



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

Dipartimento di Scienze Economiche e Statistiche

DOTTORATO DI RICERCA IN "RAPPORTI GIURIDICI TRA PRINCIPI
COMUNITARI, COSTITUZIONALI ED INTERNAZIONALIZZAZIONE DEL
MERCATO"

XIV CICLO

TESI DOTTORATO
in
DIRITTO AMMINISTRATIVO

*Le procedure ad evidenza pubblica, con particolare riferimento alle forme innovative di
approvvigionamento. Profili ricostruttivi ed aspetti problematici.*

Dottorando: *dott. Fabio Altamura*

Coordinatore: *Ch.ma Prof. Daniela Valentino*

Tutor: *Ch.mo Prof. Giancarlo Sorrentino*

a. a. 2015/2016

Sommario

Sommario	2
<i>Premessa</i>	4
CAPITOLO I: L'“EVIDENZA PUBBLICA” NELL'EVOLUZIONE DEL QUADRO NORMATIVO, ALLA LUCE DEI PRINCIPI SULL'AZIONE AMMINISTRATIVA E DEI PRINCIPI A TUTELA DELLA CONCORRENZA.	9
1.1. Cenni introduttivi.....	10
1.2 La normativa nazionale e comunitaria nell'ambito delle concessioni: confronto con l'istituto dell'appalto.....	29
1.3 Le ragioni interne relative all'obbligatorietà del modello concorsuale come principale strumento di scelta del contraente.....	39
1.4 L'influenza del diritto dell'unione europea.	43
1.5 I caratteri fondamentali della disciplina europea dei contratti pubblici.	48
CAPITOLO II: I PRINCIPI REGOLATORI DELL'“EVIDENZA PUBBLICA.	63
<i>Premessa</i>	64
1. Il principio di pubblicità nelle procedure di evidenza pubblica: sintesi efficace dei principi di trasparenza, buon andamento e concorrenza.	69
1.2. Il principio di pubblicità nel settore degli appalti pubblici.	73
2. Il principio di trasparenza ed il concetto di “pubblicità adeguata” nella giurisprudenza comunitaria.....	76
2.1 Il sistema di pubblicità alla luce delle Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, della Direttiva 2014/24/CE e del codice dei contratti pubblici.....	85
2.1.1 Gli obblighi di preinformazione.	85
2.1.2 Gli obblighi di postinformazione.	92
2.1.3 La trasparenza nei rapporti tra Amministrazione ed operatori economici	94
3. Il principio di proporzionalità.	96
3.1 La <i>ratio</i> del principio di proporzionalità nel diritto europeo	102
3.2 La sfera applicativa del principio di proporzionalità nella disciplina comunitaria ed interna dei contratti pubblici.	107
CAPITOLO III: I PRINCIPI GENERALI DELL'“EVIDENZA PUBBLICA NELLA PROGRESSIVA AFFERMAZIONE DELL'E-GOVERNMENT	112
1. La chiamata europea alla realizzazione del Mercato Unico Digitale.	113
2. Il mercato della Pubblica Amministrazione.....	120
2.1. Potenziamento del ruolo di Consip ed estensione degli obblighi di approvvigionamento centralizzato.....	124

2.2. La disciplina europea.....	127
2.3 La vigente normativa nazionale in materia di centralizzazione della committenza. Un quadro frammentario.....	132
3. I mezzi elettronici nell'ordinamento nazionale.....	139
3.1 Le aste elettroniche e le procedure telematiche in correlazione con i principi di semplificazione, snellimento, trasparenza e pubblicità dell'azione.....	143
3.2. Il recepimento della Direttiva 1993/99. L'ordinamento italiano.	149
3.3. Intervento del Regolamento eIDAS.....	153
4. Il procedimento amministrativo digitalizzato come presupposto per la digitalizzazione del procedimento ad evidenza pubblica. I principi della dematerializzazione.	159
5. Le modalità di acquisto elettroniche: la gara telematica <i>ex</i> dpr 101/2002 e gli articoli 295 e 296 del dpr 207/2010. La residualità della procedura autonoma.	171
6. Le criticità legate alla digitalizzazione delle diverse fasi della procedura ad evidenza pubblica: una questione ancora irrisolta.....	184
Bibliografia.....	208
Sitografia.....	214

Premessa

Il presente lavoro si propone di analizzare il complesso quadro normativo che definisce le modalità di affidamento dei contratti da parte delle Amministrazioni Pubbliche, anche con riferimento alla normativa comunitaria.

La decisione di approfondire questo specifico settore è nata, oltre che dal contatto professionale con questo ambito, anche dalla maturata consapevolezza delle peculiarità che lo caratterizzano: la normativa sulle commesse pubbliche, infatti, rappresenta il frutto di una continua e spesso faticosa sintesi tra diritto ed economia, tra tutela della collettività e diritti del singolo in qualità di contraente della Pubblica Amministrazione.

Tenendo conto delle rilevanti modifiche apportate al contesto 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 ed alla luce delle emanate nuove direttive 2014/24, 2014/23 e 2014/25, si è inteso procedere, nella prima parte del lavoro, a ricostruire il quadro di valori alla base della nozione di evidenza pubblica, con riferimento dapprima all'ordinamento nazionale e, successivamente, all'ordinamento comunitario, sottolineando le principali differenze relative alla filosofia di fondo che caratterizza l'agire contrattuale del soggetto pubblico nei due differenti ranghi ordinamentali.

Per quanto attiene all'ordinamento nazionale, si può evidenziare che la nozione di evidenza pubblica nasce come sistema di scelta del contraente della pubblica amministrazione con l'obiettivo di salvaguardare essenzialmente la correttezza e l'imparzialità dell'azione amministrativa, per poi evolversi, principalmente ma non unicamente per effetto dell'influenza comunitaria, verso una maggiore stima degli interessi privati attraverso i mezzi di tutela della concorrenza e della parità di accesso degli operatori economici.

Per quanto concerne l'ordinamento comunitario, invece, viene data evidenza alla *ratio* della disciplina sugli appalti pubblici, costituita dalla finalità di creare condizioni di concorrenza effettiva nell'ambito delle procedure selettive, al fine di garantire la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi di cui agli artt. 43 e 49 del Trattato UE.

L'interesse comunitario per i contratti dello Stato è collegabile alle dimensioni del fenomeno e alla conseguente rilevanza che assume in campo economico. Il fondamento giuridico delle prime direttive in materia, negli anni '70, è rinvenuto nel Trattato di Roma¹ ed in particolare nel divieto di discriminazione in base alla nazionalità. Le direttive di quel periodo fanno riferimento soprattutto alla tutela delle quattro libertà fondamentali garantite dal Trattato².

A partire dagli anni '80, la Comunità Europea ha previsto specifiche procedure ad evidenza pubblica a garanzia della massima libertà di accesso al mercato dei lavori, servizi e forniture. L'Atto Unico Europeo del 1986 ha posto espressamente l'esigenza di garantire alle imprese *"la possibilità di sfruttare appieno le potenzialità del mercato interno alla Comunità, grazie all'apertura degli appalti pubblici nazionali"*³.

Nel corso della seconda metà degli anni '80 e degli anni '90 la normativa comunitaria si è indirizzata verso l'elaborazione di specifiche e precise prescrizioni di misure comuni idonee al rispetto della *par condicio*, al fine di combattere la frequente elusione da parte delle stazioni appaltanti delle regole di pubblicità, trasparenza, e imparzialità.

La sistemazione della materia ad opera delle direttive del 1992 e del 1993 e la sempre più frequente attenzione posta alla materia dalla Corte di Giustizia, costituiscono un valido supporto al raggiungimento di tali obiettivi che imponevano di individuare quale fine primario la tutela della concorrenza.

A livello interno, il primo tentativo per ridefinire l'intero quadro normativo si è avuto con l'emanazione della legge n. 109/1994, la legge Merloni, c.d. legge quadro dei Lavori Pubblici, anche se a fianco di questa coesistevano ancora norme che disciplinavano i lavori in economia e le forniture di beni e servizi, anche sopra soglia comunitaria⁴.

¹ IL Trattato di Roma è stato firmato il 25 marzo 1957 ed è considerato il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea.

² Si fa riferimento alla libertà di circolazione dei lavoratori, delle merci, dei capitali e delle imprese.

³ Il quadro normativo comunitario è ben descritto da M.A. SANDULLI, nel *Trattato sui Contratti pubblici*, Vol. I, I principi generali, i contratti pubblici, I soggetti, sezione I, l'oggetto, 8 ss.

⁴ Tre distinti decreti legislativi disciplinavano gli appalti di valore superiore alla soglia comunitaria di forniture (D.Lgs. n. 358/1992); servizi (D.Lgs. n. 157/1995) e forniture e servizi nei settori speciali (D.Lgs. n. 158/1995). Gli appalti sotto soglia erano disciplinati dal

A questo proposito, si sono prese in esame 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, trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità e mutuo riconoscimento rispetto alla nozione di concorrenza effettiva. Sotto questo profilo, si è, fra l'altro, già rilevato come il grado di evoluzione acquisito dall'ordinamento comunitario mostri un'applicazione diffusa dei principi in questione anche al di fuori degli ambiti positivamente regolati, attribuendo così valenza generalizzata ai canoni predetti.

Successivamente, nella parte ricostruttiva, sono singolarmente presi in esame i principi sopra citati, enunciati dall'art. 2 del Codice dei Contratti Pubblici e nelle direttive comunitarie succedutesi nel tempo, mettendo in luce il modo in cui essi vengano coniugati con la sfera di precetti di derivazione interna e approfondendo le relative modalità applicative alla luce del D.Lgs. n. 163/2006.

Dopo avere esposto l'apparato concettuale di riferimento, nella parte finale del lavoro, si è cercato di cogliere qual è il grado di evoluzione della materia e quali siano le problematiche maggiormente attuali, con particolare riferimento all'*Egovernment* ed agli strumenti elettronici di negoziazione (*marketplace* della PPAA). Su questo specifico punto, infatti, è da notare che il nostro Legislatore ha recepito, in modo tempestivo, le indicazioni formulate in ambito europeo già all'inizio del 2000: con d.P.R. 4 aprile 2002, n. 101 è stato infatti emanato il *"Regolamento recante criteri e modalità per l'espletamento da parte delle amministrazioni pubbliche di procedure telematiche di acquisto per l'approvvigionamento di beni e servizi"*⁵.

Si è trattato, come si vedrà in seguito, di un primo passo, certamente in linea con l'orientamento comunitario, verso il necessario adeguamento a quei modelli di approvvigionamento interamente basati, o quasi, sul ricorso a strumenti elettronici. E' allo studio dell'Unione Europea un complesso di provvedimenti finalizzati ad imprimere una forte accelerazione, e precisamente entro il 2016, per tutti gli Stati

d. P.R. n. 573/1994; i servizi e le forniture in economia dal d.P.R. n. 384/2001 e i lavori in economia dal regolamento attuativo della legge Merloni (d. P.R. n. 554/1999).

⁵ Oggi, interamente trasfuso nel d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 recante *"Regolamento di esecuzione e attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE"*.

membri, verso i c.d. "appalti elettronici": essi possono semplificare in modo significativo la gestione degli appalti, ridurre gli sprechi e ottenere migliori risultati (prezzi inferiori, migliore qualità), stimolando la concorrenza in tutto il mercato unico. Possono inoltre contribuire ad affrontare due delle principali sfide con le quali l'economia europea è chiamata a confrontarsi: la necessità di ottimizzare l'efficienza della spesa pubblica in un contesto di restrizioni di bilancio e la necessità di trovare nuove fonti di crescita economica.

Tornando, al tema iniziale della trattazione, occorre evidenziare che nella tradizione propria del nostro ordinamento interno, nel settore degli appalti, il concetto di evidenza pubblica indica, *lato sensu*, la serie procedimentale che la Pubblica Amministrazione è tenuta ad osservare ogniqualvolta debba scegliere un operatore economico al quale affidare l'esecuzione di lavori ovvero la fornitura di beni e/o servizi.

Da ciò deriva l'interesse dell'ordinamento alla precisa regolamentazione di tutto il complesso delle attività propedeutiche 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 Costituzione.

Fermo quanto sopra, il quadro della materia è stato poi sottoposto ad una profonda evoluzione in ragione del graduale ma inarrestabile processo di integrazione europea, che ha portato ad un ripensamento delle linee generali della disciplina dell'attività della P.A., i cui effetti sono rinvenibili sia sul piano del diritto positivo, sia sotto il profilo della attività giurisprudenziale e dottrinale, attraverso la progressiva emersione di nuovi valori alla base dell'agire stazioni appaltanti in forza principalmente del recepimento della disciplina di derivazione comunitaria⁶.

Le considerazioni sopra svolte sembrano sufficienti per comprendere la complessità del tema che si presenta quanto mai attuale anche alla luce dell'emanazione delle Direttive Comunitarie in materia di appalti e di concessioni già menzionate. Sarà

⁶ 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

interessante, dunque, anche attendere le modalità con cui le novità sancite nelle Direttive saranno recepite dall'ordinamento interno e - si immagina - quali innumerevoli cambiamenti in tema di modalità telematiche di approvvigionamento tale recepimento sarà in grado di comportare.

**CAPITOLO I: L'“EVIDENZA PUBBLICA” NELL'EVOLUZIONE DEL QUADRO
NORMATIVO, ALLA LUCE DEI PRINCIPI SULL'AZIONE AMMINISTRATIVA
E DEI PRINCIPI A TUTELA DELLA CONCORRENZA.**

1.1. Cenni introduttivi.

Nell'accezione propria del nostro ordinamento giuridico, la nozione di evidenza pubblica indica quella serie procedimentale che la Pubblica Amministrazione, nell'esercizio della propria attività contrattuale, è obbligata a rispettare qualora proceda alla selezione di un operatore economico finalizzata alla realizzazione di lavori o alla prestazione di forniture e servizi.

La necessità di delimitare la nozione della locuzione di cui si discute nasce poiché dottrina e giurisprudenza, da sempre, hanno riconosciuto la capacità di diritto privato in capo alla Pubblica Amministrazione, che, dunque, utilizza modelli di diritto comune, stipulando, infatti, contratti di diritto privato, ma con la precisazione che l'Amministrazione stessa, nell'esprimere la propria volontà negoziale, è chiamata, pur sempre, a servirsi di procedimenti che hanno una funzione propedeutica e sono sintomatici dei motivi che hanno indotto ad una scelta piuttosto che ad un'altra, e questi motivi non possono che essere oggetto di un eventuale e futuro sindacato giurisdizionale⁷.

Per quanto ciò detto, sorge l'esigenza di comprendere quali sono le caratteristiche e le peculiarità dell'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione, per lo più, inquadrata come derogatoria rispetto al diritto comune, ma soprattutto attributiva di vantaggi sia dal punto di vista economico e di beni giuridici. Si è detto, infatti, sul punto, che *"quel contratto, che nella sua espressione più consueta siamo soliti rappresentarci come un mezzo, uno strumento di composizione e realizzazione d'interesse, 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."*⁸.

Ora va rilevato che il quadro normativo degli appalti pubblici, ispirato ai principi generali di imparzialità, buon andamento e tutela della concorrenza, ha subito una profonda evoluzione a seguito del processo di integrazione europea, che ha indotto il legislatore e la giurisprudenza ad individuare nuovi valori alla base dell'agire privatistico pubblico, frutto dell'influenza comunitaria. Tale spinta comunitaria ha

⁷ CERULLI IRELLI V., *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008, pag. 50.

⁸ LEDDA F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1964, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, pag. 323.

dato la stura anche ad una lettura di tali principi non solo in senso negativo, ossia di individuazione degli interventi da non porre in essere per non incorrere nella violazione del diritto comunitario, ma soprattutto in senso positivo, individuando gli interventi da introdurre al fine di attuare quanto previsto dal diritto comunitario.⁹

In prima istanza, pertanto, inizieremo ad analizzare le fonti normative di livello superiore, ovvero i principi della nostra Costituzione e quelli contenuti nel Trattato. Tuttavia, è opportuno effettuare alcune premesse circa il principio della tutela della concorrenza: essa verrà infatti analizzata con specifico riferimento alla disciplina sugli appalti, intendendosi con ciò il relativo approfondimento con riguardo agli obblighi imposti alla Pubblica Amministrazione allorché intenda procedere all'acquisizione di beni o servizi, ovvero all'affidamento di lavori affinché quest'ultima garantisca la parità di trattamento tra le imprese.

È d'uopo necessario, ora, svolgere alcune preliminari considerazioni, alla luce della suddetta importanza del diritto comunitario nella materia degli appalti pubblici, circa il rapporto tra ordinamento interno e ordinamento comunitario.

Sulla base dell'articolo 11 della Costituzione e di una costante giurisprudenza inizialmente solo europea¹⁰, oggi recepita anche dalla Corte Costituzionale, è ormai definitivamente riconosciuto il primato del diritto dell'Unione Europea su quello nazionale nelle tematiche ad essa attribuite.

⁹ Consiglio di Stato, sez. Consultiva, parere 06.02.2006, n. 355

¹⁰Le prime importanti sentenze della Corte comunitaria che sanciscono una limitazione alla sovranità nazionale degli stati membri e stabiliscono il primato del diritto comunitario sono *Costa contro Enel* (1964) e *Simmenthal* (1978). Infatti, se in un primo momento la Corte Costituzionale considerava questi due ordinamenti come distinti e separati, oggi la stessa Corte ha definitivamente accolto il principio di conformità dell'attività legislativa statale e regionale agli obblighi comunitari, con la sentenza *Granital* del 1984.

Con la sentenza richiamata, il Giudice delle leggi ha affermato che il diritto interno e quello comunitario devono coordinarsi secondo la ripartizione di competenza voluta da Trattati comunitari, nel senso di assicurare la prevalenza degli atti comunitari direttamente applicabili. La successiva giurisprudenza costituzionale ha poi chiarito che tale principio si applica anche alle statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sentenza del 23.04.1985, n. 113), dalle sentenze di inadempimento e dalle norme dei Trattati comunitari alle quali deve riconoscersi efficacia diretta (sentenza del 11.07.1989, n. 389) ed, infine, dalle direttive aventi effetti diretti (sentenza del 02.02.1990, n. 64).

E ciò alla luce del principio della conformità dell'attività legislativa statale e regionale agli obblighi comunitari, ribadito dal novellato art. 117, comma 1 della Costituzione, come riformato dalla l. cost. 3/2001.

In ragione di ciò, oltre alle norme ed ai principi costituzionali, si devono considerare quelli derivanti dal Trattato di Lisbona, nonché i principi e le norme poste con le direttive (2004/17 e 2004/18), che - oltre ad essere il fondamento giuridico per l'emanazione del Codice - rappresentano anche una chiave di lettura interpretativa delle norme nazionali.

Il quadro delle fonti nell'assetto normativo odierno, tuttavia, deve oggi essere necessariamente riletto alla luce dell'entrata in vigore della *"Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE"*.

Fermo restando, quindi, che l'esame del quadro legislativo dovrà essere necessariamente svolto tenendo conto delle nuove indicazioni contenute nella predetta Direttiva, nella attuale vigenza del decreto legislativo n. 163/2006 i principi generali alla base dell'evidenza pubblica sono sanciti dall'articolo 2 del decreto stesso, a mente del quale *"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."*¹¹.

Ora, per comprendere i principi summenzionati, occorre partire dall'inquadramento della materia dei contratti pubblici nel nostro ordinamento, cercando di comprendere la ragione che ha portato il legislatore italiano, e di riflesso quello comunitario, ad imporre la gara come ordinario criterio di scelta del contraente privato.

¹¹Nel 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.

Preliminarmente, occorre richiamare la più ampia tematica concernente, come sopra si accennava, la capacità contrattuale della Pubblica Amministrazione.

Il punto di partenza si rinviene nell'art. 1, comma 1 *bis* della legge 241 del 1990, secondo cui *"La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente"*.

Tuttavia, se, da un lato, la predetta disposizione autorizza la Pubblica Amministrazione, nell'ambito dell'esercizio dell'attività non autoritativa, a far ricorso alle norme di diritto privato, dall'altro è altrettanto vero che gli aspetti che caratterizzano l'autonomia negoziale vengono limitati quando ad agire è, appunto, un'amministrazione pubblica.

Infatti, la libertà di scelta del proprio *partner* contrattuale, la determinazione dell'oggetto negoziale e l'assetto degli interessi dedotti in contratto subiscono una significativa compressione, frutto del rispetto delle regole sull'evidenza pubblica, che sono tradizionalmente considerate come norme imperative e, pertanto, inderogabili.

