondata sulla nazionalità, differenziandosi rispetto a quest'ultima per la più marcata funzione di assicurare uniformi condizioni di accesso al mercato a tutti i partecipanti alle procedure di gara, prescindendo dal rilievo della nazionalità^[28].

La specificazione della portata del principio assume rilievo nell'imposizione di sistemi di aggiudicazione improntati, tanto formalmente che sostanzialmente, al canone dell'obiettività da rispettarsi in ogni livello di contrattazione e indipendentemente dalla tipologia di procedura adottata.

Primaria implicazione è la fissazione ed il mantenimento di requisiti di aggiudicazione omogenei per tutti gli operatori economici, sia in relazione alle condizioni di presentazione delle offerte che ai requisiti di valutazione da parte dell'amministrazione. Sotto tale ultimo aspetto, il profilo formale della parità di trattamento si ricollega all'osservanza dei principi di pubblicità e di trasparenza, che si pongono in chiave strumentale ponendo i partecipanti nelle condizioni di poter valutare prioritariamente le proprie chances partecipative in relazione ad un determinato affidamento^[29].

In sede interpretativa, la giurisprudenza comunitaria evidenzia che nella garanzia della parità di trattamento degli offerenti risiede 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 senso^[30].

Sul crinale applicativo, la portata del principio della parità di trattamento si riversa nell'obbligo delle amministrazioni di rispettare il principio di messa in concorrenza per gli affidamenti contrattuali rientranti nell'ambito di applicazione del diritto comunitario^[31]; mentre, con riferimento alle fasi di svolgimento delle procedure di gara, si traduce nella fissazione dei criteri di aggiudicazione e delle modalità applicative delle procedure di scelta del contraente, con particolare attenzione alle procedure negoziate.

Se 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 è subordinato al rispetto delle quattro libertà fondamentali, enunciate dagli artt. 23, 43, 49, 56 del Trattato e dei principi che ne discendono^[32].

Venendo ai principi di trasparenza e di pubblicità, essi ricoprono un ruolo di prim'ordine nella sistematica delle procedure di aggiudicazione e di affidamento dei contratti pubblici, ponendosi in stretta correlazione con il rispetto dei canoni di non discriminazione e parità di trattamento e, conseguentemente, con l'evidenziato principio generale di concorrenza, in quanto garantiscono la parità degli offerenti sul piano formale, facendo sì che questi ultimi siano resi in anticipo edotti sulle condizioni di aggiudicazione^[33].

Segnatamente, se i principi di non discriminazione fondata sulla nazionalità e di parità di trattamento investono la disciplina dei criteri di prequalificazione soggettiva e la predisposizione dei criteri di aggiudicazione delle offerte, l'imperativo categorico del principio di trasparenza si risolve nell'imposizione a carico delle amministrazioni aggiudicatrici di un onere di pubblicità, la cui osservanza è posta a partire dal bando di gara e dai capitolati d'oneri, in cui sono fissati i suddetti criteri, sino alla fase di selezione, tanto nelle procedure aperte che in quelle ristrette. Ne consegue, attraverso l'applicazione del principio di trasparenza, che il privato venga messo in una potenziale condizione di conoscenza e conoscibilità non solo della scelta dell'amministrazione, ma soprattutto circa l'effettivo svolgimento dell'azione amministrativa.

La trasparenza si collega per tal via al principale strumento che attribuisce la possibilità di visionare gli atti del procedimento e di verificare il corretto esercizio del potere amministrativo, ossia al diritto di accesso^[34].

Giova tuttavia rammentare che il perimetro applicativo del principio di trasparenza assume una portata più generale rispetto al concetto di "pubblicità" sì da inglobare la stessa attraverso la sua triplice valenza^[35] di: i) principio generale e programmatico che disciplina l'intera materia dei contratti pubblici; ii) trasposizione sul piano normativo della nozione di pubblicità adeguata, coniata dalla giurisprudenza comunitaria; iii) modalità di comunicazione e di interazione tra amministrazioni aggiudicatrici ed imprese.

Accanto ad esso, nella sistematica dei contratti ad evidenza pubblica si colloca il principio della pubblicità delle operazioni concernenti le procedure concorsuali, il cui rispetto è ritenuto giurisprudenzialmente inderogabile in ogni tipologia di gara per la scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione e temperato solo con i principi della segretezza delle offerte economiche e della separazione fisica dell'offerta economica dall'offerta tecnica e dal resto della documentazione amministrativa.

Pubblicità e trasparenza, dunque, quali espressione di un valore immanente nell'ordinamento giuridico confermano il carattere relazionale del potere pubblico^[36].

Collocati su piani temporali distinti, il principio di pubblicità precede e accompagna l'azione amministrativa, quello di trasparenza sopraggiunge in un momento succedaneo all'azione, in funzione di eventuale verifica da parte del privato, e dell'autorità giudiziaria, della legittimità dell'azione dell'amministrazione.

Nel panorama eurounitario, il principio di pubblicità^[37] involgendo l'esigenza di garantire il principio della parità di trattamento e il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza, garantisce a favore di ogni potenziale offerente un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura dell'affidamento di commesse pubbliche alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione^[38].