Dunque, nell'esercizio dell'autonomia negoziale, la Pubblica Amministrazione, oltre ad incontrare i limiti di cui al codice civile, è tenuta anche all'osservanza delle regole proprie dell'evidenza pubblica. Quindi se appare fuori discussione la possibilità per l'amministrazione di stipulare contratti di diritto privato, a ben vedere, non può non rilevare il fatto che l'amministrazione stessa, nel portare a compimento la sua volontà negoziale, è chiamata pur sempre a servirsi di procedimenti che, in tutto o in parte, hanno una funzione propedeutica e sono sintomatici dei motivi che hanno indotto ad una scelta piuttosto che ad un'altra, e questi motivi, peraltro, non possono eludere il sindacato giurisdizionale.

Ciò perché il precipuo scopo dell'amministrazione afferisce alla cura di interessi pubblici, che impone un vincolo funzionale all'esercizio della stessa.

Ed è proprio la finalizzazione dell'attività amministrativa al perseguimento di uno scopo a indurre autorevole dottrina a sottolineare come quanto appena detto rappresenti una vera e propria anomalia, stante il fatto che l'incontro di una delle due volontà, essendo tra loro eterogenee per quanto attiene al tipo di attività

giuridica posta in essere, appare sempre governata dalla disciplina generale dei contratti pubblici con tutte le relative conseguenze¹².

È vero, infatti, che il concetto di funzionalizzazione dell'attività amministrativa di diritto privato viene definito come la manifestazione della capacità giuridica degli enti pubblici attraverso norme primarie e secondarie, che si estrinsecano nel rispetto di fasi procedurali tese al perseguimento di interessi generali, non coincidenti con quelli cui mira il contratto di diritto privato¹³.

Sul punto, la giurisprudenza, ormai granitica, ritiene che la procedura di evidenza pubblica è il luogo in cui si cristallizza la volontà della Pubblica Amministrazione di addivenire al contratto¹⁴. A conferma di ciò, basti pensare che la giurisprudenza ha, da tempo, ormai affermato la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione in tale fase, nel senso che gli atti del procedimento dell'evidenza pubblica, in quanto preordinati alla conclusione del contratto, sono al tempo stesso configurabili anche quali atti di trattativa e di formazione progressiva del contratto stesso, e come tali rilevanti anche ai sensi dell'art. 1337 c.c.¹⁵

¹² CERULLI IRELLI V., *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, op.cit.

¹³ Consiglio di Stato, AD. GEN. 17 febbraio 2002, 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."

¹⁴ Consiglio di Stato, sez. V, 18 gennaio 2006, n. 126, in www.giustiziamministrativa.it, secondo cui si tratta di una "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 di potere di impegnare l'ente."

¹⁵ Consiglio di Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n.3831 "Occorre poi considerare che la gara non è "altro" rispetto alla formazione del contratto della P.A.; e che i privati che vi partecipano, sottoponendo le proprie offerte alla Stazione appaltante, hanno tutti la qualità di possibili futuri contraenti con l'Amministrazione. Come ha esattamente osservato in sostanza il primo Giudice, invero, gli atti del procedimento dell'evidenza pubblica, in quanto preordinati alla conclusione del contratto, sono al tempo stesso configurabili anche quali atti di trattativa e di formazione progressiva del contratto stesso, e come tali rilevanti anche ai sensi dell'art. 1337 cod. civ. Questo Consiglio ha recentemente osservato (Sez. VI, n. 5638 del 7 novembre 2012, e n. 4236 del 25 luglio 2012), infatti, che "La fase di formazione dei contratti pubblici, come è noto, è caratterizzata dalla contestuale presenza di un procedimento amministrativo e di un procedimento negoziale. Il procedimento amministrativo è disciplinato da regole di diritto pubblico finalizzate ad assicurare il perseguimento, anche quando la p.a. agisce mediante moduli convenzionali, dell'interesse pubblico. Il procedimento negoziale è disciplinato da regole di diritto privato, finalizzate alla formazione della volontà

La dottrina ritiene, pertanto, di effettuare la distinzione tra attività amministrativa di diritto privato, come sopra precisata, e attività autoritativa che persegue in via diretta ed immediata la cura dei pubblici interessi, che non coincidono con quelli della collettività¹⁶.

È proprio l'autorità che caratterizza l'attività della Pubblica Amministrazione che induce all'applicazione di tale regime di formazione della volontà.

Autorevole dottrina¹⁷ parte da tale premessa per giungere alla conclusione che la procedura ad evidenza pubblica è un sistema caratterizzato da due fasi.

La prima fase è quella propriamente procedimentale che è, dunque, strumentale alla scelta del contraente ed è disciplinato da norme di diritto pubblico, e durante la quale gli interessati sono titolari di interessi legittimi. Con riferimento alla menzionata fase, l'amministrazione è tenuta ad individuare quali sono i motivi di interesse pubblico che l'hanno spinta ad addivenire alla conclusione del contratto, dando debita considerazione delle ragioni di interesse pubblico per cui sono state adottate certe condizioni.

La seconda fase, invece, è quella propriamente negoziale, finalizzata alla formazione della volontà contrattuale della Pubblica Amministrazione e regolata da norme privatistiche, e in cui gli interessati sono titolari di veri e propri diritti soggettivi.

Tuttavia, altra parte della dottrina ritiene invece che il ricorso all'evidenza pubblica derivi dalla necessità di applicare ai contratti pubblici la teoria degli atti

contrattuale, che contemplano normalmente un invito ad offrire della p.a. cui segue la proposta della controparte e l'accettazione finale della stessa p.a. La presenza di un modello formativo della predetta volontà contrattuale predeterminato nei suoi profili procedimentali mediante la scansione degli atti sopra indicati, che vede normalmente la presenza di più soggetti potenzialmente interessati al contratto, non rappresenta un ostacolo all'applicazione delle regole della responsabilità precontrattuale. Si è, infatti, in presenza di una formazione necessariamente progressiva del contratto, non derogabile dalle parti, che si sviluppa secondo lo schema dell'offerta al pubblico. Non è, dunque, possibile scindere il momento di sviluppo del procedimento negoziale limitando l'applicazione delle regole di responsabilità precontrattuale alla fase in cui il 'contatto sociale' viene individualizzato con l'atto di aggiudicazione. Del resto, anche nel diritto civile il modello formativo dell'offerta al pubblico presuppone normalmente il 'contatto' con una pluralità di 'partecipanti' al procedimento negoziale. Diversamente argomentando l'interprete sarebbe costretto a scindere un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità."

¹⁶ POLI, V., *Principi generali e regime giuridico dei contratti stipulati dalle Pubbliche Amministrazioni*, in www.giustiziamministrativa.it, il quale ritiene la non fungibilità tra contratto e atto amministrativo, almeno con riferimento alla attività di spettanza necessaria della P.a.

¹⁷ GIANNINI, M.S., *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970, 799 ss.

amministrativi, consentendo ai privati, quindi, la tutela delle proprie ragioni in sede giurisdizionale¹⁸.

Nello specifico, in realtà, anche la stessa fase di evidenza pubblica, in quanto procedura effettivamente amministrativa, conosce diverse fasi di realizzazione che, ad oggi, sono disciplinate dall'art. 11 del D.Lgs. 163/2006 s.m.i., rubricato "*Fasi delle procedure di affidamento*", riconducibili alla deliberazione a contrarre, alla fase di scelta del contraente, caratterizzata dalle diverse modalità di scelta e dai criteri di aggiudicazione, ed infine alla fase della conclusione del contratto e di approvazione, in funzione di controllo¹⁹.

L'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione, quindi, necessariamente preceduta dal modulo procedimentale della procedura di scelta del contraente e cioè il complesso sistema dell'evidenza pubblica, nelle sue differenti modalità applicative, deve essere svolta 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*".

La rilevanza di tali principi è ricavabile sia dall'esame della regolamentazione normativa delle procedure di gara, sia, costantemente, dalla produzione giurisprudenziale e dottrinale su questi temi.

In primo luogo, costituisce principio generale il ricorso stesso alla procedura di gara come modello procedimentale, che l'Amministrazione deve adottare ogniqualvolta intenda affidare al mercato lo svolgimento di servizi, la fornitura di beni, ovvero l'esecuzione di lavori.

¹⁸ GRECO, C., *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986; MERUSI, F., *Disciplina e organizzazione dei finanziamenti pubblici nelle leggi per il mezzogiorno*, Milano, 1968, 56 ss, il quale critica la teoria del doppio stadio, individuando in questa la preoccupazione di trovare un legame di tipo pubblico con l'attività privatistica della Pubblica Amministrazione.

¹⁹ CORSO, G., *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 247, il quale evidenzia 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 interesse personale*", con la conseguenza che "*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*".

Il principio dell'utilizzo dello schema della gara come sistema di scelta del contraente accomuna l'ordinamento interno e quello comunitario. Infatti, la cogenza del principio concorsuale è un dato acquisito nell'ordinamento italiano con la legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, in particolare all'art. 331²⁰.

Il dato viene confermato dalla giurisprudenza contabile, secondo la 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 precisi²¹.

Prima dell'intervento del legislatore comunitario, dunque, l'interesse alla convenienza amministrativa costituiva il perno della contrattualistica pubblica²².

Da ultimo, si richiama il summenzionato art. 2 del Codice dei Contratti Pubblici che elenca i principi che informano la materia degli appalti pubblici (e non solo).

Questo intervento normativo generalizza l'obbligo di adottare la procedura di evidenza pubblica nei contratti superiori alla soglia comunitaria (secondo quanto stabilito dall'art. 4 della direttiva CE 2014/24), tanto con riferimento ai settori ordinari quanto in relazione alla scelta del socio privato nella costituzioni di società miste.

Tuttavia, la normativa comunitaria, invece, pone al centro della sua attenzione la disciplina della concorrenza come strumento per il raggiungimento del mercato unico, di un mercato aperto, attraverso la realizzazione delle quattro libertà

²⁰ Successivamente occorre fare riferimento alle disposizioni contenute nel 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."*. Più specificatamente, con riguardo all'attività di acquisizione di beni o servizi e realizzazione di lavori degli enti locali, si fa 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 pubbliche devono di regola essere preceduti da pubblici incanti con le forme stabilite per i contratti dello Stato."*

²¹ Corte dei Conti, Sez. contr. Stato, 7 giugno 2000, n. 5

²² D'ALBERTI, M., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2/2008, 297 ss., MEZZACAPO, S., *Procedure di evidenza pubblica* (voce), in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di M. Clarich, G. Fonderico, Milano, 2007, 552 ss; SANTI ROMANO, *Principi di diritto Amministrativo*, Milano, 1901, 503 ss.

fondamenti, ossia la libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali.

Si tratta, dunque, di un modello da utilizzare quando vi sia “un rapporto di scambio o societario”, definibile “a prestazioni corrispettive o oneroso” con una Pubblica Amministrazione.

Pertanto, 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 dei soggetti privati²³.

In realtà, occorre evidenziare che se, indubbiamente, la predetta centralità della procedura di evidenza pubblica sia frutto dell’influenza comunitaria, è altrettanto vero che questa derivi anche da fattori propri dell’ordinamento interno.

Infatti già dall’analisi della legislazione meno recente si evince un’applicazione del principio tanto con riferimento a fattispecie di carattere contrattuale quanto a quelle di natura provvedimento. Basti guardare alla figura dell’appalto pubblico utilizzata come strumento di acquisizione di beni e servizi o di realizzazione di lavori, dapprima in relazione alla serie dei contratti passivi (compravendite, somministrazioni, leasing, contratti di prestazione professionale) e successivamente con riferimento alla sfera dei contratti attivi, da cui derivi un vantaggio in termini economici per l’amministrazione²⁴.

La figura è oggi tipizzata agli artt. 1 e 53 del D.Lgs. 163/2006 che hanno introdotto un numero chiuso di modalità di affidamento dei contratti pubblici, alternativamente riconducibili all’appalto ovvero alla concessione, prevedendo, in linea col diritto comunitario, oltre all’esecuzione dei lavori pubblici, anche la progettazione e l’esecuzione con qualsiasi mezzo²⁵.

²³ Consiglio di Stato, sez. VI, 30 dicembre 2005, n. 7616, in www.giustiziamministrativa.it.

²⁴ In senso contrario, CARINGELLA, F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005, II, 2252, il quale asserisce 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 all’art. 3, comma 3, che reca “*I «contratti» o i «contratti pubblici» sono i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l’acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l’esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori*”; l’art. 53 rubricato “*Tipologia e oggetto dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*” dispone che “*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. 2. Negli appalti relativi a lavori, il decreto o la determina a contrarre stabilisce, motivando, nelle ipotesi di cui*

Va osservato 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 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 (oggi definita procedura aperta), licitazione privata e appalto concorso (oggi definite procedure ristrette) - la trattativa privata (oggi definita procedura negoziata) è stata disegnata già dal sistema normativo di

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 è 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. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva, per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori. Per le stazioni appaltanti diverse dalle pubbliche amministrazioni l'oggetto del contratto è stabilito nel bando di gara.”.

²⁶In 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.

Contabilità di Stato come ambito derogatorio cui ricorrere nei casi di particolare urgenza o di previo esperimento di gare andate deserte²⁷.

Nella giurisprudenza, tale tipologia di scelta del contraente è stata per lungo tempo interpretata come ambito retto dal principio della libertà delle forme e inteso come negoziazione effettiva fra due soggetti posti su un medesimo piano di autonomia contrattuale.

In questo senso, il Consiglio di Stato aveva avuto modo di rilevare che *“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 legittimo solo in presenza di ben precise condizioni”*²⁸.

La successiva evoluzione dell'istituto si connota per l'esigenza di ampliare il novero delle tutele a disposizione dei contraenti privati, ma soprattutto per adeguare la disciplina interna ai principi di trasparenza, imparzialità e concorsualità.

Paradigmatica di questo orientamento è senz'altro la giurisprudenza secondo la quale l'evidenza pubblica integra *“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 Pubblica Amministrazione e, dall'altro, a ragioni di adeguamento ai principi di trasparenza, imparzialità e concorsualità rafforzati dall'ingresso delle regole comunitarie³⁰.

²⁷ In questo senso l'art. 92 del r.d. n. 827 del 1924 prevedeva 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”*.

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, 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 In tal senso, è unanime la più recente giurisprudenza amministrativa che prevede l'assoluta eccezionalità del sistema della procedura negoziata nel nostro ordinamento: *“Ed invero, come la giurisprudenza della Sezione ha già avuto modo di precisare, il ricorso al sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione del bando di cui all'art. 57*

Se ne deduce la regola generale dell'espletamento di gare ufficiose per le procedure negoziate, in contrasto, dunque, con l'orientamento invalso nella giurisprudenza interna di rimettere alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice la scelta circa la forma di selezione dell'operatore economico, salva la sussistenza di norme *ad hoc*.

Ed infatti, l'art. 57, comma 6, del Codice dei contratti pubblici 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 invitare.

In questo modo, il Legislatore ha introdotto 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 sono registrate 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.

comma 2, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, rappresenta un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità tipica della procedura aperta, *“con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva”* (cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2255). In particolare, l'ipotesi prevista dalla lettera b) del citato secondo comma dell'art. 57 (secondo cui è possibile il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando *“qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato”*), correttamente interpretata in senso restrittivo, può operare solo ove ne ricorra in modo oggettivo ed incontrovertibile il presupposto applicativo e non, invece, quando sussista comunque anche un minimo spazio per poter utilmente esperire una procedura comparativa. Infatti, la logica insita nella norma, che - giova ribadirlo - eccezionalmente deroga al principio della più ampia concorrenzialità, è quella di non imporre una gara il cui esito sarebbe scontato, perché solo un operatore risulterebbe in grado di parteciparvi e di effettuare la prestazione richiesta. L'unicità del fornitore, quindi, deve essere oggettivamente verificata prima di addiovenire all'affidamento e una preventiva indagine di mercato può avere il solo scopo di acquisire la certezza di tale unicità o di escluderla.” (Consiglio di Stato, sez. V, 28 luglio 2014, n. 3997).

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

In altre parole, “il sistema gara” è, di per se stesso, un sistema da rispettare, in quanto garanzia della concorrenza e della parità di trattamento fra imprese³².

Pertanto, sebbene una reale affermazione 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 procedurali³³.

Accertato dunque il valore di detto sistema³⁴ in quanto tale, il nostro ordinamento prevede che, anche nel rispetto della disciplina comunitaria, la gara venga svolta in osservanza dei principi sanciti dall’articolo 2 del D.Lgs. 163/2006.

³² LEDDA F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1964 ora in Scritti giuridici, Padova, 2002, 323, il quale rileva: ““ 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*: Consiglio di Stato, sez. III, n. 123/2014, relativa al fenomeno del completezza delle dichiarazioni da rendere da parte dei concorrenti alla gara: “Sotto altro concomitante profilo valga poi sottolineare che la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire perché consente, anche in ossequio al principio di buon andamento dell’amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all’ammissione dell’operatore economico alla gara; conseguentemente una dichiarazione che è inaffidabile perché, al di là dell’elemento soggettivo sottostante, è falsa od incompleta (o addirittura, come nel caso di specie, mancante), deve ritenersi di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l’impresa meriti sostanzialmente di partecipare alla gara (Cons. Stato, V, 21.6.2013, n. 3397; Sez. V, 3.6. 2013, n. 3045; 07.05.2013, n. 2462).

³³ In questo senso, si veda come la previsione 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”.

³⁴ Con riferimento al valore intrinseco del sistema della gara pubblica, la Corte Costituzionale ha osservato come la stessa debba ispirarsi e preservare il rispetto dei principi di cui all’articolo 97 Cost. nonché quello, sovrano, della concorrenza. Afferma infatti il Supremo organo che “In relazione al primo profilo, va ricordato come questa Corte abbia già avuto modo di affermare che la nozione di concorrenza, riflettendo quella operante in ambito comunitario, include in sé sia interventi «di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto», sia interventi mirati a ridurre gli squilibri attraverso la creazione delle condizioni per la instaurazione di assetti concorrenziali (sentenza numero 14 del 2004; vedi anche, tra le altre, le sentenze numeri 29 del 2006 e 272 del 2004). Rientrano, pertanto, nell’ambito materiale in esame le misure di garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali e gli strumenti di liberalizzazione dei mercati stessi. In questa sede viene, però, soprattutto in rilievo l’aspetto della tutela della concorrenza che si concretizza, in primo luogo, nell’esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci,

Detti principi - secondo quanto sopra detto circa la compresenza in materia di principi costituzionali e principi comunitari - vanno integrati con le previsioni dell'art. 97 Cost. secondo cui *“I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.”*.

Nel dettaglio, il principio del buon andamento postula che l'attività della Pubblica amministrazione deve essere finalizzata a realizzare l'interesse pubblico³⁵. Per far

della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (articoli 3, paragrafo 1, lettere c e g; 4, paragrafo. 1; da 23 a 31; da 39 a 60 del Trattato che istituisce la Comunità europea, del 25 marzo 1957). Si tratta di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza. Sul piano interno, l'osservanza di tali principi costituisce, tra l'altro, attuazione delle stesse regole costituzionali della imparzialità e del buon andamento, che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost. Deve, anzi, rilevarsi come sia stata proprio l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria, sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente, che ha determinato il definitivo superamento della cosiddetta concezione contabilistica, che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale. Va, inoltre, precisato che l'osservanza delle prescrizioni comunitarie ed interne di evidenza pubblica garantisce il rispetto delle regole dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri: la selezione della migliore offerta assicura, infatti, la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell'aggiudicazione. In sintesi, la nozione comunitaria di concorrenza, che viene in rilievo in questa sede e che si riflette su quella di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., è definita come concorrenza "per" il mercato, la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali sopra indicati. Ciò ovviamente non significa che nello stesso settore degli appalti, soprattutto relativi ai servizi a rete, non sussistano concomitanti esigenze di assicurare la cosiddetta concorrenza "nel" mercato attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi, che si realizza, tra l'altro, mediante l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese (vedi considerando n. 3 della direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/17/CE). In relazione al secondo profilo, concernente la natura della materia in esame, deve rilevarsi come la tutela della concorrenza - se si eccettuano, in particolare, gli aspetti della specifica normativa antitrust diretta a reprimere i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese - abbia natura trasversale, non presentando i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di «una funzione esercitabile sui più diversi oggetti» (sentenza numero 14 del 2004; si vedano, altresì, le sentenze numeri 29 del 2006; 336 del 2005 e 272 del 2004). Nello specifico settore degli appalti deve, però, ritenersi che la interferenza con competenze regionali si attegga, in modo peculiare, non realizzandosi normalmente un intreccio in senso stretto con ambiti materiali di pertinenza regionale, bensì la prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa. Ne consegue che la fase della procedura di evidenza pubblica, riconducibile alla tutela della concorrenza, potrà essere interamente disciplinata, nei limiti e secondo le modalità di seguito precisati, dal legislatore statale.” (Corte Costituzionale, sentenza n. 401 del 2007; recentemente, in termini, anche Corte Costituzionale n. 28 del 2014).

³⁵ Sulla nozione in generale del principio del buon andamento dell'attività amministrativa, la Corte Costituzionale ha statuito che *“Il principio di buon andamento riguarda non solo i profili attinenti alla struttura degli apparati ed all'articolazione delle competenze attribuite agli uffici che compongono la pubblica amministrazione, ma, investendone il funzionamento nel suo complesso (sentenza n. 22 del 1966), comprende anche i profili attinenti alle funzioni ed all'esercizio dei poteri amministrativi. Al principio di buon andamento deve essere improntata sia la disciplina*

ciò, l'azione amministrativa deve essere guidata non solo dal principio di legalità formale, ma anche dai principi di efficacia e di efficienza che proiettano verso nuovi ambiti la legalità amministrativa, alla ricerca del giusto equilibrio tra forma e sostanza.

Riguardo il principio di efficienza o di economicità si deve fare riferimento ai mezzi impiegati dall'amministrazione nella propria attività: un'amministrazione si può definire efficiente quando adotta i mezzi più idonei e meno costosi per assolvere ai propri compiti (un'amministrazione che impiega più personale, più denaro, etc. agisce in modo inefficiente o comunque non economico).

Tale principio, nella sostanza, ha lo scopo di evitare gli sprechi.

Il principio di efficacia riguarda, invece, i risultati effettivamente raggiunti dall'amministrazione. Un'Amministrazione può definirsi efficiente se riesce a raggiungere i risultati che si è prefissata di voler raggiungere.

Oltre i principi costituzionali, il cardine della procedura ad evidenza pubblica è senz'altro il rispetto del principio della concorrenza, richiamato nell'articolo 2 del decreto legislativo n. 163/2006 e principio ispiratore della disciplina comunitaria sulla materia.

Come già affermato in precedenza, la normativa comunitaria pone al centro della sua attenzione la disciplina della concorrenza come strumento per il raggiungimento del mercato unico. È evidente che tale centralità si è riflessa anche nel nostro ordinamento, divenendo così la tutela della concorrenza talmente importante da essere i suoi principi trasfusi nella Carta fondamentale. Infatti, con la modifica del Titolo V della Costituzione ad opera della legge costituzionale 3/2001, è stato previsto che *“la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto (...) dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi*

dell'organizzazione che quella delle attività e delle relazioni dell'amministrazione con altri soggetti; i relativi procedimenti devono essere idonei a perseguire la migliore realizzazione dell'interesse pubblico, nel rispetto dei diritti e degli interessi legittimi dei soggetti coinvolti dall'attività amministrativa. L'obiettivo del buon andamento dell'amministrazione può essere, tuttavia, perseguito e realizzato con modalità e strumenti diversi, egualmente efficaci, la cui scelta è rimessa, nei limiti della ragionevolezza, alla discrezionalità del legislatore (sentenza n. 103 del 1993). In questa prospettiva anche la disciplina dei procedimenti amministrativi deve essere improntata al principio di buon andamento, quindi coerente e congrua rispetto al fine che si vuol perseguire (sentenza n. 331 del 1988; sentenza n. 123 del 1968), in relazione sia all'esigenza generale di efficienza dell'azione amministrativa (sentenza n. 266 del 1993) che agli obiettivi particolari cui è preordinata la disciplina di specifici procedimenti” (cfr., Corte Costituzionale, sentenza n. 40 del 1998).

internazionali” (art. 117, comma 1, Cost.) e che tra le materie di competenza esclusiva del legislatore statale vi rientra anche quella relativa alla tutela della concorrenza.

Anche la novella del 2005 operata con la legge n. 15 di modifica della legge n. 241 del 1990, ha previsto che tra i principi dell’azione amministrativa vi sia anche quello che impone il rispetto dei principi comunitari.

Sul punto, anche la Corte Costituzionale ha sottolineato che la locuzione “concorrenza” sia da interpretare in senso estensivo, dovendosi ricomprendere anche l’eventuale adozione di misure pubbliche volte a ridurre gli squilibri, favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali, per cui non basta garantire i soli interventi regolatori³⁶. In questo stesso filone giurisprudenziale, si inserisce anche la sentenza sempre del Giudice

³⁶ Corte Costituzionale, sentenza 14 dicembre 2007, n. 430, afferma che “*In linea preliminare, occorre inoltre osservare che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, l’espressione «tutela della concorrenza», utilizzata dal legislatore costituzionale all’art. 117, secondo comma, lettera e), coerentemente con quella operante nel sistema giuridico comunitario, comprende, tra l’altro, interventi regolatori che a titolo principale incidono sulla concorrenza, quali: le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull’assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione; le misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l’apertura, eliminando barriere all’entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, in generale i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche. In tale maniera, vengono perseguite finalità di ampliamento dell’area di libera scelta sia dei cittadini, sia delle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi (sentenza n. 401 del 2007). Si tratta, in altri termini, dell’aspetto più precisamente di promozione della concorrenza, che è una delle leve della politica economica del Paese (sentenze n. 80 del 2006; n. 242 del 2005; n. 175 del 2005; n. 272 del 2004). Per siffatti caratteri, la «tutela della concorrenza», proprio in quanto ha ad oggetto la disciplina dei mercati di riferimento di attività economiche molteplici e diverse, non è una «materia di estensione certa», ma presenta i tratti «di una funzione esercitabile sui più diversi oggetti» ed è configurabile come «trasversale» (da ultimo, e per tutte, sentenza n. 401 del 2007), caratterizzata da una portata ampia (sentenza n. 80 del 2006). Queste peculiarità, da un canto, comportano che la «tutela della concorrenza», appunto perché ha ad oggetto la disciplina del mercato di riferimento delle attività economiche, influisce necessariamente anche su materie attribuite alla competenza legislativa, concorrente o residuale, delle Regioni, dall’altro, impongono di garantire che la riserva allo Stato della predetta competenza trasversale non vada oltre la «tutela della concorrenza» e sia in sintonia con l’ampliamento delle attribuzioni regionali disposto dalla revisione del titolo V della parte seconda della Costituzione (sentenze n. 175 del 2005; n. 272 del 2004; n. 14 del 2004). Ne consegue che non possono ricondursi alla «tutela della concorrenza» quelle misure statali che non intendono incidere sull’assetto concorrenziale dei mercati o che addirittura lo riducono o lo eliminano. Pertanto, ciò che occorre verificare è se le norme adottate dallo Stato siano essenzialmente finalizzate a garantire la concorrenza fra i diversi soggetti del mercato (sentenza n. 285 del 2005), allo scopo di accertarne la coerenza rispetto all’obiettivo di assicurare un mercato aperto e in libera concorrenza. Una volta che tale scrutinio abbia esito positivo, l’attribuzione delle misure alla competenza legislativa esclusiva dello Stato comporta sia l’inderogabilità delle disposizioni nelle quali si esprime, sia che queste legittimamente incidono, nei limiti della loro specificità e dei contenuti normativi che di esse sono proprie, sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano (sentenza n. 80 del 2006).”.*

delle leggi, n. 362 del 2007, che ha affermato che l'intervento dello Stato può, tramite l'emanazione di una normativa analitica, influire sulle competenze legislative delle Regioni e che spetterà poi alla stessa Corte uno scrutinio di tali norme volto ad accertare che l'intervento normativo statale sia stato coerente con i principi di concorrenza e proporzionato rispetto a ciò³⁷. È evidente che l'obiettivo di tale sentenza era quello di evitare che determinati soggetti dotati di privilegi, come le società miste, operassero in mercati concorrenziali.

Oggi, con l'emanazione della Nuova Direttiva sugli appalti pubblici, deve considerarsi principio generale della materia quello secondo cui *“L'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.”*³⁸.

Il Legislatore comunitario, intravedendo il ruolo strategico degli appalti pubblici per lo sviluppo economico e sociale dell'Unione europea³⁹, ha chiarito che la possibilità di concorrere per l'affidamento di commesse pubbliche è aperta ad una

³⁷ Corte Costituzionale, sentenza n. 326 del 2007, afferma che *“Questa Corte ha così delimitato la «tutela della concorrenza»: la titolarità della relativa potestà legislativa consente allo Stato di adottare misure di garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali e misure di liberalizzazione dei mercati stessi; queste misure possono anche essere volte a evitare che un operatore estenda la propria posizione dominante in altri mercati; l'intervento statale può consistere nell'emanazione di una disciplina analitica, la quale può influire su materie attribuite alla competenza legislativa delle Regioni; spetta alla Corte effettuare un rigoroso scrutinio delle relative norme statali, volto ad accertare se l'intervento normativo sia coerente con i principi della concorrenza, e se esso sia proporzionato rispetto a questo fine (sentenze nn. 63 e 51 del 2008 e nn. 421, 401, 303 e 38 del 2007).”*.

³⁸ Si tratta del I Considerando della Nuova Direttiva.

³⁹ *“Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo «Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» («strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»), in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici. A tal fine, la normativa sugli appalti adottata ai sensi della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (4) e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (5) dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale. È inoltre necessario chiarire alcuni concetti e nozioni di base onde assicurare la certezza del diritto e incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia.”* (II Considerando della Nuova Direttiva).

vasta categoria di soggetti: nel Considerando 14, si afferma che *“È opportuno precisare che la nozione di «operatori economici» dovrebbe essere interpretata in senso ampio, in modo da comprendere qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare. Pertanto imprese, succursali, filiali, partenariati, società cooperative, società a responsabilità limitata, università pubbliche o private e altre forme di enti diverse dalle persone fisiche dovrebbero rientrare nella nozione di operatore economico, indipendentemente dal fatto che siano «persone giuridiche» o meno in ogni circostanza.”*.

Nel concreto, la rilevanza del principio della concorrenza si è manifestata, recentemente, nell'introduzione della nuova disposizione a tutela delle piccole e medie imprese che intendono partecipare alle procedure ad evidenza pubblica; viene infatti stabilito che *“Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali. Nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese.”*⁴⁰.

L'esigenza di garantire che il mercato degli appalti pubblici sia aperto anche alle imprese di più piccole dimensioni è uno degli elementi tracciati anche dal Legislatore comunitario nella nuova Direttiva secondo cui *“Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo «Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» («strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»), in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici. A tal fine, la normativa sugli appalti adottata ai sensi della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (4) e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento*

⁴⁰ Si tratta di una disposizione inserita con il D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214 e, successivamente, modificata dall'art. 1, comma 2, D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 135 e dall' art. 26-bis, comma 1, D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98.

europeo e del Consiglio (5) dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale. È inoltre necessario chiarire alcuni concetti e nozioni di base onde assicurare la certezza del diritto e incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia.⁴¹

Ad oggi, il Legislatore comunitario ha inteso ribadire il concetto stesso di appalto affermando che *“La crescente diversità delle forme di intervento pubblico ha reso necessario definire più chiaramente il concetto stesso di appalto. Questo chiarimento in quanto tale non dovrebbe tuttavia ampliare l'ambito di applicazione della presente direttiva rispetto a quello della direttiva 2004/18/CE. La normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici non intende coprire tutte le forme di esborsi di fondi pubblici, ma solo quelle rivolte all'acquisizione di lavori, forniture o prestazioni di servizi a titolo oneroso per mezzo di un appalto pubblico. È opportuno precisare che a tali acquisizioni di lavori, forniture o prestazioni di servizi dovrebbe essere applicata la presente direttiva se effettuate tramite acquisto, locazione finanziaria o altre forme contrattuali. La nozione di acquisizione dovrebbe essere intesa in senso ampio, ossia nel senso che le amministrazioni aggiudicatrici ottengono i vantaggi dei lavori, delle forniture o dei servizi in questione senza che sia necessariamente richiesto un trasferimento di proprietà. Inoltre, il semplice finanziamento, in particolare tramite sovvenzioni, di un'attività che è spesso legata all'obbligo di rimborsare gli importi percepiti qualora essi non siano utilizzati per gli scopi previsti, generalmente non rientra nell'ambito di applicazione delle norme che disciplinano gli appalti pubblici. Analogamente, situazioni in cui tutti gli operatori che soddisfano determinate condizioni sono autorizzati a svolgere un determinato compito senza selettività, come i sistemi basati sulla scelta del cliente e i sistemi di buoni servizio, non dovrebbero essere considerate sistemi di appalto bensì semplici sistemi di autorizzazione (per esempio licenze per medicine o servizi medici).”*⁴².

In altri termini, secondo il Legislatore comunitario, ferme le eccezioni per i sistemi di mera autorizzazione all'esercizio di talune attività, si ha un appalto pubblico, e non una autorizzazione e/o concessione, ogni volta vi sia un vantaggio per

⁴¹ Si tratta del II Considerando della Direttiva 2014/24.

⁴² Si tratta del 4 Considerando della nuova Direttiva.

l'amministrazione alla realizzazione dei lavori ovvero alla ricezione di servizi o di beni.

Oggi, il carattere eccezionale della procedura negoziata deve necessariamente essere interpretato alla luce della nuova Direttiva.

Il legislatore comunitario, rimarcando preliminarmente che si tratta di una procedura a detrimento della concorrenza ed il cui ricorso è giustificato limitatamente a specifiche e tassative ipotesi codificate, ha rammentato che il carattere di esclusività non deve essere indotto dalla condotta dell'Amministrazione stessa: *“Tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali. L'eccezionalità dovrebbe essere circoscritta ai casi nei quali la pubblicazione non sia possibile per cause di estrema urgenza dovute a eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione aggiudicatrice, o se è chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non genererebbe maggiore competitività ovvero migliori risultati dell'appalto, non da ultimo perché un solo operatore economico è oggettivamente in grado di eseguire l'appalto. Ciò vale per le opere d'arte, in quanto l'identità dell'artista determina intrinsecamente il carattere e valore unico dell'opera d'arte stessa. L'esclusività può anche trarre origine da altri motivi, ma solo situazioni di reale esclusività possono giustificare il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione, se la situazione di esclusività non è stata creata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice in vista della futura gara di appalto. Le amministrazioni aggiudicatrici che si avvalgono di questa eccezione dovrebbero indicare i motivi per cui non esistono soluzioni alternative o sostituibili praticabili quali il ricorso a canali di distribuzione alternativi anche al di fuori dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice o la possibilità di prendere in considerazione lavori, forniture e servizi comparabili dal punto di vista funzionale.”*⁴³.

1.2 La normativa nazionale e comunitaria nell'ambito delle concessioni: confronto con l'istituto dell'appalto.

Oltre alla generale categoria dell'appalto, esaminata sino ad ora in ragione delle disposizioni più rilevanti sia nell'ordinamento interno sia in quello comunitario, va

⁴³ Considerando n. 50 della nuova Direttiva.

rilevata l'importanza del modello della gara anche nella diversa materia dell'affidamento delle concessioni.

Diversamente dall'istituto dell'appalto, l'approccio normativo-sistematico all'istituto della concessione ha subito considerevoli cambiamenti proprio a seguito del recepimento degli insegnamenti comunitari.

Va precisato, infatti, che soltanto a partire dal secondo dopoguerra il nostro Legislatore si è posto il problema dell'applicazione - anche - alle concessioni, delle regole di pubblicità e trasparenza, in quanto lo schema concessorio, risalente alla metà dell'800, non prevedeva alcun tipo di confronto concorrenziale tra gli operatori economici, data l'inesistenza di un vero e proprio "mercato", dovuta, principalmente, alla comune interpretazione dell'istituto come "*esercizio privato di pubbliche funzioni*", attraverso il quale l'amministrazione sostituisce ad essa un privato senza però abdicare alla natura pubblicistica dell'attività svolta⁴⁴.

A tale matrice normativa sono state ricondotte, oltre al modello della concessione di costruzione e gestione, la concessione di committenza e quella di 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 contabile e del vantaggio di valorizzare il carattere strettamente fiduciario nell'individuazione del concessionario.

Proprio per tale ragione, già la giurisprudenza più risalente sottolineava la necessità di prevedere procedure competitive caratterizzate dalla predeterminazione dei criteri di assegnazione e la rispondenza di essi a parametri certi ed oggettivi.

Talune decisioni hanno, in parte, operato un collegamento all'art. 12 della legge n. 241 del 1990 intendendo quest'ultima come regola generale, applicabile a qualsiasi

⁴⁴ 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 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.

fattispecie concessoria che prevede 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 dell'amministrazione⁴⁵.

Successivamente, recependo l'indirizzo proveniente dal diritto comunitario in materia⁴⁶, il nostro sistema interno è apparso maggiormente rigoroso nel richiedere per l'affidamento di una concessione 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. 945⁴⁷.

Già in quella sede 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

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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, 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.

⁴⁷ 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.

appalti pubblici, a nulla rilevando che esse possano partecipare, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri nell'ambito degli ordinamenti nazionali.

Nell'ottica comunitaria, infatti, all'istituto concessorio è stata da sempre 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 giustificerebbe la sottrazione ai principi regolanti il mercato⁴⁸.

Occorre soffermarsi, al fine di comprenderne la sua differenza dall'appalto, anche sull'ulteriore elemento caratterizzante l'istituto della concessione, esaminando, a tal proposito, l'elaborazione proposta sul punto dalla Corte di Giustizia.

Già nella sentenza *Norma-A SIA e Dekom SIA contro Latgales plānosānas rēģions*, del 10 novembre 2011, la Corte comunitaria aveva ritenuto che *“se è vero che la modalità di remunerazione è uno degli elementi determinanti per la qualificazione come concessione di servizi, dalla giurisprudenza risulta inoltre che la concessione di servizi implica che il concessionario si assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione. Il non avvenuto trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione dei servizi indica che l'operazione in parola rappresenta un appalto pubblico di servizi e non una concessione di servizi (...). Occorre pertanto verificare se il prestatore si assuma il rischio legato alla gestione del servizio. Se è pur vero che tale rischio può essere, ab origine, considerevolmente ridotto, ai fini della qualificazione come concessione di servizi è necessario, tuttavia, che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca integralmente o, almeno, in misura significativa al concessionario il rischio nel quale essa incorre. È, infatti, noto che taluni settori di attività, in particolare quelli riguardanti attività di pubblica utilità,*

⁴⁸ 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.

come quello controverso nella causa principale, sono disciplinati da normative che possono avere l'effetto di limitarne i rischi economici"⁴⁹.

In sostanza, nel corso del tempo, il Giudice comunitario ha via via elaborato un concetto di "contratto di concessione" basato proprio sul rischio d'impresa, un rischio che il concessionario si assume, sostituendosi all'Autorità Pubblica, diversamente dall'appaltatore⁵⁰.

L'odierno Codice dei contratti pubblici, pur espungendo le concessioni di servizi dall'ambito di applicazione delle disposizioni in esso contenute, assoggetta le stesse

⁴⁹La sentenza della Corte prosegue sostenendo che "da un lato, la configurazione giuspubblicistica alla quale è soggetta la gestione economica e finanziaria del servizio facilita il controllo di tale gestione e riduce i fattori che possono pregiudicare la trasparenza e falsare la concorrenza. Dall'altro, le amministrazioni aggiudicatrici devono conservare la possibilità di assicurare la fornitura dei servizi attraverso una concessione, agendo in buona fede, qualora esse reputino che si tratti del modo migliore per assicurare il servizio pubblico in oggetto, anche a prescindere dal fatto che il rischio legato alla gestione sia molto ridotto. Dato che, in questi casi, l'amministrazione aggiudicatrice non ha alcuna influenza sulla configurazione di diritto pubblico applicabile all'organizzazione del servizio, non le è possibile introdurre né, pertanto, trasferire fattori di rischio che siano esclusi da una simile configurazione. Inoltre, sarebbe irragionevole pretendere che un'amministrazione concedente creasse condizioni di concorrenza e di rischio economico più elevate rispetto a quelle esistenti nel settore in oggetto per effetto della disciplina ad esso applicabile. Il rischio di gestione deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato, il quale può tradursi segnatamente nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate o, ancora, nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio. Al contrario, rischi come quelli legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico non sono determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come appalto pubblico o come concessione di servizi, dal momento che rischi del genere, in realtà, sono insiti in qualsiasi contratto, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia riconducibile alla tipologia dell'appalto pubblico di servizi ovvero a quella della concessione di servizi. Se è pur vero, come è stato rilevato al punto 45 della presente sentenza, che il rischio economico legato alla gestione può essere, ab origine, considerevolmente ridotto a causa della configurazione di diritto pubblico applicabile all'organizzazione del servizio, ai fini della qualificazione come concessione di servizi è necessario, tuttavia, che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca integralmente o, almeno, in misura significativa, al concessionario il rischio nel quale essa incorre".