Nella dogmatica dei principi precettivi e operanti nelle procedure ad evidenza pubblica rientra altresì il principio di proporzionalità, quale risultante dalla specificazione del principio di ragionevolezza, la cui inosservanza procedimentale è idonea a determinare l'illegittimità delle scelte adottate dalle stazioni appaltanti nelle procedure di gara, assurgendo a parametro cui devono attenersi nella valutazione dei concorrenti e che comporta l'attribuzione a ciascuno del corretto peso ponderale.

Infine, tra i principi cardine che governano le procedure di affidamento si colloca il principio del favor participationis, la cui portata è funzionale alla selezione tra il maggior numero possibile di offerte, garantendo all'amministrazione il compimento di una scelta che ricada sull'offerta comparativamente migliore tra quelle formulate^[39]. Se ne inferisce che l'amministrazione deve garantire un accesso quanto più ampio possibile alla fase di scelta, non potendo scegliere direttamente il contraente.

In tale prospettiva, i principi di favor participationis e della par condicio si mostrano avvinti da un rapporto di strumentalità in forza del quale il principio del favor participationis è garantito solo fino a quando non entra in frizione con quello della parità dei concorrenti, sicché, in caso di antinomia, cede il passo a quest'ultimo^[40].

La gara è la sede ontologica nella quale si procede all'effettuazione del bilanciamento tra la massima partecipazione e la parità di trattamento, principi intorno ai quali gravitano e trovano applicazione tutti gli altri^[41].

Come si avrà modo di osservare, la portata del principio in argomento ha registrato significative ricadute anche in riferimento alle cause di esclusione, la quale ha costituito il campo per la più esasperata applicazione della par condicio, come tradizionalmente intesa.

Da ultimo, senza pretese di esaustività, tra i principi atti a presiedere i contratti pubblici si osservano il criterio di economicità, quale precipitato del principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa, devoluto all'intento di ottimizzazione dei mezzi a disposizione e di razionale utilizzo delle risorse umane e materiali, nonché il criterio di efficacia, anch'esso corollario del principio di buona

amministrazione di cui all'art. 97 Cost. quale indicatore del rapporto tra risultati raggiunti ed obiettivi prestabiliti.

3. Le fasi della gara: il bando di gara e la lettera d'invito. Disciplina giuridica.

La bifasicità che connota l'attività contrattuale delle stazioni appaltanti comporta che alla fase pubblicistica attinente alla selezione del miglior contraente segua quella privatistica, relativa alla gestione del rapporto contrattuale.

Siffatta suddivisione procedimentale incide anche sulla tutela giurisdizionale di cui gode il privato, che si atteggia in maniera differenziata a seconda della fase del procedimento in cui si verifichi la lesione della sua sfera soggettiva^[42].

Premesso ciò, l'iter procedimentale dell'evidenza pubblica viene compiutamente descritto dall'art. 32 del nuovo codice dei contratti e si articola nelle seguenti fasi: fase preliminare o prodromica, cui inerisce la delibera a contrattare; fase di scelta del contraente; aggiudicazione, provvisoria e definitiva; conclusione del contratto; fase dei controlli e dell'approvazione in particolare; esecuzione del contratto.

Di primo rilievo è la delibera a contrarre, la quale contrassegna il momento di avvio dell'iter procedimentale. Ai sensi dell'art 32, co. 2, d.lgs. 50/2017^[43] "prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte".

In riferimento ai contratti sottosoglia, il decreto correttivo 56/2017 specifica che per gli affidamenti di importo inferiore a 400.000 euro, la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti.

Trattasi di un atto a efficacia meramente interna ed endoprocedimentale non solo volto a manifestare la volontà della pubblica amministrazione di addivenire alla conclusione di un contratto per le ragioni di pubblico interesse sottese, bensì contenente già elementi essenziali e i criteri di scelta del contraente.

Dalla riferita natura endoprocedimentale discende l'inconfigurabilità di alcuna situazione soggettiva tutelabile in capo a terzi potenzialmente interessati, i quali non potranno esigere che la delibera in parola venga necessariamente eseguita. Del resto, tale atto spesso non è neppure

conoscibile fino a quando, in esecuzione dello stesso, non si provveda alla pubblicazione di un bando o all'inoltro delle lettere di invito ai vari concorrenti.

Per tali motivi, la stazione appaltante è in facoltà di ritirarlo ad nutum fino alla pubblicazione del bando o all'inoltro delle lettere di invito senza che si richieda il rispetto delle previsioni contenute agli artt. 21quinquies e ss. L. 241/1990. Cionondimeno, deve considerarsi un atto ineliminabile del complesso iter procedimentale e la sua mancanza determina l'invalidità derivata ad effetto viziante di tutti gli atti successivi della medesima sequenza procedimentale^[44].

In detta fase procedimentale si inserisce **il bando di gara, da intendersi quale atto di instaurazione del procedimento per la selezione dell'operatore economico amministrazioni^[45] ovvero che disciplina la procedura per l'esecuzione di un'opera o per l'acquisto di beni e servizi. Esso costituisce l'atto con il quale la pubblica amministrazione manifesta l'intenzione di aggiudicare un appalto (art. 71 d.lgs. 50/2016).**

Con la sua pubblicazione, oltre a darsi concreto avvio alla gara, in applicazione delle leggi, si individuano e specificano i requisiti partecipativi, le modalità e i termini per la presentazione delle domande, nonché i criteri attributivi dei punteggi che tanto la stazione appaltante quanto i concorrenti saranno tenuti a rispettare nel corso della procedura selettiva. Segnatamente, la pubblicazione del bando di gara soddisfa il principio di pubblicità quale presupposto indefettibile per la tutela e la formazione della concorrenza e che si concretizza in tre momenti: preinformazione (adozione e pubblicazione di un avviso di preinformazione ex art. 70 d.lgs. 50/2016), pubblicazione del bando e postinformazione (diffusione delle notizie relative alla conclusione della procedura di affidamento)^[46].

L'annosa querelle della natura giuridica del bando di gara, connessa alla individuazione dei criteri interpretativi applicabili alla clausola di un bando o ad un invito alla gara, ha animato il dibattito in dottrina e giurisprudenza, consentendo di pervenire alla prospettazione di duplici teorie: da un lato, si è propugnata la tesi privatistica, dall'altro, quella pubblicistica^[47].

Secondo i fautori della tesi privatistica il bando di gara andrebbe giuridicamente qualificato come un'offerta al pubblico^[48], rectius, come un invito a offrire, atteso che il difetto del prezzo preclude la possibilità di qualificare tale istituto nei termini di una proposta contrattuale^[49]. Pertanto, esso richiederebbe la formulazione di una proposta da parte dei concorrenti che, se accettata, varrebbe a contrassegnare il momento del perfezionamento dell'accordo.

All'opposto, i sostenitori della teoria pubblicistica - prevalente in giurisprudenza - non arretrano dalla considerazione eidetica per cui nel bando di gara si esteriorizzi il tipico provvedimento amministrativo volto a dare impulso alla fase procedimentale preordinata alla stipula del contratto. È nell'alveo della concezione pubblicistica che nella giurisprudenza di legittimità si contrappongono due distinti indirizzi ermeneutici, di cui uno volto a ritenere il bando di gara un vero e proprio provvedimento amministrativo,

l'altro, a riconoscervi la peculiare qualificazione giuridica di atto normativo.

A favore della ricostruzione della natura giuridica del bando in termini di provvedimento amministrativo milita l'assenza dei caratteri di astrattezza propri dell'atto normativo, sicché questo viene ascritto nella categoria dogmatica degli atti amministrativi a carattere generale^[50]. Un siffatto opinare conduce a ritenere che esso si ponga come *lex specialis* della procedura ad evidenza pubblica e, come tale, le prescrizioni ivi contenute non dispieghino effetti vincolanti solo nei confronti dei concorrenti, bensì anche nei confronti delle amministrazioni indicenti, estromesse dalla facoltà di disapplicazione del bando.

È di plastica evidenza che tale tesi restringa considerevolmente i margini di discrezionalità da parte dell'amministrazione per l'attuazione.

Ex adverso, avallare la riferita diversa interpretazione della natura giuridica del bando consente di ritenerlo suscettibile di disapplicazione, alla stregua di ogni atto normativo, nonché soggetto all'ordinario regime impugnatorio previsto per gli atti amministrativi.

Sposando l'impostazione prevalente, secondo la quale il bando quale va configurato come atto amministrativo, il bando non possiede una immediata efficacia lesiva nei confronti dei destinatari, sicché è suscettibile di impugnazione soltanto all'esito della procedura di gara unitamente al provvedimento applicativo (c.d. doppia impugnativa o impugnativa differita).

Ciò in quanto al momento dell'avvio della procedura, di regola, la lesione per il soggetto concorrente è solo potenziale, assumendo la stessa i caratteri della concretezza e dell'attualità, di norma, soltanto a conclusione della gara^[51].

Esso infatti, in quanto atto amministrativo generale, di regola, contiene prescrizioni dirette a disciplinare la procedura, senza incidere su concrete posizioni giuridiche o su destinatari determinati.

Ciò posto, la giurisprudenza ha chiarito che la regola dell'impugnazione differita non possiede valenza assoluta, potendo essere suscettibile di deroga in relazione alle disposizioni del regolamento di gara che presentino un'autonoma ed immediata portata lesiva. In dette evenienze, infatti, trova applicazione la diversa regola che impone l'onere della immediata impugnazione, pena l'inammissibilità del ricorso proposto avverso l'atto applicativo adottato a valle (il provvedimento di aggiudicazione).

Il riferimento è alle "clausole immediatamente escludenti", le quali prescrivendo determinati requisiti inibiscono ab initio la partecipazione alla procedura^[52] ponendosi in contrasto con il principio del favor participationis.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, risolvendo un contrasto interpretativo, ha altresì chiarito che l'onere di immediata impugnazione delle clausole immediatamente lesive, per tali intendendosi quelle "impeditive della partecipazione alla gara, o che impongono ai concorrenti oneri manifestamente

incomprensibili o del tutto sproporzionati ovvero che rendono impossibile la stessa formulazione dell'offerta^[53]", non si arresta alle sole clausole stricto sensu escludenti, ma si estende anche ad altre evenienze particolari, quali, per esempio, quelle "disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara oppure prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta^[54]".

Nel solco di tali coordinate ermeneutiche non sono state ritenute immediatamente impugnabili le clausole disciplinanti la composizione della commissione giudicatrice ovvero indicanti i criteri di valutazione dell'offerta, non essendo ravvisabili in esse attitudini pregiudizievoli nei confronti dell'interesse legittimo a partecipare alla gara^[55].