⁵⁰Si veda, ad esempio la sentenza della Corte di Giustizia, 10 settembre 2009, C-206/08, Eurwasser; 10 marzo 2011, C-207/09, PrivaterRettungsdienst und KrankentransportStadler, ma anche, internamente, Consiglio di Stato, sez. V, n. 2531/2012, il quale ha affermato che "la differenza tra le suddette modalità di aggiudicazione dei contratti pubblici sta, dunque, in questo: nella concessione, l'impresa concessionaria eroga le proprie prestazioni al pubblico e, pertanto, assume il rischio della gestione dell'opera o del servizio, in quanto si remunera, almeno per una parte significativa, presso gli utenti mediante la riscossione di un prezzo; sotto il profilo economico, il settore in cui opera l'impresa è chiuso al mercato, totalmente o parzialmente, sulla base di disposizioni di carattere generale e l'ingresso dell'operatore deve avvenire tramite un provvedimento amministrativo (concessione). La compensazione per lo svolgimento delle missioni di servizio pubblico è direttamente stabilita dalla legge (...). Nell'appalto, invece, le prestazioni vengono erogate non al pubblico, ma all'Amministrazione, la quale è tenuta a remunerare l'attività svolta dall'appaltatore per le prestazioni ad essa rese".

al rispetto dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, *ex art. 30, comma 3*⁵¹. 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 servizi⁵².

Il quadro normativo in materia di affidamento di concessioni è oggi soggetto a profonde innovazioni, e, forse, per la maggior parte, alle definitive conferme di un insieme di assiomi, come vedremo, già elaborati dalla giurisprudenza - in ragione dell'entrata in vigore della "*Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*".

In primo luogo, si evince dall'esame della direttiva che il Legislatore comunitario ha definitivamente voluto inquadrare il contratto di concessione all'interno dello schema interpretativo elaborato dalla Corte di Giustizia.

Infatti, in relazione alle concessioni, l'obiettivo della Direttiva 2014/23/UE è quello di delineare un quadro normativo certo, che disciplini le concessioni di lavori e quelle di servizi aggiudicate dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori e che consenta di superare le attuali distorsioni presenti nel mercato interno, con riguardo soprattutto alle limitazioni di accesso al mercato nei confronti delle piccole e medie imprese, nonché di superare le inefficienze generate dall'assenza di una normativa di riferimento, elemento che spinge alle aggiudicazione dirette, con possibile rischio di pratiche scorrette e di corruzione⁵³.

⁵¹ 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.

⁵² 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.

⁵³ Secondo il I considerando della Direttiva 2014/23 "*L'assenza di una chiara normativa che disciplini a livello dell'Unione l'aggiudicazione dei contratti di concessione dà luogo a incertezza*

La mancanza di certezza giuridica nel settore degli affidamenti delle concessioni è alla base dei problemi e degli ostacoli che si frappongono alla realizzazione di un'effettiva concorrenza e di condizioni di parità tra gli operatori economici. Ciò evidentemente si traduce sicuramente in occasioni commerciali mancate, il cui peso non rileva non solo per l'aspetto economico, che non può far valere, in future contrattazioni, un affidamento che avrebbe potuto conseguire.

Preso coscienza di tale situazione, la citata direttiva, nel Considerando 18, chiaramente afferma che *“Le difficoltà legate all'interpretazione dei concetti di «contratto di concessione» e di «appalto pubblico» hanno generato una costante incertezza giuridica tra i soggetti interessati e sono state oggetto di numerose sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea. Ne consegue che è necessario precisare meglio la definizione di concessione, in particolare facendo riferimento al concetto di «rischio operativo». La caratteristica principale di una concessione, ossia il diritto di gestire un lavoro o un servizio, implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore. L'applicazione di norme specifiche per la disciplina dell'aggiudicazione di concessioni non sarebbe giustificata se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sollevasse l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto. Allo stesso tempo, occorre precisare che alcuni accordi remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore dovrebbero configurarsi come concessioni qualora il recupero degli*

giuridica, ostacola la libera fornitura di servizi e provoca distorsioni nel funzionamento del mercato interno. Di conseguenza, gli operatori economici, in particolare le piccole e medie imprese (PMI), vengono privati dei loro diritti nell'ambito del mercato interno e perdono importanti opportunità commerciali, mentre le autorità pubbliche talvolta non riescono a utilizzare il denaro pubblico nella maniera migliore, in modo da offrire ai cittadini dell'Unione servizi di qualità ai prezzi migliori. Un quadro giuridico idoneo, equilibrato e flessibile per l'aggiudicazione di concessioni garantirebbe un accesso effettivo e non discriminatorio al mercato a tutti gli operatori economici dell'Unione assicurando altresì la certezza giuridica e favorendo quindi gli investimenti pubblici in infrastrutture e servizi strategici per i cittadini. Tale quadro giuridico consentirebbe inoltre di fornire maggiore certezza giuridica agli operatori economici e potrebbe costituire una base e uno strumento per aprire maggiormente i mercati internazionali degli appalti pubblici e rafforzare gli scambi commerciali mondiali. Particolare importanza dovrebbe essere attribuita al miglioramento delle possibilità di accesso delle PMI a tutti i mercati delle concessioni dell'Unione.”.

investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dall'effettiva domanda del servizio o del bene o dalla loro fornitura."

Attualmente l'aggiudicazione delle concessioni di lavori è disciplinata da un numero limitato di disposizioni del diritto derivato, mentre alle concessioni di servizi si applicano i principi del Trattato.

In primo luogo, già l'attuale definizione di concessione presenta un carattere d'incertezza giuridica, soprattutto per la mancata specificazione normativa del livello e dei tipi di rischio di gestione assunto dal concessionario. Infatti, la vigente direttiva per i settori ordinari, definisce le concessioni di lavori e le concessioni di servizi con dei rimandi alla definizione del contratto di appalto, segnatamente come contratti che presentano le stesse caratteristiche dell'appalto ad eccezione fatta del corrispettivo dei lavori o dei servizi che consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo⁵⁴.

La nuova direttiva, pertanto, fornisce una definizione più puntuale del contratto di concessione, definendolo come contratto a titolo oneroso concluso tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori o la prestazione di servizi, ove il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Quest'ultimo diritto c.d. di gestione comporta sempre il trasferimento al concessionario del c.d. rischio operativo, comprensivo del rischio di domanda o del

⁵⁴ Il Legislatore comunitario prosegue poi nel Quarto Considerando affermando che *"Attualmente, l'aggiudicazione delle concessioni di lavori pubblici è soggetta alle norme di base della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (1), mentre l'aggiudicazione delle concessioni di servizi con interesse transfrontaliero è soggetta ai principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, nonché ai principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Vi è il rischio di mancanza di certezza giuridica dovuto a interpretazioni divergenti dei principi del trattato da parte dei legislatori nazionali e a profonde disparità tra le legislazioni dei diversi Stati membri. Tale rischio è stato confermato dalla copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che tuttavia ha affrontato solo parzialmente alcuni aspetti dell'aggiudicazione dei contratti di concessione. È necessario, a livello di Unione, applicare in maniera uniforme i principi del TFUE in tutti gli Stati membri ed eliminare le discrepanze nell'interpretazione di tali principi al fine di eliminare le persistenti distorsioni del mercato interno. Ciò favorirebbe altresì l'efficienza della spesa pubblica, faciliterebbe la parità di accesso e l'equa partecipazione delle PMI all'aggiudicazione dei contratti di concessione, sia a livello locale che a livello dell'Unione, e promuoverebbe il conseguimento di obiettivi sostenibili delle politiche pubbliche."*

rischio di offerta o di entrambi. Si considera che il concessionario assuma tale rischio nell'ipotesi in cui non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dell'opera o dei servizi oggetto della concessione.

Dunque, si può liberamente affermare che per la prima volta l'affidamento in concessione di servizi da parte di amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori è oggetto di un'articolata disciplina normativa, in linea con quella vigente per gli affidamenti nei settori ordinari.

L'affidamento delle concessioni viene, così, definitivamente sottoposto al modello procedimentale della gara, inteso quale ordinario modo di procedere della Pubblica amministrazione nell'affidare attività remunerative al mercato, nel rispetto dei principi generali fissati anche per l'affidamento degli appalti.

Anche per le concessioni, il principio cardine è ormai la gara quale unico modello per garantire una piena ed effettiva concorrenza e la procedura negoziata, anche in questo caso, viene concepita quale strumento eccezionale e derogatorio⁵⁵.

Il principio ispiratore della nuova disciplina comunitaria in materia di affidamento delle concessioni è, analogamente al corrispondente provvedimento per l'affidamento degli appalti, quello della tutela del mercato, e quindi della concorrenza: numerose sono le disposizioni orientate in tal senso cui dovranno corrispondere analoghi provvedimenti di recepimento nei singoli Stati membri⁵⁶.

⁵⁵ Considerando n. 51 della Direttiva 23/2014: *“In considerazione degli effetti negativi sulla concorrenza, l'aggiudicazione di concessioni senza previa pubblicazione dovrebbe essere permessa solo in circostanze del tutto eccezionali. L'eccezione dovrebbe limitarsi ai casi in cui risulta chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non intensificherebbe la concorrenza, in particolare allorché oggettivamente vi è un solo operatore economico in grado di eseguire la concessione. L'impossibilità di aggiudicare la concessione a qualsiasi altro operatore economico non dovrebbe essere stata determinata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore stessi in vista della futura procedura di aggiudicazione. Inoltre, dovrebbe essere valutata attentamente la disponibilità di sostituti adeguati.”*.

⁵⁶ E' previsto, ad esempio, che le concessioni non vengano assentite per una durata eccessivamente lunga: *“La durata di una concessione dovrebbe essere limitata al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato e restrizioni della concorrenza. Inoltre, le concessioni di durata molto lunga possono dar luogo alla preclusione dell'accesso al mercato, ostacolando così la libera circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento. Tuttavia, tale durata può essere giustificata se è indispensabile per consentire al concessionario di recuperare gli investimenti previsti per eseguire la concessione, nonché di ottenere un ritorno sul capitale investito. Di conseguenza, per le concessioni di durata superiore a cinque anni la durata dovrebbe essere limitata al periodo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati per eseguire i lavori e i servizi e ottenga un ritorno sul capitale investito in condizioni operative normali, tenuto conto degli specifici obiettivi contrattuali assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti. La stima dovrebbe essere valida al momento dell'aggiudicazione della concessione. Dovrebbe essere possibile includere gli investimenti*

Infatti, le linee principali di azione su cui la predetta disciplina s'incentra prevedono:

- ✓ la libertà di organizzare la procedura finalizzata alla scelta del concessionario, purché ciò avvenga nel rispetto della Direttiva (Art. 30 - Principi generali);
- ✓ la struttura portante della procedura, con l'individuazione di alcuni punti fermi ispirati ai principi di trasparenza, pubblicità, parità di trattamento (Art. 37 - Garanzie procedurali);
- ✓ l'aggiudicazione deve avvenire sulla base di criteri oggettivi che siano conformi ai principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, ma senza indicazione di alcun criterio predefinito (Art. 41 - Criteri di aggiudicazione);
- ✓ l'individuazione di quali modifiche apportate ad un concessione durante la sua esecuzione conducono ad una nuova procedura di aggiudicazione. Ciò accade quando sono apportate modifiche c.d. sostanziali alla concessione iniziale (Art. 43 - Modifica dei contratto durante il periodo di validità);
- ✓ l'estensione delle vigenti disposizioni in materie di procedure di ricorso valevoli per gli appalti nei settori ordinari e speciali alle concessioni (Art. 46 - Modifiche alla Direttiva 89/665/CEE).

iniziali e successivi ritenuti necessari per l'esecuzione della concessione, in particolare spese per infrastrutture, diritti d'autore, brevetti, materiale, logistica, affitto, formazione del personale e spese iniziali. La durata massima della concessione dovrebbe essere indicata nei documenti di gara, a meno che la durata sia utilizzata come criterio di aggiudicazione del contratto. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori dovrebbero sempre poter aggiudicare una concessione per un periodo più breve di quello necessario per recuperare gli investimenti, a condizione che la corrispondente compensazione non elimini il rischio operativo." (Considerando n. 52 della Direttiva n. 23/2014). Ulteriormente, quanto alle modalità di selezione del concessionario, il Considerando n. 68 prevede che "Di norma le concessioni sono accordi complessi di lunga durata con i quali il concessionario assume responsabilità e rischi tradizionalmente assunti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori e rientranti di norma nell'ambito di competenza di queste ultime. Per tale ragione, fatta salva l'osservanza della presente direttiva e dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, dovrebbe essere lasciata alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori un'ampia flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario. Tuttavia, al fine di garantire parità di trattamento e trasparenza durante l'intera procedura di aggiudicazione, è opportuno prevedere garanzie minime per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione, ivi comprese informazioni sulla natura e l'ambito di applicazione della concessione, la limitazione del numero di candidati, la diffusione delle informazioni ai candidati e agli offerenti e la disponibilità di registrazioni appropriate. È altresì necessario disporre che vengano rispettate le condizioni iniziali previste dal bando di concessione, per evitare disparità di trattamento tra i potenziali candidati."

Da tale breve ricognizione delle principali novità, si possono comunque trarre delle considerazioni.

Innanzitutto l'importanza e l'esigenza di una trasposizione nel diritto interno di quanto più fedele ed organica ai principi che hanno ispirato il legislatore europeo, soprattutto riguardo alle previsioni sulla tutela dei lavoratori, delle persone svantaggiate, dell'ambiente e sull'armonizzazione delle condizioni di concorrenza.

Inoltre, per realizzare l'uso strategico dei contratti pubblici, il legislatore dovrà effettuare, anche nelle scelte di tecnica legislativa, passi che concretamente consentano di avvalersi dei contratti pubblici come strumenti di politica industriale, sociale, ambientale e di innovazione. Sarà allora indispensabile optare per un recepimento assai snello e puntuale: certezza giuridica, pubblicità e trasparenza, snellezza e flessibilità procedurale, tutela giuridica consentiranno all'azione delle amministrazioni aggiudicatrici, se pienamente introdotti nel mercato degli appalti pubblici, di effettuare quell'avanzamento in consapevolezza, professionalità e legalità, non più procrastinabile che le permetterà di essere protagoniste dello sviluppo economico del Paese e non solo portatrici di domanda di beni, servizi e lavori.

1.3 Le ragioni interne relative all'obbligatorietà del modello concorsuale come principale strumento di scelta del contraente.

L'indagine sulle ragioni che hanno indotto il legislatore a preferire il modello concorsuale come unico strumento di scelta del contraente implica l'analisi, non solo dei fattori di derivazione comunitaria, a cui nel precedente paragrafo si è accennato, ma anche dei fattori di derivazione nazionale.

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha da sempre ritenuto che il fondamento della centralità del modello della procedura concorsuale fosse esclusivamente l'interesse della Pubblica Amministrazione⁵⁷.

⁵⁷ In questo senso si ricordi quella giurisprudenza che espressamente negava il riconoscimento di posizioni giuridiche di vantaggio al contraente nei confronti della P.A. (Consiglio di Stato, V, 11 marzo 1976, n. 453; Consiglio di Stato, V, 19 dicembre 1970, n. 1091).

Ed infatti, la dottrina degli anni '70 rilevava che *“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.”*⁵⁸.

Tale affermazione si rileva anche nella passata giurisprudenza amministrativa, la quale, in un primo momento, attribuiva al merito amministrativo la determinazione del metodo di scelta del contraente, con conseguente insindacabilità in sede giurisdizionale⁵⁹.

Negli anni '80, invece, inizia a farsi strada un diverso orientamento che attribuisce alle imprese concorrenti un interesse, almeno, alla correttezza e legalità nello svolgimento della procedura di gara, ascrivibile al più ampio *genus* dell'interesse legittimo⁶⁰.

Non è solo la giurisprudenza a muoversi in tale direzione, poiché la dottrina inizia ad intravedere nel sorgere di tali interessi dei privati un cambiamento connesso ai valori propri della nostra Costituzione, volti a riconoscere al privato la posizione di imprenditore come soggetto titolare di valori che necessitano di trovare collocazione a livello normativo, e non solo in sede giurisdizionale⁶¹.

Ne è pertanto derivata l'interpretazione dell'evidenza pubblica come garanzia di un triplice ordine di valori. Da un lato, il rispetto di un *iter*, che permette l'individuazione delle ragioni di interesse pubblico sottese alla volontà di addivenire alla conclusione del contratto, diventa garanzia di quei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Dall'altro, inizia ad avvertirsi la necessità di garantire un accesso alle commesse pubbliche in situazione di parità. Infine, si vuole garantire un uso corretto delle risorse delle Pubbliche Amministrazioni impiegate in attività contrattualistiche.

⁵⁸ TOZZI, F., *La scelta del contraente privato nell'attività contrattuale della p.a. Posizioni soggettive tutelabili*, in *Foro Amm.*, 1975, III, 381 ss.

⁵⁹ Sul punto si richiama la risalente giurisprudenza in tema di tutela del contraente rispetto all'atto di scelta da parte della p.a.: Consiglio di Stato, sez. V, 5 aprile 1963

⁶⁰ Consiglio di Stato, sez. V, 18 gennaio 1984, n. 49; Cass. SS.UU. 15 gennaio 1983, n. 2102.

⁶¹ CARULLO, A., *Libertà di concorrenza, interessa al ricorso e scelta del contraente*, nota a Consiglio di Stato, V, 18 gennaio 1984, n. 49.

Dall'analisi della giurisprudenza amministrativa si desume chiaramente che l'obiettivo cui l'ordinamento ha dato maggior rilievo è quello dell'imparzialità e del buon andamento al fine di realizzare l'interesse della Pubblica Amministrazione all'ottenimento del miglior assetto di interessi in sede contrattuale, delimitando nel frattempo la discrezionalità amministrativa nelle procedure di gara. Ed infatti la tutela della *par condicio* tra i concorrenti, prima dell'influenza comunitaria, discendeva proprio dall'interesse pubblico al corretto ed imparziale svolgimento della procedura, vista dunque dal punto di vista dell'autorità amministrativa.

Sul punto, a mero titolo esemplificativo, si focalizzi l'attenzione su quella risalente 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."*⁶².

La prevalenza del momento pubblicistico si percepisce anche dalla forte specialità nella disciplina dei contratti pubblici, che, sebbene formalmente assoggettati al regime di diritto privato, sono sostanzialmente caratterizzati da clausole esprimenti la tendenza del legislatore a privilegiare gli interessi della stazione appaltante nella esecuzione del contratto e nella regolazione degli aspetti economico - patrimoniali del rapporto.

Si pensi, ad esempio, al c.d. contratto claudicante, caratterizzato dalla circostanza che la fattispecie negoziale, prima dell'esito positivo del controllo, era vincolante solo per il contraente privato e non anche per l'amministrazione.

Tuttavia, negli ultimi trent'anni la dottrina e la giurisprudenza danno vita ad un'inversione di tendenza, con il precipuo scopo di allineare la disciplina dei contratti pubblici a quella contenuta nel codice civile *"condotto sul fondamento dell'idea-guida che le 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."*⁶³, affermandosi così l'idea che il ricorso alla procedura ad evidenza pubblica non possa costituire, in ragione della propria specialità, un ostacolo all'ingresso nell'area

⁶² Consiglio di Stato, V, 16 marzo 2005, n. 1077

⁶³ MASSERA A., *I contratti*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto Amministrativo Generale*, Tomo II, Milano, 2000, 1431 e ss.

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 che quella amministrativa, seppur prudentemente, hanno gradualmente esteso la disciplina contenuta nel codice civile all'esercizio dell'attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione, valutando in maniera differente il potere unilaterale esercitato nell'ambito della medesima.

È evidente, dunque, che l'evoluzione circa il modo di pensare la Pubblica Amministrazione come soggetto contrattuale muta anche, e soprattutto, a seguito dell'acquisizione del sistema di regolazione dei contratti pubblici ad opera del diritto comunitario, dove l'amministrazione non gode di alcuna posizione diversificata rispetto agli altri soggetti⁶⁴.

Estremizzando tale visione, parte della dottrina è giunta alla conclusione di ricondurre la contrattualistica pubblica interamente nella disciplina civilistica, salvo le ipotesi in cui è previsto *ex lege* il ricorso alla procedura di evidenza pubblica. E ciò lo fa, guardando all'art. 1, comma 1 *bis* della l. 241/1990 (come modificata dalla l. 15/2005), 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 Pubblica Amministrazione⁶⁵.