Giurisprudenza successiva, fedele alle indicazioni dell'organo nomofilattico, compendia il principio dell'impugnabilità immediata non solo delle clausole che impositive, ai fini della partecipazione, di oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara o della procedura concorsuale, e che comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla gara ed il conseguente arresto procedimentale, ma anche delle clausole che rendono la partecipazione (possibile ma) inutile, contra ius, eccessivamente gravosa sul piano tecnico ed economico.

Tale arresto è evidentemente influenzato dalla qualificazione dell'interesse sostanziale di base, costituito non già dall'astratta legittimità del comportamento dell'amministrazione, bensì dalla possibilità di conseguire l'aggiudicazione.

Un tale quadro giurisprudenziale ha condotto i Giudici del Consiglio di Stato^[56] a rimettere all'attenzione della Adunanza Plenaria nuovamente la questione, chiedendo, in particolare se l'onere di impugnazione immediata del bando sussista anche per il caso di erronea adozione del criterio del prezzo più basso, in luogo del miglior rapporto tra qualità e prezzo, e se, più in generale, esso possa affermarsi per tutte le clausole attinenti le regole formali e sostanziali di svolgimento della procedura di gara, "nonché con riferimento agli altri atti concernenti le fasi della procedura precedenti l'aggiudicazione, con la sola eccezione delle prescrizioni generiche e incerte, il cui tenore eventualmente lesivo è destinato a disvelarsi solo con i provvedimenti attuativi^[57]".

L'Adunanza Plenaria 4/2018, nel ribadire l'indirizzo maggioritario secondo cui "le clausole del bando di gara che non rivestono portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugnate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara e abbia manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura" ha confermato l'esenzione dall'onere di immediata impugnativa delle prescrizioni del bando concernenti il metodo di gara, il criterio di aggiudicazione e la valutazione dell'anomalia, proprio in quanto non escludenti^[58].

Ciò chiarito in ordine alla natura giuridica e alla disciplina del bando di gara, è possibile soffermarsi su un

ulteriore atto d'instaurazione della sequenza procedimentale volta alla selezione del concorrente: la lettera d'invito.

La lettera di invito costituisce l'atto tipico di quelle procedure, prima denominate "trattative private", che hanno dapprima assunto la denominazione unionale di "procedure negoziate" e che attualmente, per effetto della riscrittura del Codice degli Appalti sono denominate "procedure competitive con negoziazione" (Art. 36, comma 2, lett. b) del D.Lgs n. 50/2016).

La procedura competitiva con negoziazione (art. 62 D.Lgs n.50/2016) ha natura di procedura ristretta e sostituisce la procedura negoziata con pubblicazione del bando di gara, estendendone considerevolmente il raggio di applicazione e la flessibilità. Purtuttavia, detto sistema di aggiudicazione, non possedendo un ambito applicativo generale, è utilizzabile solo nei casi tipici e tassativi.

Invero, come osservato da autorevole dottrina, l'ampliamento dell'ambito applicativo viene controbilanciato da regole procedimentali più dettagliate rispetto alla precedente procedura negoziata con pubblicità, sicché il legislatore sembra aver posto maggiore enfasi sul come si usa la procedura rispetto al problema del quando farvi ricorso, nella considerazione che negli appalti complessi e innovativi sia necessario che le stazioni appaltanti dispongano di maggiore flessibilità nella scelta del contraente^[59].

La lettera di invito, inscrivendosi nell'alveo di quel subprocedimento in cui, sussistendone i presupposti, la stazione appaltante sceglie i soggetti da invitare ed invia ai prescelti gli inviti a partecipare, si propone come finalità il miglioramento delle offerte, di modo da permettere, nelle fasi successive, che le amministrazioni acquistino lavori, forniture e servizi adeguati alle esigenze specifiche.

Essa, dunque, come chiarito dalla giurisprudenza, si caratterizza per possedere ad un tempo i contenuti sia del provvedimento amministrativo che dell'atto negoziale e possiede la natura giuridica di invito ad offrire^[60].

Ne consegue che la lettera di invito è assimilabile, tanto sul piano funzionale che su quello strutturale, al bando di gara, rappresentando la *lex specialis* della procedura competitiva negoziata, e che conseguentemente vincola i partecipanti a quanto dalla stessa stabilito.

Lo iato con il bando di gara si scorge in riferimento al fatto che, diversamente da quest'ultimo, è indirizzata a soggetti predeterminati ed, in quanto atto recettizio, non è produttiva di alcun effetto allorché non pervenga a conoscenza dei destinatari. Ex adverso, il bando di gara è conoscibile da parte di tutti dal momento della pubblicazione, ancorché i destinatari siano indeterminati, se pubblicato conformemente alla vigente normativa.

Dunque, nelle procedure competitive con negoziazione, a mutare è la stessa funzione assolta dall'avviso di

gara, il quale non possiede più la finalità di provocare direttamente le offerte da parte di un numero indeterminato di soggetti, ma di invitare direttamente un dato numero di operatori economici, prescelti dalla medesima stazione appaltante.

Conseguentemente, avendo la lettera di invito la natura normativa di *lex specialis* della procedura negoziata, la stessa vincola al suo rispetto non solo i concorrenti, ma anche l'amministrazione.

4. I motivi di esclusione. Profili di contrasto alla criminalità organizzata.

La legittimazione degli operatori economici interessati a partecipare ad una gara di appalto è suffragata dalla previsione contenuta nel Codice dei contratti pubblici (D.lgs 50/2016) di una serie di requisiti soggettivi che devono necessariamente sussistere^[61].