La predetta asserzione assume una valenza maggiore se si guarda l'art. 2 del Codice dei Contratti Pubblici che estende il rispetto dei 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.

⁶⁴ 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 stesse.

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.

⁶⁵ CARINGELLA F., *Op. cit.* II, sez. XVI, 2258.

Tuttavia, altra parte della dottrina, soffermandosi sulla funzionalizzazione dell'attività amministrativa che conserva la propria valenza anche nell'ambito dell'attività di natura contrattuale, ritiene irriducibile l'agere dell'amministrazione al diritto comune, 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"*⁶⁶.

È altrettanto vero che proprio la tipizzazione comunitaria del procedimento negoziale imposto agli organismi di diritto pubblico rende 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 qualificazione⁶⁷.

Ma non può negarsi come nell'attività contrattuale comunque rimangano logiche di natura pubblicistica, quantomeno nel perseguimento di quell'interesse pubblico che, indubbiamente, permea tutta l'attività amministrativa, a prescindere dalla tipologia della stessa. Ed è ciò che consente quella serie di deviazioni rispetto al diritto privato.

1.4 L'influenza del diritto dell'unione europea.

Dopo avere esaminato il quadro generale delle procedure ad evidenza pubblica, ed i loro principi ispiratori, vevoli sia per gli appalti sia per le concessioni, il recepimento del sistema di regolazione comunitario degli appalti ha comportato un'evoluzione dei valori tradizionalmente posti alla base delle procedure ad

⁶⁶ CERULLI IRELLI V., *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in Relazione al 47° Convegno di studi amministrativi su *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Varenna, 20-22 settembre 2001; e *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, in Appunti per la relazione introduttiva al Convegno di Roma del 22 marzo 2002 su *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma della amministrazione*.

⁶⁷ 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 viene 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 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.

evidenza pubblica, generalmente riconnessa alla emersione dei valori del mercato e della concorrenza.

Ed è proprio tale ultimo principio ad aver comportato maggiori ricadute nell'ordinamento nazionale, tale che il processo di integrazione ha conosciuto due diverse fasi.

In un primo momento, si è cercato di adattare il diritto comunitario al diritto interno e non viceversa.

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 vantaggiosa⁶⁸.

Tale impostazione è stata fatta propria da una nota pronuncia della Corte Costituzionale del 1995, secondo cui la Legge Merloni era tesa ad assicurare in modo ancor più esteso la concorrenza, non determinando una lesione del valore della concorrenza⁶⁹.

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

⁶⁸ Tali aspetti hanno subito una profonda rivisitazione 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

⁶⁹ 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.

delle possibili distorsioni ed abusi e di controllo della discrezionalità amministrativa.

In un secondo momento, invece, si registra un'inversione di tendenza, in quanto vi è una maggiore aderenza del diritto nazionale a quello comunitario.

Invero, 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.

Nonostante tale intervento innovatore, già nei primi mesi di sperimentazione delle norme contenute nel codice dei contratti pubblici, l'operatività di tali istituti è stata paralizzata tramite un intervento legislativo di rinvio⁷⁰.

Così facendo, il legislatore interno dà l'impressione di volersi discostare 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.

Ed infatti ci si è posti l'interrogativo circa l'efficacia delle direttive, ossia se codeste vadano interpretate come norme che si limitano a fissare un livello minimo di concorrenza, oppure se esse abbiano un'efficacia cogente incontestabile tale da imporre un'attuazione il più possibile specifica, chiara ed incontrovertibile, come, di recente mostra di aver opinato la Corte di Giustizia⁷¹.

⁷⁰ 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.

⁷¹ 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

Ecco, dunque, che l'opera di armonizzazione va condotta attraverso la lettura integrata delle regole di ascendenza interna con i principi europei che nel tempo sembrano destinati a prevalere, alla luce della loro primazia sia a livello costituzionale (art. 117, comma 1 Cost.), sia a livello di legge ordinaria (art. 1 legge 241 del 1990).

Metodo che 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 interna*⁷².

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 i due diversi ordinamenti 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 come settore attento alle regole che presiedono l'agire negoziale della Pubblica Amministrazione e delle istanze ad esso sottostanti.

In tal senso, di certa origine comunitaria è l'estensione 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 comunitario⁷³.

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 dell'appalto da affidare.

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.

⁷² 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.

⁷³ 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.

Le modalità applicative dei principi concorrenziali ai contratti sottosoglia sono, nel contesto normativo attuale, dettate dagli artt. 121 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 nostro Legislatore ha mostrato 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, da un lato, come incremento degli oneri procedurali a carico delle pubbliche amministrazioni, ma, dall'altro, come garanzia per il rispetto dei principi sovrani della materia dell'affidamento di appalti.

Tale tecnica legislativa è, in realtà, riscontrabile alla base dell'intero impianto del decreto legislativo n. 163/2006, come è agevolmente desumibile dagli esempi citati.

A conferma di quanto sopra, si noti che il Legislatore ha esteso il rispetto dei principi espressi dal Trattato alla fattispecie dei contratti di sponsorizzazione, unitamente ai requisiti previsti per la qualificazione dei professionisti⁷⁴.

Ciò riflette la tendenza propria dell'ordinamento nazionale ad associare il principio comunitario di libera concorrenza alla necessità di incrementare i modelli di azione amministrativa⁷⁵.

⁷⁴ Decreto legislativo n. 163 del 13 aprile 2006 e s.m.i., 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 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".

⁷⁵ CINTIOLI F., *Giudice Amministrativo, Tecnica e Mercato*, Milano, 2005, 367.

1.5 I caratteri fondamentali della disciplina europea dei contratti pubblici.

Come sopra accennato, nell'ordinamento europeo manca una definizione espressa dell'evidenza pubblica, intesa come schema procedimentale a cui la Pubblica Amministrazione ricorre ogniqualvolta voglia addivenire alla conclusione di un contratto, potendosi parlare di "evidenza pubblica comunitaria" come complesso di principi strumentali all'attuazione della concorrenza, da applicarsi qualora 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 settore⁷⁶.

Ciò in quanto nell'ordinamento comunitario non viene in rilievo il perseguimento del fine pubblico, poiché il fine primario della disciplina degli appalti è garantire il libero accesso al libero mercato, soddisfacendo una molteplicità di interessi riconducibili in capo a piccole, medie e grandi imprese e all'amministrazione stessa. Autorevole dottrina, sul punto, ha affermato che nella disciplina comunitaria dei contratti pubblici viene 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."*⁷⁷.

La sostanziale differenza di impostazione è ben colta in una statuizione del Consiglio di Stato, in cui si osserva che *"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"*⁷⁸.

⁷⁶ Direttiva 2004/18/CE, in G.U.U. E. del 30 aprile 2004, n. L 134, art. 1

⁷⁷ GIANNINI M.S. *I contratti ad evidenza pubblica*, cit.

⁷⁸ 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.

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 regolazione⁷⁹.

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 concorrenza⁸⁰.

Ciò riflette come l'ordinamento comunitario 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 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 interessato⁸¹.

Infatti, analizzando le fonti legislative europee è facile notare che 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

⁷⁹ TORCHIA L., *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006.

⁸⁰ 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".

⁸¹ CAFAGNO 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.

territori d'oltremare ed al settore della difesa, non rappresentano sicuramente le norme cardine per la comprensione del sistema.

Negli anni '90, l'Atto Unico Europeo introduce nel Trattato l'art. 130, 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.

Ed infatti, la giurisprudenza comunitaria è costante nel ritenere che le Direttive appalti del 2004, e di riflesso anche le recenti direttive del 2014, sono state emanate in attuazione delle quattro libertà della circolazione delle merci, dei servizi, capitale e persone⁸².

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 quei settori in cui un mercato concorrenziale già c'è, dove, quindi, l'intervento comunitario mira a prevenire e sanzionare le

⁸² 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.

condotte imprenditoriali che danno luogo a intese restrittive della concorrenza come i cartelli di prezzo, monopoli ed abusi di posizione dominante.

La seconda accezione è, invece, quella che attiene specificatamente al mondo degli appalti pubblici, in cui vi è l'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 ad operatori economici di altri Stati Membri.

In particolare, come ritenuto dal giudice comunitario, lo sviluppo della concorrenza effettiva mira a 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 l'adempimento di obblighi di pubblicità a livello comunitario tali da permettere agli imprenditori dell'Unione Europea di valutare se gli affidamenti proposti presentino per loro un interesse⁸³.

L'analisi delle fonti comunitarie consente di affermare che la nozione di concorrenza effettiva si esprime, in linea generale, secondo un triplice piano di operatività⁸⁴.

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

In secondo luogo, la predetta nozione riguarda le relazioni tra le amministrazioni aggiudicatrici e, specificatamente, la posizione dell'amministrazione aggiudicatrice nei confronti delle imprese offerenti.

Infine, opera sotto il profilo istituzionale, rivolgendosi direttamente agli Stati Membri imponendo loro la disciplina delle procedure di aggiudicazione e la

⁸³ 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".

⁸⁴ Si richiamano le Conclusioni dell'Avvocato Generale Christine Stix Hackl, in C-247/02, del 1 luglio 2004, in *www.curia.eu.int*, punti 28-41.

previsione di strumenti di ravvicinamento delle disposizioni processuali, al fine di garantire alle posizioni soggettive di derivazione europea il medesimo grado di tutela previsto per quelle interne.

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.

Ed infatti, è evidente che il valore della concorrenza non rappresenta 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 interno⁸⁵.

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*"⁸⁶.

Tuttavia, il dato proveniente dal diritto comunitario impone di ritenere che l'effettività della nozione di concorrenza non va intesa in chiave totalizzante, dato che 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 proporzionalità⁸⁷.

⁸⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Christine Stix Hackl, C-532/03, presentante il 14 settembre 2006, punto 70. In dottrina, INVERNIZZI R., *Le specifiche tecniche*, in AA.VV., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, 271.

⁸⁶ Corte Costituzionale, 13-27 luglio 2004, n. 272, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2004, 2748.

⁸⁷ Si veda la 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

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.

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 2004/25/CE- le cui caratteristiche non consentono di ravvisare condizioni di mercato concorrenziali. La Parte III del Codice è interamente dedicata agli appalti di lavori, servizi e forniture nell'ambito dei settori speciali di rilevanza comunitaria (gas, acqua, servizi di trasporto, postali, prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone ed altri combustibili solidi, porti ed aeroporti).

Fino all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 163/2006 gli appalti nei settori speciali avevano formato oggetto di autonoma e separata regolamentazione, tanto da guadagnarsi l'appellativo di "settori esclusi", posto che la direttiva 2004/18/CE per appalti di lavori, forniture e servizi nei settori tradizionali, escludeva espressamente i settori speciali dal proprio ambito.

La *ratio* dell'esclusione dei settori in parola dalla generale disciplina posta in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, è stata individuata, inizialmente, nell'esigenza di elaborare una normativa che tenga in considerazione la specialità dei settori in esame, stante la disomogeneità delle strutture operative ivi operanti, posto che *"gli enti che gestiscono tali servizi sono in alcuni casi disciplinati dal diritto pubblico, mentre in altri casi sono disciplinati dal diritto privato"*⁸⁸.

Tuttavia, sebbene parte della dottrina rinvenga ancora oggi in tale distinzione la *ratio* della disciplina dei settori speciali, superata la tradizionale dicotomia diritto

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".

⁸⁸ Cfr. 8° Considerando della Direttiva n. 93/38.

pubblico/diritto privato, si è, invece, ritenuto⁸⁹ che la ragione di tale esclusione risiede nella circostanza di fatto che è proprio nei settori c.d. speciali che è più facile che le autorità nazionali influenzino in vario modo il comportamento dei soggetti che vi operano (ad esempio partecipando al loro capitale sociale, inserendo i propri rappresentanti nel loro organico, ecc..) e pongano in essere una tendenziale chiusura dei relativi mercati a causa delle concessioni di diritti speciali o esclusivi per l'approvvigionamento e la gestione delle reti che forniscono i vari servizi.

Trattasi, dunque, di attività rientranti in settori considerati pacificamente strategici per ogni Stato membro, in cui manca una effettiva concorrenza a livello comunitario, tanto da rendere opportuna (*rectius*: necessaria) la predisposizione di una apposita disciplina, sotto certi aspetti, semplificata rispetto a quella prevista nell'ambito dei settori ordinari.

In secondo luogo, in virtù dell'applicazione degli artt. 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.

I servizi di interesse economico generale non ricevono alcuna espressa definizione né nelle richiamate disposizioni né in alcun atto di diritto derivato e l'individuazione del significato del termine servizio di interesse economico generale è stata per lungo tempo affidata alle pronunce della Corte di Giustizia.

A partire dalla seconda metà degli anni '90, maggiore attenzione alla questione è stata dedicata dalla Commissione europea che ha appositamente adottato una Comunicazione sui Servizi di interesse generale nel 1996, integrata e modificata nel 2001. Successivamente il tema è stato ripreso nel Libro Verde sui Servizi di interesse generale del 2003 e nel successivo Libro Bianco del 2004.

Ne emerge un concetto di servizi di interesse economico generale riconducibile a servizi di natura economica che la pubblica autorità identifica essere di particolare importanza per i cittadini (criterio dell'interesse generale) e che, con ogni probabilità

⁸⁹ Cfr. 2° e 3° Considerando della Direttiva 2004/17/CE, nonché M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, in *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè Editore, 2008. pp. 3132 e 3133.

non sarebbero realizzati o, al più, sarebbero realizzati a condizioni diverse, se non ci fosse l'intervento pubblico.

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 la 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 autonoma e distinta rispetto ad essa, dando vita ad una vera e propria *longa manus* dell'amministrazione.

Ciò premesso in ordine ai fini cui tende la disciplina comunitaria, occorre procedere ad alcune precisazioni in ordine al profilo soggettivo di applicazione della stessa.

Con riferimento alla 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.

Da questo punto di vista, infatti, la nozione di amministrazione aggiudicatrice di cui all'art. 3 del D.Lgs. 163/2006, 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.

È evidente, dunque, che, ad oggi, è da ritenersi superata l'idea che la qualifica di ente pubblico costituisca uno *status* permanente: al contrario, si è ormai definitivamente affermata la c.d. "logica delle geometrie variabili"⁹⁰, di matrice comunitaria, in base alla quale un ente può essere considerato pubblico solo settorialmente, in relazione a determinati ambiti disciplinatori, mentre nella generalità della sua azione, non interessata da questa specifica nozione, resta un

⁹⁰ CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005, 2502.

soggetto meramente privatistico. Il diritto comunitario, infatti, adotta una nozione di ente pubblico estremamente flessibile, poiché strettamente connessa al c.d. principio “dell’effetto utile”, in base al quale la miglior soluzione del caso concreto deve essere quella più corrispondente al fine che la norma vuole perseguire. Ne consegue che, in base ai vari ambiti disciplinatori, può essere maggiormente funzionale allo scopo che l’Unione Europea si prefigge una nozione ampia piuttosto che ristretta di ente pubblico, poiché, a seconda dei casi, l’accezione più o meno estesa può meglio garantire il perseguimento dei fini essenziali dell’Unione.

Ciò dimostra come il diritto comunitario abbracci una nozione funzionale di Pubblica Amministrazione in vista della necessità di attribuire piena efficacia al principio di libera concorrenza, abdicando ad ogni interpretazione restrittiva del concetto di organismo di diritto pubblico⁹¹.

Discorso simile deve essere condotto in relazione alla 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, che viene riconnessa alla nozione di “operatore economico”.

Ed infatti, sotto il profilo dei soggetti ammessi alla contrattazione, 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 comunitario 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 fondazioni 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 interno⁹².

⁹¹ MARCHEGANI 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., DELI CASTILLO I., *Appalti pubblici di forniture*, Milano, 2004; Corte di Giustizia, 17 dicembre 1998, C-353/96 in www.curia.eu.int.

⁹² 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

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

Ad oggi è l'art. 2, par. 1, n. 10 che definisce l'operatore economico come una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o di un'opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi.

Si noti che la predetta ampia nozione di operatore economico, rilevante per il diritto comunitario, assume concreta rilevanza pratica in relazione ad aspetti procedurali delle gare ed alla sfera applicativa dei principi generali.

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.

Ed infatti 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 mercato.

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 Pubblica Amministrazione.

Alla luce di tale disposto normativo, la dottrina ritiene che vi sia una precisa volontà del legislatore nazionale di definire in maniera diversa, rispetto alla classificazione

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."

comunitaria, il novero dei soggetti di diritto ammessi alle procedure finalizzate all'affidamento di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi e di escludere, quindi, dallo stesso gli enti pubblici⁹³.

Diversamente 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 e della loro capacità di esercizio dell'attività di impresa⁹⁴.

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 settoriali⁹⁵.

Tuttavia un ruolo fondamentale è svolto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, che ha elaborato importanti principi, fatti propri dalla direttiva 2014/24 CE⁹⁶.

⁹³ CACACE S., *Clausole abusive e pubbliche amministrazioni*, in www.giustiziaamministrativa.it/studiecontributi, settembre 2006.

⁹⁴ 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".

⁹⁵ Infatti, a tenore del primo considerando della direttiva 2014/24 CE "L'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti 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.

⁹⁶ Tale asserzione è fatta propria dal considerando n. 10 della predetta direttiva che, con riferimento alla nozione di amministrazioni aggiudicatrici, dispone che "La nozione di

Circa il rapporto che intercorre tra le due tipologie di fonti, occorre chiarire che il fulcro della disciplina contrattualistica è, senza dubbio, il Trattato che agli artt. 43 e 49 indica i principi permeanti l'intera disciplina e a cui la giurisprudenza fa costante riferimento.

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 affidamento⁹⁷.

Lo stesso dicasi per i principi di proporzionalità e di libera concorrenza che trovano anch'essi applicazione 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 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

«amministrazioni aggiudicatrici» e, in particolare, quella di «organismi di diritto pubblico» sono state esaminate ripetutamente nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Per precisare che l'ambito di applicazione della presente direttiva «ratione personae» dovrebbe rimanere invariato è appropriato mantenere le definizioni su cui si è basata la Corte e inserire alcune precisazioni fornite da detta giurisprudenza quale chiave di lettura delle definizioni stesse, senza l'intenzione di alterare la comprensione di tale concetto quale elaborato dalla giurisprudenza. A tal fine, è opportuno precisare che un organismo che opera in condizioni normali di mercato, mira a realizzare un profitto e sostiene le perdite che risultano dall'esercizio delle sue attività non dovrebbe essere considerato un «organismo di diritto pubblico», in quanto è lecito supporre che sia stato istituito allo scopo o con l'incarico di soddisfare esigenze di interesse generale che sono di natura industriale o commerciale. Analogamente, la giurisprudenza ha anche esaminato la condizione relativa all'origine del finanziamento dell'organismo in questione, precisando, tra l'altro, che per «finanziati in modo maggioritario» si intende per più della metà e che tale finanziamento può includere pagamenti da parte di utenti che sono imposti, calcolati e riscossi conformemente a norme di diritto pubblico.".

⁹⁷ 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.p.A., punto 97.

degli appalti nella misura in cui pongono dei limiti alle normative procedurali interne agli Stati Membri⁹⁸.

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, ad esempio, gli affidamenti concessori, gli appalti sotto-soglia per cui, 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 ormai un dato acquisito anche nella giurisprudenza nazionale, secondo cui il rispetto dei principi di evidenza pubblica, alla stregua di un principio comunitario da ultimo recepito con il codice dei contratti di cui al D.Lgs 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.

Per quanto concerne, invece, le direttive, è noto 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.

“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.”⁹⁹.

In relazione a queste ultime, tuttavia, 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 attuazione¹⁰⁰.

⁹⁸ 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.

⁹⁹ Consiglio di Stato, VI, 10 gennaio 2007, n. 30.

¹⁰⁰ 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*

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.

Partendo proprio dalla predetta caratteristica, il legislatore comunitario inizia ad emanare direttive di ultima generazione caratterizzate da molteplici disposizioni aventi quali dirette destinatarie le amministrazioni aggiudicatrici¹⁰¹.

Invero, la Corte di Giustizia ha, a più riprese, 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 risultato¹⁰².

Operando in tal modo, il legislatore comunitario, avallato dalla summenzionata giurisprudenza comunitaria, introduce 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 comunitario¹⁰³.

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."

¹⁰¹ 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 del bando di gara, nei casi contemplati dalla norma.

¹⁰² 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.

¹⁰³ 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,

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 giurisdizionale.

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 nazionali¹⁰⁴.

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 di ostacoli richieda un coordinamento preliminare delle legislazioni nazionali, estremamente complesso da gestire per le istituzioni comunitarie soprattutto dopo l'allargamento ai paesi dell'est europeo¹⁰⁵.