Detti requisiti sono classificati nelle diverse categorie di ordine morale, formale, economico-finanziario e tecnico. Ne discende che al mancato possesso dei requisiti soggettivi che i concorrenti devono possedere per poter contrattare con la P.A. fanno seguito le c.d. cause di esclusione, disciplinate dall'art. 80 del Codice degli Appalti^[62].

Siffatti requisiti vanno tenuti distinti dai requisiti di capacità tecnica ed economica^[63], i quali afferiscono al grado, all'esperienza e alla professionalità del concorrente; ex adverso, i requisiti soggettivi, nominati di "ordine pubblico o di moralità", esprimono condizioni soggettive del concorrente idonee a precludere la partecipazione alla gara.

Individuati dal vigente Codice degli Appalti "in negativo", i requisiti soggettivi costituiscono cause di esclusione la cui insussistenza rappresenta presupposto indefettibile affinché un soggetto privato possa contrarre con l'amministrazione.

Rispetto alla previgente disciplina contenuta nell'art. 38, D.lgs. n 163/2006, il comma 5 dell'art. 80 stabilisce l'esclusione dalla gara qualora l'operatore economico si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali previsti alla lettera c) tali da rendere dubbia l'integrità o affidabilità dell'operatore economico^[64].

Nel chiarimento reso dalla giurisprudenza^[65], tale disposizione ha carattere innovativo rispetto alla precedente poiché individua una nozione di illecito professionale inclusiva di condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, ma anche in fase di gara.

Nell'attuale formulazione, l'art. 83, comma 8, D.lgs. 50/2016 conferma quanto già previsto dal D.L. n. 70/2011, prevedendo la sottoposizione delle cause di esclusione al "principio di tassatività", stabilendo che "i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

Tale previsione si giustifica nell'ottica per cui le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici devono essere tutte esplicitate nel bando di gara, in quanto l'individuazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai concorrenti contrasta con i principi eurounitari di certezza giuridica e di massima concorrenza.

In senso conforme l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui "in sede di interpretazione di una clausola ambigua del bando concernente le specifiche tecniche, va applicato il principio giurisprudenziale secondo cui l'interpretazione va operata in aderenza al canone del favor participationis"^[66].

Per altro verso, l'immanente funzionalizzazione dell'attività amministrativa alla cura di interessi della collettività^[67] attraverso il perseguimento dei principi che presidono all'attività amministrativa - principio di legalità, di imparzialità, di buon andamento, di trasparenza, di pubblicità e di concorrenza - comporta la necessità di arginare l'infiltrazione mafiosa negli apparati pubblici, quale fenomeno che continua a destare preoccupazione e ad essere percepita sempre più in maniera allarmante dalla società civile^[68].

In tale prospettiva, i motivi di esclusione dai bandi di gara di quegli operatori economici che non presentano le caratteristiche imposte dalla legge si riflette nella previsione per cui, in caso di presentazione di falsa dichiarazione o di falsa documentazione, l'amministrazione ne debba dare segnalazione all'ANAC che, rivestendo una posizione di assoluto rilievo, è attributaria di funzioni normative e decisorie a carattere vincolante e in caso di violazione, sanzionatorio^[69] al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione.

Dal canto suo, la giurisprudenza amministrativa, nell'intento di decongestionamento del contenzioso avente ad oggetto le cause di esclusione derivanti dalla mancanza, incompletezza o irregolarità delle domande di partecipazione al bando di gara, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica e all'offerta economica^[70], ha rilevato il superamento di tale questione con il nuovo Codice Appalti, attraverso la nuova previsione della possibilità di porvi rimedio attraverso il pagamento, entro un determinato termine, di una sanzione pecuniaria, pena l'esclusione dalla gara^[71].

Tra i motivi di esclusione contenuti nell'art. 80 d.lgs. 50/2016, rimarchevole è la specifica documentazione che consente di rendere edotta preliminarmente la stazione appaltante circa l'eventuale esistenza di impedimenti e divieti posti dalla legge che comportano in definitiva l'insussistenza dei rapporti con la pubblica amministrazione, così da contrastare l'espansione del fenomeno di imprenditorialità mafiosa^[72].

Rilevante, in termini di legalità e prevenzione ai tentativi di infiltrazione mafiosa, è stata l'attività posta in essere dal Comune siciliano di Corleone, adoperatosi ad inserire nei propri bandi di gara, come requisito di partecipazione agli stessi, l'iscrizione degli operatori economici nelle c.d. White List, successivamente estese a tutto il territorio nazionale^[73], come esempio virtuoso di contrasto alla criminalità^[74].

Nella medesima ottica preventiva e al fine di garantire i principi del perseguimento del pubblico interesse, di trasparenza e di legalità della P.A. sono stati introdotti i c.d. protocolli di legalità^[75], quale strumento con cui le amministrazioni si impegnano "ad inserire nei bandi di gara quale condizione per la partecipazione, l'accettazione preventiva da parte degli operatori economici, di determinate clausole" al fine di prevenire, controllare e contrastare i tentativi di infiltrazioni della criminalità organizzata^[76].

Del resto, già la L. 190/2012 aveva previsto espressamente che "le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito il cui mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità^[77], costituisce causa di esclusione dalla gara" al fine di garantire sempre più la trasparenza degli appalti, l'osservanza del principio del superiore interesse della Pubblica Amministrazione e arginare l'infiltrazione mafiosa nell'economia statale, in ottica di tutela della libera concorrenza quale principio di rango tanto interno che sovranazionale^[78].