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.

¹⁰⁴ TORCHIA L., *Op. cit.*, 65.

¹⁰⁵ *Posizione comune di Consiglio e Parlamento sui servizi nel mercato interno*, ottobre 2006, in www.curia.eu.int.

CAPITOLO II: I PRINCIPI REGOLATORI DELL'EVIDENZA PUBBLICA.

Premessa

Da una prospettiva meramente generale, può iniziare ad affermarsi che l'utilizzo di clausole generali nella disciplina dei contratti pubblici costituisca una tecnica che il nostro ordinamento conosceva anche prima dell'innesto col diritto comunitario, anche se rispondente a finalità parzialmente differenti, come dimostrato.

Alle 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, *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 pubblici¹⁰⁶.

La *ratio* e l'utilizzo che la giurisprudenza e gli interpreti ne hanno fatto nel tempo rispondono 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.

Ad oggi deve dirsi che l'emersione di nuovi interessi e valori, molti dei quali di derivazione sovranazionale, ha indotto gli studiosi a riconoscere l'attualità e

¹⁰⁶ 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; 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.giustiziaamministrativa.it.

necessarietà delle clausole generali, ravvisata nella funzione di risoluzione di conflitti tra posizioni soggettive ugualmente tutelate dall'ordinamento¹⁰⁷.

Secondo il pensiero di autorevole dottrina, infatti, la gran parte delle regole che governano 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"*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"*¹⁰⁹.

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 sono in parte propri dei singoli Stati Membri essendo poi diventati oggetto di recepimento 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 singoli¹¹⁰.

In particolare, ai principi europei in materia di tutela della concorrenza si attribuisce pacificamente una funzione di unificazione e armonizzazione del sistema normativo, operando su due piani: da un lato, vengono intesi come valori che

¹⁰⁷ 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.

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

¹⁰⁹ 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, 335.

¹¹⁰ 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.

delimitano l'autonomia degli ordinamenti giuridici nazionali di recepire ed attuare il diritto comunitario; dall'altro, invece, vengono utilizzati dagli operatori del diritto quali strumenti di interpretazione delle norme procedurali interne ai singoli ordinamenti nazionali¹¹¹.

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, 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 rilevanti¹¹².

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 giurisprudenziale¹¹³.

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

¹¹¹ 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.

¹¹² GALETTA D.U., *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte essenziale di garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comm.*, 851.

¹¹³ 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". Consiglio di Stato, VI, 10 gennaio 2007, n. 30, cit.

molteplicità di soggetti in grado di incidere, sia pure in modo diversificato, sullo svolgimento delle procedure di gara¹¹⁴.

In questo senso, il richiamo espresso ai principi generali, contenuto nel secondo considerando della Direttiva 2004/18/CE e nell'art. 2 del 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 all'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 amministrativa¹¹⁵.

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

¹¹⁴ CASSESE S., *Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali*, in VANDELLI L. BOTTARI C., DONATI D. (cur.), *Diritto Amministrativo Comunitario*, Rimini, Maggioli, 1994, 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.

¹¹⁵ CINTIOLI F., *Op. cit.*, 368, 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.

settori ordinari che ai settori esclusi ed affidati da parte di ogni soggetto tenuto all'espletamento di procedure ad evidenza 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.

1. Il principio di pubblicità nelle procedure di evidenza pubblica: sintesi efficace dei principi di trasparenza, buon andamento e concorrenza.

Particolare rilievo assume nel sistema dell'evidenza pubblica il principio di pubblicità.

Si è già ricordato come l'art. 2 del decreto legislativo n. 163/2006, ampliando l'ambito delle direttive comunitarie (2004/17/CE e 2004/18/CE), ha esteso a tutti i contratti pubblici (di servizi, lavori e forniture) i principi derivanti dal diritto interno e da quello comunitario, così realizzando una vera e propria "saldatura" tra l'ambito nazionale e quello comunitario.

A ben vedere, tale risultato, riguardando la materia dell'attività amministrativa, e comunque in forza del rinvio contenuto nell'art. 2, comma 3 del citato decreto alla legge 7 agosto 1990, n. 241, era stato raggiunto anche mediante l'applicazione dell'articolo 1 della citata legge, a mente del quale *"l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario"*.

Una parte della dottrina definisce l'art. 2 del Codice dei contratti pubblici come una disposizione *"didattica"*, *"finalizzata ad indicare a tutti gli operatori i principi da osservare in tutte le fasi delle procedure contrattuali pubbliche. Obiettivo funzionale ed utile, atteso che i principi in esame non hanno carattere meramente programmatico, ma diretta incidenza sulla validità delle attività contrattuali che ricadono nell'ambito di applicazione del Codice"*¹¹⁶.

Va osservato che i principi di trasparenza e pubblicità assumono una valenza complementare l'uno rispetto all'altro.

Tuttavia, può osservarsi che l'ambito 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.

¹¹⁶ In questo senso, CHITI, M.P., *I principi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, I, *I principi generali, I contratti pubblici, I soggetti*, Milano, 2008, 158.

A quest'ultimo, infatti, come la dottrina ha avuto modo di rilevare, è attribuibile una triplice valenza¹¹⁷.

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 II Considerando della Direttiva 2004/18/CE, nel I Considerando della Direttiva 2014/24/CE e, infine, 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 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 punto¹¹⁸.

¹¹⁷ LIPARI M., *I principi di trasparenza e pubblicità*, in AA.VV., *Appalti pubblici e servizi di interesse generale*, cit., 255 e ss.

¹¹⁸ 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

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 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 contratti¹¹⁹.

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.

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".*

¹¹⁹ CARANTA R., *I contratti pubblici*, Torino, 2005, 294.

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 degli atti amministrativi e delle disposizioni in materia di diritto di accesso, disciplinati in via generale dalla legge n. 241 del 1990 e s.m.i., 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 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 amministrativa¹²⁰.

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.

¹²⁰ 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.

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 Amministrazione¹²¹.

1.2. Il principio di pubblicità nel settore degli appalti pubblici.

Individuato l'ambito applicativo del principio di trasparenza, occorre, quindi, soffermarsi sulla portata del principio di pubblicità nello speciale settore degli affidamenti dei contratti pubblici.

Il principio di pubblicità, postula l'esigenza, insopprimibile, della "conoscibilità all'esterno degli atti attraverso i quali le scelte amministrative vengono assunte e perciò dei motivi che le sorreggono"¹²², e dunque dell'apertura al pubblico dell'attività amministrativa.

Anche per tale principio, quindi, sono evidenti le basi costituzionali, rinvenibili nel diritto di essere informati sancito dall'articolo 21 della nostra Carta Costituzionale, nel diritto di difesa previsto dagli articoli 24 e 113 e, infine, nel già più volte richiamato articolo 97 quale sede sovrana del principio del buon andamento dell'azione amministrativa.

La pubblicità, così intesa, si proietta all'interno della L. n. 241/1990, trovando numerose applicazioni, o, forse meglio, costituendo il valore assoluto e più importante posto alla base di importanti istituti del procedimento amministrativo¹²³:

¹²¹ 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 consentire la più ampia partecipazione dei soggetti interessati, unico strumento per l'individuazione del miglior contraente possibile."

¹²² Sul punto CERULLI IRELLI, V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2006, 248-249; cfr., anche, MASSERA, A., *I principi generali dell'azione amministrativa*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di CERULLI IRELLI V., Napoli, 2006, 42 ss..

¹²³ SORRENTINO G., *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato*, Napoli, 2003.: "Ed infatti, fattosi per necessità storica (prima che giuridica) più stretto il legame tra amministrazione e

dalla comunicazione di avvio del procedimento, al diritto di accesso ai documenti, dall'obbligo di motivazione del provvedimento, l'obbligo di pubblicazione dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni debbono attenersi ai fini dell'adozione dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici, all'obbligo di rendere pubblica l'unità organizzativa responsabile del procedimento.

In realtà, lo stesso impianto dell'evidenza pubblica, malgrado il suo percorso evolutivo dalla finalità di controllo dell'utilizzazione delle risorse pubbliche a quella dell'apertura al mercato del settore dei contratti pubblici, nasce e si sviluppa con la necessità, per l'amministrazione, di rendere pubbliche, per così dire, "trasparenti", le ragioni delle scelte assunte, al fine della loro controllabilità *ex post*.

Sul piano del diritto positivo, il principio di pubblicità riguarda, dunque, in prima istanza, atti e documenti amministrativi, ma l'applicazione di tale principio deve logicamente estendersi a tutte le operazioni amministrative.

A conferma di tale fondamentale principio del nostro ordinamento deve richiamarsi il recente intervento normativo proprio in materia di obbligatoria diffusione delle informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni¹²⁴ posto in essere con l'art. 5

costituzione si è affermato all'orizzonte teorico e pratico il rapporto tra democrazia e amministrazione e si è compreso che l'amministrazione è completamente subordinata al sistema dei valori costituzionali, che rappresenta "la fonte ispiratrice e il criterio normativo principe del rapporto tra l'amministrazione, i cittadini e l'intera comunità civile e politica". Nell'attuale contesto, sembra dunque che possa (e debba) ritenersi definitivamente affermata la centralità della persona nel nostro ordinamento, alla luce della quale rileggere la cornice costituzionale del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione. Ed infatti, (..) è ormai poggiati sulle spalle dei giganti che è possibile scorgere nel panorama istituzionale la giuridicità della dimensione del servizio della pubblica amministrazione e quindi la vincolatività sul piano dei comportamenti di una formula che supera la mera descrizione e dà pregnanza e contenuto all'esercizio della solidarietà."

¹²⁴ All'articolo 1 del D.Lgs. n. 33/2013 viene proclamato il principio della trasparenza: "La trasparenza è intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche. 2. La trasparenza, nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio, di segreto statistico e di protezione dei dati personali, concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione. Essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino. 3. Le disposizioni del presente decreto, nonché le norme di attuazione adottate ai sensi dell'articolo 48, integrano l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione e costituiscono altresì esercizio della funzione di coordinamento informativo statistico e informatico dei

del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33¹²⁵, il quale ha introdotto e disciplinato l'istituto dell'accesso civico¹²⁶.

Oltre al generale obbligo di trasparenza concernente l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, vengono dettagliatamente stabiliti i criteri e le modalità per rendere pubbliche tutte le informazioni sullo svolgimento dell'attività amministrativa.

Ciò posto, continuando nella generale ricognizione della disciplina dell'evidenza pubblica, inquadrata nel contesto di una sempre maggiore intensificazione, anche in ragione del rilievo economico, dei rapporti tra mercato e Pubblica Amministrazione, è agevole comprendere la sussistenza di un vero e proprio rapporto biunivoco che si instaura tra le varie possibili declinazioni del principio di concorrenzialità e concorsualità ed il principio di pubblicità delle gare, divenendo, quest'ultimo, lo strumento principale per garantire, attraverso la garanzia della conoscibilità, il *favor participationis*¹²⁷.

Il principio di pubblicità permea l'intero procedimento, oggi particolarmente strutturato, di valutazione comparativa concorrenziale, ma caratterizza in primo luogo la fase preliminare all'indizione della procedura¹²⁸.

Più nel dettaglio, tra le varie forme di pubblicità, deve rammentarsi in primo luogo l'avviso di preinformazione, previsto dall'articolo 63 del D.Lgs. n. 163/2006, che

dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera r), della Costituzione."

¹²⁵ D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33 "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza, e diffusione di informazione da parte delle pubbliche amministrazioni", pubblicato nella Gazz. Uff. 5 aprile 2013, n. 80.

¹²⁶ L'istituto dell'accesso civico consente a chiunque il diritto di richiedere, gratuitamente e senza necessità di motivazione, documenti, informazioni o dati di cui le pubbliche amministrazioni hanno omesso la pubblicazione prevista dalla normativa vigente. Per l'esercizio dell'accesso civico la richiesta deve essere presentata al Responsabile della trasparenza e, in caso di ritardo o di mancata risposta, al titolare del potere sostitutivo.

¹²⁷ Afferma VINTI, S., *L'evidenza pubblica*, in *I contratti con la Pubblica Amministrazione*, a cura di FRANCHINI C., I, Torino, 2007, 268, che la pubblicità, "a differenza del principio di imparzialità, più che un fine è uno strumento, e cioè un attributo di alcuni degli atti più importanti dei procedimenti in questione, volto a garantire entrambe le funzioni principali che connotano le fattispecie procedurali di cui si tratta, ossia la massima apertura ai potenziali interessati e la parità di trattamento".

¹²⁸ In proposito, DE NICTOLIS, R., *Gli atti di gara e la relativa pubblicità*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, III, *Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, cit., 1980 ss..

contiene, per la Stazione Appaltante che lo pubblica, un probabile calendario dei contratti da affidarsi, per ciascun esercizio finanziario.

Deve poi essere riconosciuto rilievo preminente alla pubblicazione del bando di gara, che costituisce l'adempimento essenziale per la realizzazione del mercato comunitario; a tal fine, oggi, gli artt. 64 e 66 del Codice dettano una disciplina specifica, articolata a seconda che si tratti di procedure aperte, ristrette e negoziate previo bando.

Il bando, come noto, costituisce la *lex specialis* della procedura selettiva, e quindi manifesta l'intenzione della Stazione Appaltante di stipulare un contratto (di appalto o di concessione, stante l'assimilazione in ambito comunitario delle due fattispecie), indicando gli elementi essenziali della procedura: l'oggetto della prestazione, i requisiti di partecipazione, le regole della selezione; deve contenere elementi obbligatori (anche conformandosi ai modelli di formulari) e può prevederne altri facoltativi.

Il principio di pubblicità si estende anche al successivo svolgimento della gara, nel senso che le sedute in cui la commissione giudicatrice procede all'apertura delle buste contenenti i documenti amministrativi, le offerte tecniche e quelle economiche sono aperte al pubblico.

È evidente, pertanto, l'importanza e la preminenza del principio in esame nelle procedura ad evidenza pubblica, soprattutto, come vedremo, al fine di attuare quanto previsto nell'ordinamento comunitario, sia dal diritto codificato che dal diritto vivente. È un principio da cui il nostro ordinamento non può prescindere e che caratterizza il nostro diritto da sempre.

Non è dunque innovativa l'introduzione del predetto principio per il nostro diritto; la novità, o meglio le implicazioni che ne derivano, consiste nell'applicazione che la giurisprudenza comunitaria ne ha dato.

2. Il principio di trasparenza ed il concetto di "pubblicità adeguata" nella giurisprudenza comunitaria.

Si è già avuto modo di 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 II Considerando della Direttiva 2004/18/CE e Direttiva 2004/17/CE (oggi I Considerando della nuova Direttiva Appalti), 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, al fine di comprendere il significato di tale principio, induce a focalizzare l'indagine sull'evoluzione della giurisprudenza comunitaria, così come indicato dalla Commissione UE nelle sue più importanti comunicazioni in materia.

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 nazionalità¹²⁹.

In tale pronuncia, viene già affermato il riconoscimento della derivazione del 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*¹³⁰, 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 interpretativa.

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 procedura.

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

¹²⁹ Corte di Giustizia, 28 marzo 1996, C-318/94

¹³⁰ Corte di Giustizia CE, 18 novembre 1999, C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S*.

riguardanti gli avvisi e le comunicazioni agli offerenti come disciplinati nel contesto delle direttive unificate e nel codice dei contratti¹³¹.

E' opinione dell'interprete comunitario che il sistema della procedura ad evidenza pubblica, basato sulla pubblicità dei suoi atti, in tutte le sue fasi, 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 valutazione delle offerte¹³².

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 Trattato¹³³.

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.

¹³¹ LIPARI M., Op. cit., 261.

¹³² 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'onori e concludendosi nella fase di selezione propriamente detta, sia nelle procedure aperte che in quelle ristrette*".

¹³³ Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, C-324/98, *Teleaustria* e *Telefonadress*.

Tramite la medesima operazione interpretativa, nella successiva pronuncia Veestegard¹³⁴, il giudice comunitario ha assoggettato all'osservanza dei principi comunitari le procedure di aggiudicazione.

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 interpretativo¹³⁵ 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 sotto soglia 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 il grado di trasparenza necessario a soddisfare il dettato normativo¹³⁶.

¹³⁴ Corte di Giustizia CE, II, 3 dicembre 2001, Bent Moustén Vestergaard contro Spøttrup Boligselskab, "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". Ed ancora, "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".

¹³⁵ LIPARI M., *Op. cit.*, 263.

¹³⁶ 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.

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 generalità¹³⁷.

Dall'inserimento del principio di trasparenza nella 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 sopra soglia, 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.

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 medesimo¹³⁸.

¹³⁷ 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 ribadire espressamente in disposizioni di diritto derivato"*.

¹³⁸ 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"*

In linea generale, è affermato che la nozione di trasparenza va 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 costituisce un motivo conduttore per l'intero procedimento di aggiudicazione, imponendo, così, un modo di procedere obiettivo nel corso del procedimento di aggiudicazione.

Inoltre, viene precisato che nell'ambito del diritto primario non può ritenersi sussistente un regime unitario applicabile indistintamente a tutte 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 può 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

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.

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 gara¹³⁹.

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 si trasformi in un abuso del margine di libertà concesso alle autorità contraenti.

Tale conclusione viene fatta altresì discendere dal 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 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

¹³⁹ 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"*.

direttive di settore, con evidente lesione dei canoni del non aggravamento del procedimento e della proporzionalità¹⁴⁰.

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 ragionevolezza¹⁴¹.

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 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 Trattato.

¹⁴⁰ 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"*.

¹⁴¹ 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 lavoro il valore stimato nell'aggiudicazione"*.

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 proporzionalità¹⁴².

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 nell'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 Stati Membri, in cui 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

¹⁴² Conclusioni Avv. Gen. Colomer, 21 novembre 2006, cit., punti 108 e 118.

stata data attuazione mediante il codice dei contratti pubblici, dando particolare risalto agli istituti che maggiormente valorizzano il ruolo attivo dell'amministrazione aggiudicatrice, anche alla luce delle nuove Direttive.

2.1 Il sistema di pubblicità alla luce delle Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, della Direttiva 2014/24/CE e del codice dei contratti pubblici.

2.1.1 Gli obblighi di preinformazione.

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 costituisce un motivo conduttore dell'intera procedura di aggiudicazione, imponendo un modo generale di procedere delle autorità contraenti¹⁴³.

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 affianca l'art. 27¹⁴⁴, che estende ai settori esclusi ed alle concessioni di servizi il rispetto dei

¹⁴³ 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”*.

¹⁴⁴ L'art. 27 così dispone: *“1. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia ed imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto. L'affidamento dei contratti di finanziamento, comunque stipulati, dai concessionari di lavori pubblici che sono amministrazioni aggiudicatrici o enti*

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 Codice¹⁴⁵.

Si aggiunga anche che 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 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.

Si fa riferimento, in primo luogo, all'obbligo di preinformazione di cui all'art. 63 del Codice dei contratti pubblici che, recependo l'art. 35, par. 1, della Direttiva 2004/18/CE¹⁴⁶, sancisce l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di

aggiudicatori avviene nel rispetto dei principi di cui al presente comma e deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti. 2. Si applica altresì l'art. 2, comma 2, 3 e 4. 3. Le amministrazioni aggiudicatrici stabiliscono se è ammesso o meno il subappalto, e, in caso affermativo, le relative condizioni di ammissibilità. Se le amministrazioni aggiudicatrici consentono il subappalto, si applica l'articolo 118".

¹⁴⁵ CUTAJAR O., MASSARI A., *Codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza*, Maggioli Editore, 2014.

¹⁴⁶ Oggi è l'articolo 48 Direttiva 2014/24/CE a disciplinare gli "Avvisi di preinformazione": *1. Le amministrazioni aggiudicatrici possono rendere nota l'intenzione di programmare appalti pubblicando un avviso di preinformazione. Tali avvisi, che contengono le informazioni di cui all'allegato V, parte B, sezione I, sono pubblicati dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea o dalle amministrazioni aggiudicatrici sul loro profilo di committente, descritto al punto 2, lettera b), dell'allegato VIII. Qualora l'avviso di preinformazione sia pubblicato dalle amministrazioni aggiudicatrici sul loro profilo di committente, esse inviano all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea un avviso della pubblicazione sul loro profilo di committente, come indicato nell'allegato VIII. Tali avvisi contengono le informazioni di cui all'allegato V, parte A."* La Sezione II della citata Direttiva, rubricata "Pubblicità e trasparenza", riconferma la necessità che la Stazione appaltante renda pubblica la propria intenzione di procedere all'espletamento di una gara, imponendo obblighi pubblicitari sia in via preventiva sia in corso di gara, ma soprattutto a

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 esclusi¹⁴⁷.

gara espletata, affinché gli operatori economici esclusi possano esercitare il proprio diritto di difesa.

¹⁴⁷ L'art. 223 del D.Lgs. 163/2006, così dispone: "1. Gli enti aggiudicatori, possibilmente entro il 31 dicembre di ogni anno, rendono noti mediante un avviso periodico indicativo, conforme all'allegato XV A, pubblicato dalla Commissione o dagli enti stessi nel loro "profilo di committente", di cui all'allegato X, punto 2, lettera b) e all'articolo 3, comma 35, i dati seguenti:

a) per le forniture, il valore totale stimato degli appalti o degli accordi quadro, per gruppo di prodotti, che intendono aggiudicare nei dodici mesi successivi, qualora il valore totale stimato, tenuto conto del disposto degli articoli 215 e 29, risulti pari o superiore a 750.000 euro; i gruppi di prodotti sono definiti dalle amministrazioni aggiudicatrici mediante riferimento alle voci della nomenclatura CPV; il Ministro delle politiche comunitarie pubblica nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana le modalità dei riferimenti da fare, negli avvisi con cui si indice la gara, a particolari voci della nomenclatura in conformità con quanto eventualmente stabilito dalla Commissione;

b) per i servizi, il valore totale stimato degli appalti o degli accordi quadro, per ciascuna delle categorie di servizi elencate nell'allegato II A, che intendono aggiudicare nei dodici mesi successivi, qualora tale valore totale stimato, tenuto conto del disposto degli articoli 215 e 29, sia pari o superiore a 750.000 euro;

c) per i lavori, le caratteristiche essenziali degli appalti o degli accordi quadro che intendono aggiudicare nei dodici mesi successivi e il cui valore stimato sia pari o superiore alla soglia indicata nell'articolo 215, tenuto conto del disposto dell'articolo 29.

2. Gli avvisi di cui alle lettere a) e b) del comma 1 sono inviati alla Commissione o pubblicati sul profilo di committente il più rapidamente possibile dopo l'inizio dell'anno finanziario.

3. L'avviso di cui alla lettera c) del comma 1 è inviato alla Commissione o pubblicato sul profilo di committente il più rapidamente possibile dopo l'adozione della decisione che autorizza il programma in cui si inseriscono i contratti di lavori o gli accordi quadro che gli enti aggiudicatori intendono aggiudicare.

4. Gli enti aggiudicatori che pubblicano l'avviso periodico indicativo sul loro profilo di committente inviano alla Commissione, per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione di cui all'allegato X, punto 3, una comunicazione in cui è annunciata la pubblicazione di un avviso periodico indicativo su un profilo di committente.

5. La pubblicazione degli avvisi di cui al comma è obbligatoria solo se gli enti aggiudicatori si avvalgono della facoltà di ridurre i termini di ricezione delle offerte ai sensi dell'articolo 227, comma 4.

6. Gli avvisi periodici indicativi contengono gli elementi indicati nel presente codice, le informazioni di cui all'allegato X A, punti 1 e 2, e ogni altra informazione ritenuta utile, secondo il formato dei modelli di formulari adottati dalla Commissione in conformità alla procedura di cui all'articolo 68, paragrafo 2, direttiva 2004/17.

7. L'avviso periodico indicativo è altresì pubblicato sui siti informatici di cui all'articolo 66, comma 7, con le modalità ivi previste.

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° considerando¹⁴⁸ 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.

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.

8. Le disposizioni che precedono non si applicano alle procedure negoziate senza previa indizione di gara.

9. Per progetti di grandi dimensioni, gli enti aggiudicatori possono pubblicare o far pubblicare dalla Commissione avvisi periodici indicativi senza ripetere l'informazione già inclusa in un avviso periodico indicativo, purché indichino chiaramente che si tratta di avvisi supplementari.

10. Se gli enti aggiudicatori decidono di introdurre un sistema di qualificazione a norma dell'articolo 232, tale sistema va reso pubblico con un avviso di cui all'allegato XIV, indicando le finalità del sistema di qualificazione e le modalità per conoscere le norme relative al suo funzionamento. Quando il sistema ha una durata superiore a tre anni, l'avviso viene pubblicato annualmente. Quando il sistema ha una durata inferiore è sufficiente un avviso iniziale. L'avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione va trasmesso alla Commissione, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, sul profilo di committente e sui siti informatici di cui all'articolo 66, comma 7, con le modalità ivi previste."

¹⁴⁸ Considerando n. 35: "Tenuto conto delle nuove tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni e delle semplificazioni che esse possono comportare per quanto riguarda la pubblicità degli appalti nonché in termini di efficacia e di trasparenza delle procedure di aggiudicazione, è opportuno porre sullo stesso piano i mezzi elettronici e gli strumenti classici di comunicazione e di scambio di informazioni.

In tutta la misura del possibile i mezzi e le tecnologie prescelti dovrebbero essere compatibili con le tecnologie utilizzate negli altri Stati membri."

Sulla stessa linea, si pone il Considerando n. 84: "Molti operatori economici, non da ultimo le PMI, ritengono che un ostacolo principale alla loro partecipazione agli appalti pubblici consista negli oneri amministrativi derivanti dalla necessità di produrre un considerevole numero di certificati o altri documenti relativi ai criteri di esclusione e di selezione. Limitare tali requisiti, ad esempio mediante l'uso di un documento di gara unico europeo (DGUE) consistente in un'autodichiarazione aggiornata, potrebbe comportare una notevole semplificazione a vantaggio sia delle amministrazioni aggiudicatrici che degli operatori economici."

Dal punto di vista ricostruttivo, è importante sottolineare il peso che l'avviso di preinformazione acquisisce come strumento di attuazione 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 nella sviluppo della concorrenza potenziale e nell'apertura del mercato, unitamente all'osservanza degli altri principi fondamentali.

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 comunitario¹⁴⁹.

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.

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.

¹⁴⁹ 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".

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 concorrenza¹⁵⁰. 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.

Invero, 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 strumento¹⁵¹. Ed infatti 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, in dottrina, come una espressa concretizzazione del principio di pubblicità.

Sotto diverso profilo, dall'analisi del pensiero giurisprudenziale si evince, 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,

¹⁵⁰ 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.

¹⁵¹ Considerando 36 e 37 della Direttiva 2004/18/CE.

attribuendo al regime di pubblicità il carattere di regola fondamentale del confronto competitivo¹⁵².

In ogni caso, è importante rilevare come, in considerazione dell'applicazione generalizzata del principio di trasparenza, la dottrina abbia attribuito ad esso non soltanto una valenza operativa ma anche una portata interpretativa, come principio cardine cui fare riferimento in casi forieri di ambiguità o di incertezza¹⁵³.

Infine, 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

¹⁵² In ambito comunitario le sentenze di maggiore rilievo sul punto 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] nondimeno 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*».

¹⁵³ LIPARI M., *Op. cit.*, 263

applicazione caratterizza, a ben guardare anche altri settori dell'ordinamento in cui vi è l'esigenza di controllare le modalità di esercizio del potere decisionale¹⁵⁴.

2.1.2 Gli obblighi di postinformazione.

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 comunitario¹⁵⁵.

¹⁵⁴ 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.

¹⁵⁵ Art. 65, D.lgs. n. 163 del 2006, recante "Avviso sui risultati della procedura di affidamento": 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. 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. 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. 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. 5. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene gli elementi indicati nel presente codice,

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. 66.

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 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 10, 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. 79, 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 2, 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

le 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.

precedente e definibile “orizzontale”, nel senso dell’accrescimento degli scambi informativi tra amministrazione procedente ed operatori economici e della parità di trattamento degli 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.

2.1.3 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 gara¹⁵⁶, 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 amministrativa¹⁵⁷.

In prospettiva del tutto generale, si può dire che gli istituti che vengono in considerazione in questo senso si snodano lungo due fondamentali linee direttrici.

¹⁵⁶ SANNA C., PANI M., BRAGLIA A., *Appalti e trasparenza nella normativa anticorruzione*, CESDA, 2014.

¹⁵⁷ *Ex multis*: Consiglio di Stato, V, 16 maggio 2005, n. 1077, in www.giustizia-amministrativa.it

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. 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 di chi scrive, 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 stessa¹⁵⁸, 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 essere dalla stazione appaltante.

3. Il principio di proporzionalità.

Nel diritto comunitario, vi è un'enunciazione in termini generali del principio di proporzionalità 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*

¹⁵⁸ Consiglio di Stato, VI, 22 gennaio 1994, n. 6, in Il Consiglio di Stato, 1994, n.1, 894.

dell'Unione Europea non vadano al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi della Costituzione".

Questo principio si è affermato in ambito europeo sin dagli anni Ottanta ed opera nel diritto dei contratti pubblici quale parametro generale di legittimità per gli atti delle amministrazioni appaltanti, a cominciare dalla predisposizione della *lex specialis*. Il principio di proporzionalità¹⁵⁹ esige che ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti per cui, nella scelta dei provvedimenti da adottare, la Stazione appaltante deve ricorrere a quelli che comportino le minori turbative per l'esercizio dell'attività economica. Si tratta, insomma, della versione moderna di un'antica concezione nota al nostro diritto nazionale, secondo la quale l'amministrazione deve operare con il minore sacrificio possibile per i privati. Ne discende che il principio opera quale temperamento - e quindi anche parametro di controllo - della discrezionalità dell'amministrazione appaltante. Quest'ultima deve valutare le esigenze da porre a base dell'affidamento dell'appalto contemperandole con il rispetto dei principi fondamentali di imparzialità, di *par condicio*, e di proporzionalità che presidiano l'affidamento degli appalti pubblici, ai sensi dell'art. 2 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e s.m.i.. Una delle applicazioni più interessanti del principio è forse quella relativa alla proporzionalità dei requisiti di partecipazione individuati dalla legge di gara: la giurisprudenza amministrativa, infatti, impone che siano proporzionati e congrui rispetto all'oggetto del contratto che si dovrà eseguire, in particolare per quanto riguarda il fatturato o l'organizzazione di impresa.

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 amministrativa¹⁶⁰.

Oltre al dato positivo contenuto nella disciplina degli appalti di rilievo comunitario, il canone in esame viene pacificamente menzionato tra i principi di affidamento

¹⁵⁹ Più in generale sul principio di proporzionalità, cfr. USAI S., *Il responsabile del procedimento amministrativo*, p. 304 e ss, Maggioli Editore, 2014.

¹⁶⁰ GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Padova, 1998, 231.

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”*¹⁶¹.

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 generale, accanto al precetto della concorrenza¹⁶².

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

¹⁶¹ 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.

¹⁶² Avv. Gen. Stix- Hackl, Conclusioni C-231/03, Coname, cit., punto 85.

espressamente l'applicazione del principio di proporzionalità in materia, effettua un richiamo generalizzato alle norme contenute nella prima parte del codice¹⁶³.

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 241/1990.

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 comunitaria¹⁶⁴.

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 risultati¹⁶⁵.

Dal punto di vista ricostruttivo, il sindacato di proporzionalità, nella tradizione comunitaria viene utilizzato come strumento di valutazione della discrezionalità

¹⁶³ 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".

¹⁶⁴ CARINGELLA F., *Op. cit.*, II, 1462.

¹⁶⁵ 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 241/1990, prevedendo 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.

amministrativa, frazionato nei tre momenti della idoneità, necessarietà e proporzionalità in senso stretto, che ne delineano così uno schema “a tre gradini”¹⁶⁶. 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 raggiungere favorevolmente il risultato desiderato”, utilizzato dalla giurisprudenza come criterio di valutazione *ex post* dell’attività posta in essere dall’amministrazione per stabilire se essa avrebbe potuto portare 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 prefissato¹⁶⁷.

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 intollerabile¹⁶⁸.

¹⁶⁶ 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.

¹⁶⁷ *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.

¹⁶⁸ SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 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

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 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 fondamentali¹⁶⁹.

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 certezza¹⁷⁰.

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

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, 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.

¹⁶⁹ GALETTA 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.

¹⁷⁰ SANDULLI A., *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"*.

relazione a settori che non costituiscono oggetto di disciplina comunitaria ed indipendentemente dalla sussistenza di richiami normativi, in virtù di un c.d. “effetto giuridico indotto”¹⁷¹.

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 UE¹⁷².

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.

3.1 La *ratio* del principio di proporzionalità nel diritto europeo

¹⁷¹ 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 limiti 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.

¹⁷² 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. Hoofdproduktschap 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.

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 dell'Unione Europea, ed in particolare, rispetto alla finalità di realizzazione del mercato interno¹⁷³.

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 concorrenza¹⁷⁴.

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 stretto rispetto all'esercizio delle libertà previste dal Trattato¹⁷⁵.

¹⁷³ 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 inadeguato 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"*.

¹⁷⁴ 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: *"le 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."*

¹⁷⁵ 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

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 potere¹⁷⁶.

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"*¹⁷⁷.

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 Giudice amministrativo, 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"*¹⁷⁸.

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.

¹⁷⁶ GALETTA D.U., Op. cit., 230

¹⁷⁷ GIANNINI M.S., *Diritto Pubblico dell'Economia*, Bologna, 1995.

¹⁷⁸ 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 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: Consiglio di Stato, Sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885 in il Consiglio di Stato, 2000, n.4, 833; Consiglio di 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 proporzione, riproposta dall'appellato in memoria, va osservato che il principio di*

Tale profilo di operatività della proporzionalità è quello che maggiormente interessa la 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 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."*¹⁷⁹.

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 necessità della misura adottata impone sempre la ricerca, tra le varie soluzioni compatibili con un assetto possibile di libero mercato,*

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 compressenti. 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."

¹⁷⁹ Consiglio di Stato, 7 maggio del 2002, n. 5714, in Foro Amm., C.d.S., 2003, 3, 940.

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.”¹⁸⁰.

Pertanto, l'evoluzione della giurisprudenza interna in materia denota un progressivo affinamento nell'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 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, necessarietà 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.

¹⁸⁰ 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.

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

Da una prospettiva meramente generale, la disciplina comunitaria dei contratti pubblici induce a ritenere che l'applicazione del principio di proporzionalità permea 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 economici¹⁸¹.

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 ambito di applicazione della proporzionalità è dato dal tema dei parametri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ed infine, altrettanto rilevante dalla prospettiva della proporzionalità è la determinazione dell'oggetto contrattuale espressa nelle specifiche tecniche contenute nei capitolati d'onere.

Partendo dal primo ambito d'indagine, secondo l'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

¹⁸¹ Comunicazione Interpretativa 12 aprile 2000, cit., punto 3.1.3.

sproporzionate rispetto alla tipologia ed all'oggetto cui della prestazione per la quale è stata indetta la gara¹⁸².

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."*¹⁸³.

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 partecipazione alla gara rispetto a quelli previsti ex lege.

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

¹⁸² Corte di Giustizia CE, 17 maggio 1984, C-15/83, Denkavit Nederland.

¹⁸³ Su cui si veda altresì il 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."* L'art. 58 della Direttiva 2014/24/CE al par. 5 così dispone: *"5. Le amministrazioni aggiudicatrici indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse."*

appaltare, qualora queste siano obiettivamente sproporzionate rispetto all'oggetto del contratto¹⁸⁴.

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”*¹⁸⁵.

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”*¹⁸⁶.

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 richiesti¹⁸⁷.

Per quanto concerne, invece, i requisiti di capacità economica, sono 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”*¹⁸⁸.

¹⁸⁴ 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”*.

¹⁸⁵ TAR Lazio, 1 marzo 2002, n. 1577, in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁸⁶ TAR Basilicata, 14 novembre 2001 n. 777, in I TAR, 2002, 335.

¹⁸⁷ Consiglio di Stato, V, 2 dicembre 2002, n. 6606 in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁸⁸ TAR Lazio, Sez. III-ter, 27 novembre 2002, n. 10823 in I TAR, 2002, 250.

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."*¹⁸⁹.

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'appalto¹⁹⁰.

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 pubblica¹⁹¹.

¹⁸⁹ 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."

¹⁹⁰ Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, deliberazione n. 15 del 21 marzo 2006, in www.anticorruzione.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 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."

¹⁹¹ Consiglio di Stato, V, 15 febbraio 2002 n. 919, in *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

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 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 provvedimento¹⁹².

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.

¹⁹² Consiglio di Stato, IV, 7 maggio 2002, n.5714, cit.

**CAPITOLO III: I PRINCIPI GENERALI DELL'EVIDENZA PUBBLICA NELLA
PROGRESSIVA AFFERMAZIONE DELL'E-GOVERNMENT**

1. La chiamata europea alla realizzazione del Mercato Unico Digitale.

L'esame della nuova Direttiva sugli appalti pubblici, la n. 2014/24, induce inevitabilmente ad evidenziare l'ineludibile e sempre più stretta connessione fra l'applicazione degli strumenti elettronici ed il mercato del *Public Procurement*¹⁹³.

È di agevole osservazione come, ad esempio, nel settore della pubblicità delle procedure di gara il Legislatore europeo abbia reso vincolanti un complesso di disposizioni - innovative nella loro codificazione, ma, a ben vedere, sintesi estrema di un processo di modernizzazione già *in fieri* da molto tempo - volte a realizzare il c.d. *Mercato Unico Digitale*¹⁹⁴: in sostanza, la disciplina comunitaria muove ormai definitivamente nel senso di tratteggiare il mercato comunitario degli appalti - *il nuovo Mercato Unico Digitale degli appalti* - alla luce delle molteplici forme di comunicazione elettronica e della sempre più pressante esigenza di garantire alle imprese comunitarie di partecipare alle commesse pubbliche¹⁹⁵.

¹⁹³ La stretta interconnessione tra le procedure ad evidenza pubblica e l'utilizzo delle moderne tecnologie informatiche è già stato evidenziato dalla dottrina, in specie CONTALDO A, *op. cit.*, il quale ha sostenuto che: "L'utilizzo delle gare telematiche, basate sui sistemi di negoziazione telematica applicabili a beni e servizi, mediante le quali si utilizzano le moderne tecnologie informatiche ed una piattaforma di e-procurement, producono e produrranno vantaggi sia per le PP.AA. utilizzatrici che per le imprese fornitrici. I principali vantaggi e opportunità possono essere così sintetizzati: a) riduzione dei prezzi di acquisto: mediante un'opera di stimolazione di competitività tra i fornitore che partecipano alla gara; b) semplificazione del processo di semplificazione dei fornitori: attraverso la contrazione dei tempi di negoziazione, notevolmente accelerato dal canale telematico e conseguente riduzione dei costi di aggiudicazione, quest'ultimi drasticamente ridotti a fronte del non necessario invio di comunicazioni cartacee tramite mezzo postale o con il ricorso ad altri intermediari, sostituiti dall'utilizzo della firma digitale per ogni operazione concorsuale effettuata; c) trasparenza, sicurezza e parità di condizioni tra i fornitori: attraverso la pubblicazione sul portale di tutte le comunicazioni relative all'espletamento della gara telematica, garantendo nel contempo sicurezza nelle informazioni, nel pieno rispetto della normativa in materia di sicurezza nella trattazione dei dati personali e nell'assoluta riservatezza sul contenuto di tali informazioni, favorendo altresì tra i partecipanti una sana e corretta partecipazione nel rispetto del principio della "par condicio"; d) riduzione nei costi di partecipazione alle gare per i fornitori: tutto ciò grazie all'informatizzazione delle procedimento di gara supportato dall'inizio alla fine delle procedura da un sistema on-line, i cui benefici si riflettono in un risparmio dei costi di invio delle offerte, produzione ed invio di documentazione inerente la gara, entrambi in precedenza effettuati utilizzando il sistema postale, a tutto vantaggio di una contrazione dei prezzi offerti dai fornitori".

¹⁹⁴ VALENTE P., IANNI G., ROCCATAGLIATA F., *Economia digitale e commercio elettronico*, Wolters Kluwers, 2015.

¹⁹⁵ In effetti, la domanda da parte delle pubbliche amministrazioni di beni, servizi e lavori necessari per il soddisfacimento diretto o indiretto dei bisogni della collettività ha un impatto rilevante sull'economia. Ciò in considerazione dell'enorme quantità di risorse che essa è in grado di veicolare alle imprese che stipulano i relativi contratti.