5. Conclusioni

Dall'analisi tassonomica dei contratti ad evidenza pubblica non può più obliterarsi l'imponente e stratificato impianto di tutela normativo e giurisprudenziale, di derivazione nazionale e sovranazionale su cui detta categoria si innesta.

Del resto, allorché una delle parti di una vicenda contrattuale è una pubblica amministrazione, i principi e le regole che governano il diritto privato affrontano il rischio di subire una compressione pregiudizievole dei più rilevanti istituti. È giocoforza, allora, che l'esigenza di rispetto dei principi che irradiano la procedura di evidenza pubblica si coniughi con la valenza che il settore degli appalti pubblici assolve per la stabilizzazione dell'economia del paese.

È per tale motivo che le procedure ad evidenza pubblica, rappresentando lo strumento principale per assicurare il corretto svolgimento della concorrenza tra gli operatori del mercato che offrono lavori, servizi e forniture alla P.A., quale proiezione dei capisaldi sovranazionali di

libertà di stabilimento, di merci e di servizi, debbano conoscere anche strumenti volti a limitare i fenomeni corruttivi onde garantire una trasparente, imparziale ed economica gestione delle risorse pubbliche.

Volume consigliato

Note

^[1] POLICE A. - DAIDONE A., La riforma dell' amministrazione (Artt.97 e 118 Cost.), ESI Edizioni, Napoli, 2016, p. 222 e ss.

^[2] GALLI R., Nuovo corso di diritto amministrativo, Cedam, Milano, 2019 p. 1185.

^[3] SCOGNAMIGLIO V. A , Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi, in Riv. trim. dir. pubb., 1983., p. 293.

^[4] CASETTA E., Manuale di diritto amministrativo, Giuffrè, Editore, 2015, p. 573.

^[5] COCA F. G., Diritto Amministrativo, Giappichelli, Torino, 2017, p. 95.

^[6] Il d.lgs. 50/2016 reca norme di "attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture". Il 5 maggio 2017 è stato pubblicato in Gazzetta ufficiale il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 recante "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50" che ha mutato la rubrica del decreto ora nominato, come da più parti auspicato, "Codice dei contratti pubblici".

^[7] Principali innovazioni del decreto sblocca cantieri sono: l'ampliamento delle modalità di utilizzo del subappalto; l'abolizione del rito super veloce in materia di appalti (art. 120 co. 2bis e 6bis c.p.a.) e l'eliminazione delle linee guida dell'ANAC e dei i Decreti Ministeriali e interministeriali emanati sostituiti con un unico Regolamento.

^[8] In ambito di contrattualistica pubblica il Regio Decreto n. 2440/1923, recante "Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato" e il relativo regolamento attuativo di cui al Regio Decreto n. 827/192, recante "Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato", oggi solo parzialmente in vigore.

^[9] GIANNINI M.S., Diritto amministrativo, Giappichelli, Torino, 2020, p. 677. “In genere quando si parla dei contratti delle pubbliche amministrazioni si fa riferimento ai contratti di evidenza pubblica, non perché di necessità i più importanti, bensì perché i più vistosi, date le complesse procedure escogitate per la loro conclusione. Si tratta in sostanza di una procedura di conclusione negoziale accompagnata da una serie di procedimenti amministrativi di controllo”.

^[10] LO PRETE G. A., Natura giuridica e regime impugnatorio del bando di gara, in *diritto.it*, articolo del 10 Maggio 2018, p. 7.

^[11] Secondo la Corte Cost. (401/2007) “occorre registrare il definitivo superamento della concezione contabilistica che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell’interesse della pa. Muta il profilo funzionale della evidenza pubblica, che da disciplina posta a presidio delle esigenze dell’interesse pubblico, in vista della scelta del miglior contraente e del contenimento della spesa dall’esclusivo punto di vista della pa, diviene una regolamentazione che protegge anche gli interessi delle imprese”. V. anche LIBERTINI M., La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2005, p.1429 ss.

^[12] D’ALBERTI M., Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici, in *Dir. amm.*, n. 2/2008, p. 297 ss ed in particolare p. 301.

^[13] Per un’analisi della tutela della concorrenza nel quadro costituzionale ed europeo GHIDINI G. - AREZZO M., La prospettiva costituzionale della tutela della concorrenza, in *Giur. comm.*, 2012, 4, p. 459 ss. In tema di concorrenza ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960 e LOPILATO V., *Categorie contrattuali, contratti pubblici e nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 4, 2010, p.1236.

^[14] ROPPO V., Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 19 ss.

^[15] Art. 26 comma 2 del TFUE.

^[16] L’art. 4 del Trattato istitutivo della Comunità prevede che le politiche economiche e le regolazioni giuridiche della Comunità e dei suoi Stati debbano “conformarsi” al “principio di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza”

^[17] CANCRINI E - D’ALBERTI. M., *Appalti pubblici e antitrust*, in *www.treccani.it*, 2009.

^[18] Artt. 2, 3, 5 e 97 Cost.

^[19] V. la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, che nell’art. 41 esprime il principio della buona

amministrazione.

^[20] Così, Corte di Giustizia Ce, 7 dicembre 2000, n.94/99; Corte di Giustizia Ce, 17 settembre 2002, n.513/99.

^[21] GALETTA D. U., *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 851.

^[22] Consiglio di Stato, VI, 10 gennaio 2007, n. 30.

^[23] 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.

^[24] Sul tema 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 in relazione a normative diverse da quelle dello Stato membro di stabilimento".

^[25] Corte di Giustizia, 12 dicembre 2002, C-470/99, *Universale-Bau e a*, in Racc., 1999, I-11617, par. 93.

^[26] 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 lussemburghesi.

^[27] 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.

^[28] 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”.

^[29] Conclusioni Avvocato Generale Colomer, Corte di Giustizia 5 giugno 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, punto 29.

^[30] Corte di Giustizia, 12 dicembre 2002, C-470/99, *Universale-Bau e a*, in *Racc.*, 1999, I-11617.

^[31] Esso è ribadito, specificamente, per l’attribuzione di contratti a società a totale o prevalente capitale pubblico aventi ad oggetto l’espletamento di servizi di interesse economico generale.

^[32] 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.

^[33] 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”.

^[34] In tema dei principi, si veda, in generale, *CARINGELLA F.*, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2018, p. 2460.

^[35] *LIPARI M.*, *I principi di trasparenza e pubblicità*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013, p. 255 e ss.

^[36] *MERLONI M.*, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, p. 45.

^[37] Definito “principio di trasparenza delle amministrazioni”.

^[38] Corte di Giust., CE, 13 settembre 2007, n. 260/04, *Commissione/Italia*; Corte di Giust., CE, 7 dicembre 2000, n. 324/98, *Telaustria e Telefonadress*; Corte di Giust. CE, 13 ottobre 2005, n. 45

^[39] D'ALBERTI M., Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici, in *Dir. amm.*, n. 2/2008, p. 34.

^[40] MANTINI P., "Principi generali e disposizioni comuni", in *ItaliAppalti*, 2016, p. 4.

^[41] CAPALDO L., PAOLUCCI L., "Introduzione al nuovo codice degli appalti. Le nuove regole per l'affidamento delle concessioni e dei contratti pubblici", *Key Editore* 2016, p. 34 e ss.

^[42] Ai sensi dell'art. 133 co. 1 lett. e), n. 1) c.p.a., sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie. Inoltre, la norma aggiunge, riprendendo l'art 7 d.lgs. 53/2010, che la giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative. Viceversa, tutte le controversie inerenti alla fase successiva alla conclusione del contratto, ad eccezione della declaratoria di inefficacia, ossia quelle concernenti l'esecuzione del contratto, in quanto involgenti questioni di lesione di diritti soggettivi perfetti (all'adempimento, alla risoluzione, ecc.), sono devolute alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, salvo l'impugnativa degli atti di autotutela decisoria (annullamenti, revoche) adottati nel corso di tale fase.

^[43] L'art. cit. ricalca il precedente art. 11, co. 2, dell'abrogato codice degli appalti.

^[44] GALLI R., *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Cedam, Milano, 2019, p.1125.

^[45] DE NICTOLIS R., "Il nuovo codice dei contratti pubblici", in *Urbanistica e appalti*, 5/2016, p. 54.

^[46] GALLI R., *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Cedam, Milano, 2019, p.1211

^[47] LO PRETE G. A., *Natura giuridica e regime impugnatorio del bando di gara*, in *diritto.it*, articolo del 10 Maggio 2018, p. 1.

^[48] Ai sensi dell'art. 1336 c.c. L'offerta al pubblico, quando contiene gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta, vale come proposta [1326], salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi.

^[49] OLESSINA A., *L'interpretazione delle clausole del bando di gara e dell'invito alla gara*, in *Giur. It.*, 2017, p. 11 ss.

^[50] DE NICTOLIS R., "Il nuovo codice dei contratti pubblici", in *Urbanistica e appalti*, 5/2016, p. 75 ss.

^[51] T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 29 aprile 2020, n. 720

^[52] L'impugnabilità delle clausole immediatamente escludenti del bando di gara è stata affermata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 1 del 2003, la quale ha chiarito che sussiste "il dovere di immediata impugnazione del bando di gara o della lettera di invito". A. Di Cagno, *Immediata impugnabilità della clausola del bando di gara sul criterio di valutazione dell'offerta*, in *Urb. e app.*, fasc. 1, 2018, p. 101 ss.: "Ciò deriva dal contenuto del bando che, da atto generale e astratto, assume una valenza concreta, tale da determinare una lesione diretta, attuale e personale di una specifica posizione giuridica per i potenziali concorrenti".

^[53] T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 04 ottobre 2019, n. 4753.

^[54] Le numerose fattispecie in grado di rientrare nel novero delle clausole c.d. immediatamente lesive si "accomunano dal fatto di impedire in modo macroscopico ovvero di rendere estremamente ed inutilmente difficoltoso ad un operatore economico di formulare un'offerta corretta, adeguata e consapevole, configurandosi pertanto come una concreta ed effettiva lesione dell'interesse legittimo dell'impresa a concorrere con gli altri operatori per l'aggiudicazione di una commessa pubblica", Consiglio di Stato sez. V, 25 novembre 2019, n. 8014.

^[55] Orientamento sostenuto dal Consiglio di Stato, con sentenza del 2 maggio 2017, n. 2014. Nella sentenza in parola si è confermata la tesi dell'immediata impugnabilità delle clausole del bando afferenti al cd. "metodo di gara".

^[57] Ordinanza interlocutoria n. 5138 del 7 novembre 2017.

^[58] A sostegno del ragionamento giuridico, la Corte adduce, quale dato normativo l'art. 120, co. 5, C.P.A., la cui norma fa riferimento ai bandi solo in quanto "autonomamente lesivi". Inoltre, l'immediata impugnazione di qualsiasi clausola del bando comporterebbe, a parere dell'Adunanza Plenaria, "danno alla durata delle procedure di gara, aumentando il carico di contenzioso e invogliando i ricorrenti ad allungare i tempi processuali, non proponendo la domanda cautelare fino all'aggiudicazione della procedura".

^[59] GALLI R., *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Cedam, Milano, 2019, p. 1202

^[60] Cons. Stato, Sez. V, 02 febbraio 2018 n. 693

^[61] Per una dettagliata ricostruzione della normativa di riferimento e dei diversi orientamenti espressi in giurisprudenza, cfr. MAIELLARO G.F., *I soggetti dell'illecito professionale: uno, nessuno e centomila*, in *Appalti e Contratti*, articolo del 5 marzo 2019.

^[62] L'attuale disposizione è frutto di una rivisitazione dell'art. 38, D.lgs. 12.04.2006, n.163, il quale prevedeva i requisiti di "ordine pubblico o di moralità" necessari per la partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica.

^[63] Artt. 83 e ss. del D.lgs 50/2016.

^[64] La cit. disposizione contenuta nella lettera c) dell'art. 80 comma 5 del D.Lgs. 50/2016 è stata di recente sostituita ex art. 58, D.L. 14.12.2018, n. 135.

^[65] Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 02/04/2020, n. 2245; T.A.R., Salerno, sez. I, 16/01/2020, n. 93 conforme Consiglio di Stato, sez. V, 22/07/2019, n. 5171.

^[66] Consiglio di Stato, sez. III , 10/09/2019 , n. 6127.

^[67] IMMORDINO M., I contratti della pubblica amministrazione, Simone Ed., Milano, 2010, p.63.

^[68] DI CRISTINA F., La corruzione negli appalti pubblici, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 1/2012, p.180.

^[69] BENETAZZO C., I nuovi poteri "regolatori" e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti, in Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo " Federalismi.it", 28 febbraio 2018, p. 41.

^[70] Il Consiglio di Stato ha di recente affermato che la stazione appaltante ha il potere dovere di sanare la discrasia relativa ad una singola voce del prezzario, dal momento che il soccorso, limitato ad un solo elemento dell'offerta economica non compromette l'affidabilità complessiva dell'offerta né altera la par condicio (Cons. Stato, Sez. VI, 19 Giugno 2017, n.2793).

^[71] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, la quale si concentra non già sull' assenza di requisiti necessari ai fini della legittima partecipazione dell'operatore economico alla gara, bensì sulla modalità di dichiarazione dei requisiti medesimi ai fini dell'operatività del soccorso istruttorio, quale istituito che consente di superare irregolarità che attengono alle modalità di dichiarazione dei requisiti comunque posseduti al momento di presentazione della domanda. Cfr., altresì, da ultimo, Tar Lazio, Roma, Sez. III, 28 giugno 2018, n. 7237, nonché CGUE, sez. VIII, SENT. 28 febbraio 2018, n. C-523/16

^[72] Ai sensi del D.Lgs. n. 159/2011 - c.d. Codice Antimafia -, gli operatori economici per partecipare ad un qualsiasi bando di gara, devono fornire la documentazione antimafia che si articola in due fasi: una prima, di valutazione e individuazione dei requisiti soggettivi che gli operatori economici devono possedere per partecipare ad una procedura di affidamento e una seconda, in cui sono richieste ulteriori garanzie per procedere alla stipulazione e quindi alla successiva perfezione del contratto con la Pubblica

Amministrazione.

^[73] Ai sensi della L. n. 190/2012, le stazioni appaltanti, precedentemente alla sottoscrizione o autorizzazione di un contratto o un subcontratto devono obbligatoriamente acquisire la comunicazione e l'informazione antimafia mediante consultazione delle White List. Ove la ditta partecipante non fosse ancora iscritta a tali liste, ancorché ne abbia fatto richiesta, il Comune dovrà richiedere l'informazione antimafia facendo riferimento alla Banca Dati Nazionale Antimafia.

^[74] Trattasi di un elenco di fornitori e prestatori di servizi non soggetti al tentativo di infiltrazione mafiosa operanti nei settori maggiormente esposti al rischio in argomento.

^[75] GAMBARDELLA F., "Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica", Giappichelli, Torino, 2016, pp. 8-9

^[76] Determinazione AVCP, n.4 del 10/10/2012 e MONTARULLI V., "Le novità normative e giurisprudenziali su documentazione antimafia, white list e protocolli di legalità", in Riv. di Polizia, fascicolo n. 6/2015, p. 495

^[77] I Patti di integrità costituiscono accordi tra gli operatori economici e stazioni appaltanti, in base ai quali le parti firmatarie si obbligano a tenere un comportamento lecito e corretto per avvalorare e rendere maggiormente credibile la contrattazione pubblica in ottica di contrasto alla corruzione.

^[78] SAITTA F., "Informative antimafia e protocolli di legalità, tra il vecchio e il nuovo", in Riv. trimestrale app., n.2/2014, p.425.

<https://www.diritto.it/levidenza-pubblica-tra-principi-eurounitari-e-procedure-interne/>