Nella nuova direttiva viene enunciato il principio generale secondo cui *“I mezzi elettronici di informazione e comunicazione possono semplificare notevolmente la pubblicazione degli appalti e accrescere l’efficacia e la trasparenza delle procedure di appalto. Dovrebbero diventare la norma per la comunicazione e lo scambio di informazioni nel corso delle procedure di appalto in quanto aumentano enormemente le possibilità degli operatori economici di partecipare a procedure d’appalto nell’ambito del mercato interno. A tal fine, è opportuno introdurre l’obbligo di trasmissione di bandi e avvisi per via elettronica e l’obbligo di rendere disponibili in forma elettronica i documenti di gara nonché, trascorso un periodo di transizione di trenta mesi, l’obbligo della comunicazione integralmente elettronica, ossia la comunicazione tramite strumenti elettronici, in tutte le fasi della procedura, compresa la trasmissione di richieste di partecipazione e, in particolare, la presentazione (trasmissione per via elettronica) delle offerte. (...)”*¹⁹⁶.

La definitiva affermazione di una stretta connessione tra il mercato degli appalti ed i sistemi di interoperabilità elettronica, già presente, *in nuce*, nel nostro attuale ordinamento¹⁹⁷, è stata, quindi, oggetto di una spinta decisiva ad opera della disciplina comunitaria.

¹⁹⁶Considerando n. 52 della Direttiva 24/2014.

¹⁹⁷Nel decreto legislativo n. 163/2006 numerose sono le norme che già prevedono, quale forma alternativa ad altre, la possibilità di effettuare lo scambio delle comunicazioni più rilevanti nell’ambito di una procedura ad evidenza pubblica fra concorrenti e Stazione appaltante. L’articolo 73, ad esempio, prevede che *“Le domande di partecipazione che non siano presentate per telefono, hanno forma di documento cartaceo o elettronico e sono sottoscritte con firma manuale o digitale, secondo le norme di cui all’articolo 77”*. L’articolo 74 dispone che *“Le offerte hanno forma di documento cartaceo o elettronico e sono sottoscritte con firma manuale o digitale, secondo le norme di cui all’articolo 77”*. Ai sensi dell’articolo 77, *“Tutte le comunicazioni e tutti gli scambi di informazioni tra stazioni appaltanti e operatori economici possono avvenire, a scelta delle stazioni appaltanti, mediante posta, mediante fax, per via elettronica ai sensi dei commi 5 e 6, per telefono nei casi e alle condizioni di cui al comma 7, o mediante una combinazione di tali mezzi. Il mezzo o i mezzi di comunicazione prescelti devono essere indicati nel bando o, ove manchi il bando, nell’invito alla procedura. 2. Il mezzo di comunicazione scelto deve essere comunemente disponibile, in modo da non limitare l’accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione. (...) Ai dispositivi di trasmissione e ricezione elettronica delle offerte e ai dispositivi di ricezione elettronica delle domande di partecipazione si applicano le seguenti regole:*

a) le informazioni concernenti le specifiche necessarie alla presentazione di offerte e domande di partecipazione per via elettronica, ivi compresa la cifratura, sono messe a disposizione degli interessati. Inoltre i dispositivi di ricezione elettronica delle offerte e delle domande di partecipazione sono conformi ai requisiti dell’allegato XII, nel rispetto, altresì, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, per le stazioni appaltanti tenute alla sua osservanza;

b) le offerte presentate per via elettronica possono essere effettuate solo utilizzando la firma elettronica digitale come definita e disciplinata dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82;

L'indagine svolta dalla Commissione Europea sugli appalti elettronici nell'Unione è sfociata nella *"Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – Una strategia per gli appalti elettronici"* del 20 aprile 2012.

Con il citato provvedimento la Commissione Europea ha segnalato *"l'importanza strategica degli appalti elettronici (e-procurement)"* ed ha esortato tutte le istituzioni comunitarie a provvedere affinché in tutti gli Stati membri venga promosso e realizzato un vero e proprio sistema giuridico-economico volto a garantire un reale ed efficace sviluppo dei nuovi sistemi di approvvigionamento.

La Commissione Europea, infatti, afferma che *"Gli appalti elettronici possono semplificare in modo significativo la gestione degli appalti, ridurre gli sprechi e ottenere migliori risultati (prezzi inferiori, migliore qualità) stimolando la concorrenza in tutto il mercato unico. Possono inoltre contribuire ad affrontare due delle principali sfide alle quali l'economia europea è chiamata a confrontarsi: la necessità di ottimizzare l'efficienza della spesa pubblica in un contesto di restrizioni di bilancio e la necessità di trovare nuove fonti di crescita economica."*¹⁹⁸.

c) per la prestazione dei servizi di certificazione in relazione ai dispositivi elettronici della lettera a) e in relazione alla firma digitale di cui alla lettera b), si applicano le norme sui certificatori qualificati e sul sistema di accreditamento facoltativo, dettate dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82;

d) gli offerenti e i candidati si impegnano a che i documenti, i certificati e le dichiarazioni relativi ai requisiti di partecipazione di cui agli articoli da 38 a 46 e di cui agli articoli 231, 232, 233, se non sono disponibili in formato elettronico, siano presentati in forma cartacea prima della scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione.

7. Salvo il comma 4, alla trasmissione delle domande di partecipazione alle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici si applicano le regole seguenti:

a) le domande di partecipazione possono essere presentate, a scelta dell'operatore economico, per telefono, ovvero per iscritto mediante lettera, telegramma, telex, fax;

b) le domande di partecipazione presentate per telefono devono essere confermate, prima della scadenza del termine previsto per la loro ricezione, per iscritto mediante lettera, telegramma, telex, fax;

c) le domande di partecipazione possono essere presentate per via elettronica, con le modalità stabilite dal presente articolo, solo se consentito dalle stazioni appaltanti;

d) le stazioni appaltanti possono esigere che le domande di partecipazione presentate mediante telex o mediante fax siano confermate per posta o per via elettronica. In tal caso, esse indicano nel bando di gara tale esigenza e il termine entro il quale deve essere soddisfatta". Infine, l'articolo 78 prevede che *"Le stazioni appaltanti adottano le misure necessarie e opportune, in conformità alle norme vigenti, e, in particolare, alle norme di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'Amministrazione Digitale), se tenute alla sua osservanza, per documentare lo svolgimento delle procedure di aggiudicazione condotte con mezzi elettronici"*.

¹⁹⁸ Tuttavia, sulla base delle verifiche effettuate dalla Commissione *"Nonostante questi indiscutibili vantaggi, l'UE è in ritardo rispetto sia ai propri obiettivi che a quelli internazionali. Nonostante gli ambiziosi obiettivi politici, gli appalti elettronici sono al momento utilizzati soltanto"*

Già con la predetta Comunicazione, quindi, la Commissione Europea aveva tratteggiato tutti i passaggi, ed indicato i relativi obiettivi, per consentire un'effettiva diffusione dei mezzi elettronici nel mercato comunitario delle commesse pubbliche.

In tale prospettiva, si legge nella Comunicazione che *“L'obiettivo finale è quello di rendere la procedura per gli appalti elettronici interamente automatizzata, in cui tutte le fasi, dalla pubblicazione (e-notification) al pagamento (e-payment), sono effettuate per via elettronica. Ciò ottimizzerà l'efficienza degli appalti elettronici per il settore pubblico e permetterà alle imprese europee, in particolare alle PMI, di sfruttare pienamente i vantaggi del mercato unico del digitale.”*

Il progetto, in concreto, proposto dalla Commissione è il seguente: *“La strategia esposta nella presente comunicazione (...) prevede una transizione graduale verso la generalizzazione dei mezzi elettronici di comunicazione. (...) tali mezzi di comunicazione diventeranno obbligatori per alcuni soggetti e per alcune fasi della procedura di appalto, quali ad esempio la trasmissione elettronica a TED e la pubblicazione elettronica dei bandi e degli avvisi. Entro tale termine anche le centrali di committenza passeranno ad usare mezzi di comunicazione integralmente elettronici, compresa la presentazione elettronica (e-submission) delle offerte. Tutte le altre amministrazioni aggiudicatrici saranno tenute ad espletare tutte le procedure di aggiudicazione degli appalti mediante mezzi di comunicazione elettronici al più tardi due anni dopo il termine previsto per il recepimento, salvo in circostanze debitamente giustificate.*

La proposta comprende anche la semplificazione delle disposizioni che disciplinano talune procedure e strumenti elettronici, quali i sistemi dinamici di acquisizione (DPS), le aste elettroniche (e-auctions) e i cataloghi elettronici (e-catalogues). Inoltre, la piattaforma e-CERTIS, che diventerà una stanza di compensazione obbligatoria due anni dopo il termine previsto per il recepimento, elencherà i certificati e gli attestati che possono essere richiesti per ottenere la qualifica di offerente di appalti e stabilirà i criteri di equivalenza da uno Stato membro all'altro. Ciò offrirà maggiore chiarezza e certezza del diritto, in particolare per quanto riguarda la presentazione transfrontaliera dei certificati e degli attestati che possono essere richiesti dagli Stati membri. Le disposizioni sugli appalti elettronici contenute nella

nel 5-10% delle procedure di appalto effettuate in tutta l'UE. A titolo di confronto, un mercato degli appalti interamente elettronico è stato completato in Corea già nel 2007, cosa che ha consentito risparmi annui pari a 4,5 miliardi di dollari USA5, ossia circa l'8% della spesa annua totale per appalti pubblici. In Brasile l'80% delle procedure di appalto pubblico viene effettuata per via elettronica. Per sfruttare i benefici offerti dagli appalti elettronici e per evitare di perdere competitività, l'UE è chiamata ad agire adesso.”.

proposta relativa al settore dei servizi pubblici sono sostanzialmente simili a quelle relative agli appalti pubblici in generale. La proposta sulle concessioni contiene anche requisiti sui mezzi di comunicazione elettronici e prevede un periodo transitorio di cinque anni invece che di due. (...) le proposte favoriscono la condivisione di informazioni e di migliori pratiche e promuovono la cooperazione attraverso l'uso del sistema d'informazione del mercato interno (IMI), un'applicazione online sicura che consente alle autorità competenti nel SEE di comunicare rapidamente e facilmente con le loro controparti in un altro paese. In futuro si potrebbe valutare la possibilità di sinergie tra l'applicazione IMI ed e-CERTIS. L'approccio progressivo all'attuazione degli appalti elettronici mira a dare a tutti i soggetti interessati il tempo di far fronte alle sfide operative, assicurando nel contempo che il ritmo del cambiamento acceleri e che tutti gli Stati membri seguano lo stesso calendario generale. L'obiettivo è quello di evitare la coesistenza per troppo tempo di procedure elettroniche e cartacee, che aumentano in misura significativa i costi sia per le amministrazioni aggiudicatrici che per gli operatori economici. La Commissione invita gli Stati membri ad avviare quanto prima i lavori preparatori necessari per garantire che le disposizioni proposte siano attuate nei tempi previsti. La Commissione seguirà i progressi degli Stati membri e pubblicherà una relazione al riguardo, come previsto al punto 3.5. Le proposte della Commissione incoraggiano l'interoperabilità tra i sistemi per gli appalti elettronici e contengono disposizioni intese a garantire che i fornitori non incontrino barriere tecniche quando presentano offerte su sistemi diversi. A tal fine, esse conferiscono alla Commissione il potere di adottare atti delegati in una serie di ambiti specifici per rendere obbligatorio l'uso di norme tecniche specifiche, che potrebbero essere elaborate sulla base del lavoro svolto dagli organismi di normalizzazione competenti e delle raccomandazioni formulate dal gruppo di esperti sui sistemi di aggiudicazione elettronici (eTendering) (..). Inoltre, nel quadro dell'agenda digitale europea è in corso l'elaborazione di orientamenti su come utilizzare gli standard quando si effettuano appalti relativi ai sistemi di informazione e comunicazione (TIC). Pur senza rendere obbligatorio l'uso delle firme elettroniche (e-signatures), le proposte legislative mirano a conseguire un equilibrio migliore tra offrire flessibilità alle amministrazioni pubbliche che desiderano utilizzare questo strumento e garantire una maggiore interoperabilità transfrontaliera delle firme elettroniche. Se le amministrazioni pubbliche richiedono l'uso di una firma elettronica avanzata così come definita nella direttiva 1999/93/CE sulle firme elettroniche, esse sono tenute ad accettare firme elettroniche basate su un certificato elettronico qualificato di cui all'elenco di fiducia, secondo quanto previsto

dalla decisione della Commissione 2009/767/CE. La proposta consolida dunque l'approccio sviluppato nel quadro della direttiva sui servizi (...).”.

Preso atto delle linee programmatiche illustrate dalla Commissione Europea nel provvedimento del 2012, è possibile rilevare come il Legislatore Comunitario, nel redigere le nuove direttive nn. 2014/23 e 2014/24¹⁹⁹, abbia tenuto conto dello schema proposto e ne abbia determinato una efficace trasposizione²⁰⁰.

¹⁹⁹ In data 29 agosto 2014 si è tenuto il Consiglio dei Ministri n. 27 nel quale si è proceduto ad approvare il disegno di legge delega al Governo per l'attuazione della direttiva europea 2014/23 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, della direttiva europea 2014/24 sugli appalti pubblici e della direttiva europea 2014/25 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

²⁰⁰ Il Considerando n. 52 della nuova direttiva 24/2014 prevede che *“Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero, fatta eccezione per talune situazioni particolari, usare mezzi di comunicazione elettronici che hanno carattere non discriminatorio, sono comunemente disponibili e compatibili con i prodotti TIC generalmente in uso e non limitano l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione. L'uso di tali mezzi di comunicazione dovrebbe inoltre tener debitamente conto dell'accessibilità per le persone con disabilità. Occorre precisare che non è opportuno prevedere l'obbligo di ricorrere a strumenti elettronici in tutte le fasi della procedura d'appalto pubblico se esso richiede strumenti specializzati o formati di file non comunemente disponibili e se le comunicazioni in questione possono essere trattate solo ricorrendo ad attrezzature specializzate per ufficio. In determinati casi, che dovrebbero essere elencati in modo esaustivo, non è pertanto opportuno obbligare le amministrazioni aggiudicatrici a richiedere l'uso di mezzi di comunicazione elettronici nella procedura di presentazione. La presente direttiva prevede che in questi casi rientrino situazioni in cui è richiesto l'uso di attrezzature specializzate per ufficio non generalmente disponibili per le amministrazioni aggiudicatrici quali stampanti di grande formato. In determinate procedure d'appalto i documenti di gara potrebbero richiedere la presentazione di un modello fisico o in scala ridotta che non può essere presentato alle amministrazioni aggiudicatrici per mezzo di strumenti elettronici. In situazioni di questo tipo il modello dovrebbe essere trasmesso alle amministrazioni aggiudicatrici per posta o altro idoneo supporto. È tuttavia opportuno precisare che il ricorso ad altri mezzi di comunicazione dovrebbe essere limitato agli elementi dell'offerta per i quali non sono richiesti mezzi di comunicazione elettronici. È opportuno chiarire che, ove necessario per motivi tecnici, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere in grado di stabilire un limite massimo per le dimensioni dei file presentabili.”* Il Considerando n. 72 dispone che *“I mezzi di comunicazione elettronici sono particolarmente idonei a sostenere pratiche e strumenti di centralizzazione delle committenze grazie alle possibilità da essi offerte per il riutilizzo e il trattamento automatico dei dati e per la riduzione dei costi legati all'informazione e alle transazioni. L'uso dei mezzi di comunicazione elettronici deve pertanto, come prima fase, essere reso obbligatorio per le centrali di committenza e, al tempo stesso, favorire la convergenza delle pratiche in tutta l'Unione. A ciò dovrebbe seguire l'obbligo generale di utilizzare mezzi di comunicazione elettronici in tutte le procedure di appalto, dopo un periodo di transizione di trenta mesi.”* Il Considerando n. 87 prevede che *“La Commissione mette a disposizione e gestisce un sistema elettronico – e-Certis, che è attualmente aggiornato e verificato su base volontaria dalle autorità nazionali. L'obiettivo di e-Certis è agevolare lo scambio di certificati e altri documenti probatori, spesso richiesti dalle amministrazioni aggiudicatrici. L'esperienza acquisita finora indica che l'aggiornamento e la verifica su base volontaria sono insufficienti a garantire che e-Certis possa esprimere il suo pieno potenziale per semplificare e agevolare gli scambi di documentazione a favore delle PMI. La manutenzione dovrebbe pertanto essere resa obbligatoria in una prima fase. Il ricorso ad e-Certis sarà reso obbligatorio in una fase successiva.”*

In generale, i principali obiettivi perseguiti dalle direttive si possono così sintetizzare:

1. garantire un uso più efficiente dei fondi pubblici. Le sfide sono quelle di realizzare maggiore semplificazione, maggiore flessibilità delle procedure e attuare procedure corrette;
2. realizzare, in concreto, un vero e proprio mercato degli appalti aperto, concorrenziale ed *“effettivo”*, nell’ambito dell’Unione. Le sfide sono quelle di realizzare un generalizzato *favor* verso le PMI e gli offerenti transfrontalieri;
3. promuovere l’innovazione, comprensiva anche della c.d. eco-innovazione – definita dalla Commissione come *“qualsiasi forma d’innovazione che riduce impatti negativi per l’ambiente, aumenta la resistenza alle pressioni ambientali e consente un uso più efficace e responsabile delle risorse naturali”* – e la tutela ambientale e la responsabilità sociale. Le sfide che il Legislatore comunitario si è quindi proposto nell’emanare le nuove direttive sono quelle di realizzare un più vantaggioso rapporto qualità/prezzo nelle acquisizioni pubbliche e maggiori benefici economici ambientali anche per le società.

La semplificazione e la flessibilità si realizzano, in particolare, proprio attraverso la promozione delle comunicazioni elettroniche, degli appalti elettronici e dell’aggregazione della domanda.

Le direttive, in proposito, prevedono non solo la trasmissione delle offerte mediante mezzi di comunicazione elettronici, ma anche che le comunicazioni e lo scambio d’informazioni deve avvenire utilizzando mezzi elettronici – informatici, salvo le ipotesi (che dovrebbero essere residuali) di espressa deroga.

Tutte le procedure di aggiudicazione attuate da una centrale di committenza, devono avvenire con l’utilizzo di comunicazioni telematiche.

Lo sviluppo degli appalti elettronici vede, accanto agli accordi quadro, ai sistemi dinamici di acquisizione e alle aste elettroniche, l’introduzione della disciplina concernente i cataloghi elettronici²⁰¹.

²⁰¹ I cataloghi elettronici sono un formato per la presentazione delle offerte e organizzazione delle informazioni in un modo comune per tutti gli offerenti e che si presta al trattamento elettronico. Devono comunque essere redatti in vista della partecipazione ad una determinata procedura di appalto, in conformità alle specifiche tecniche e al formato richiesto dalla Stazione appaltante. Quindi, per garantire la *par condicio* e l’uniformità delle

2. Il mercato della Pubblica Amministrazione.

Come noto, è ormai pacifica l'introduzione di scelte gestionali evolute nelle politiche di acquisto della P.A., attraverso una serie di strumenti (accordi quadro, strutture associate di acquisto, "vendor rating") finalizzati a programmare i fabbisogni, a razionalizzare i processi di approvvigionamento, a semplificare le procedure e soprattutto a conseguire elevate economie di scala, migliorando la responsabilizzazione della spesa e (anche sotto il profilo della specializzazione delle competenze) l'efficienza dell'approccio dell'Amministrazione al mercato.

Le sopraindicate esigenze di contenimento della spesa pubblica hanno trovato espressione sul piano legislativo, in particolare, nelle disposizioni di cui agli artt. 24 ss. L. 488/1999 e artt. 58 ss. L. 388/2000.

Nell'ambito di tali processi appare centrale il ruolo delle applicazioni informatiche e telematiche.

Deve, peraltro, rilevarsi che la problematica delle "gare sul web", su cui pure si è appuntata prevalentemente l'attenzione dei primi commentatori, rappresenta soltanto un aspetto - ed alquanto parziale - di una prospettiva assai più incisiva, imperniata sull'introduzione nelle P.A. di un sistema di "e-procurement" destinato ad agire sul versante, sia della selezione dei fornitori ("market place"), sia della formazione di cataloghi elettronici di beni e servizi ("c.d. modello Consip"), sia dell'incontro della domanda e dell'offerta direttamente su internet (aste *on line*)²⁰².

Sul punto, l'art. 26, legge 23 dicembre 1999, n. 488, (legge finanziaria per l'anno 2000) ha introdotto rilevanti novità nelle modalità di acquisto di beni e servizi da parte delle amministrazioni dello Stato, con finalità di razionalizzazione delle spese, nonché di monitoraggio dei fabbisogni e dei costi.

offerte, non è consentito che gli operatori economici si limitino alla trasmissione del catalogo generale.

²⁰² Interessante sul punto l'analisi di CONTALDO A., *La contrattazione telematica e la pubblica amministrazione*, in AA. VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, VALENTINO D. (a cura di), 2011, p. 487 e ss.

Il citato art. 26 delinea, infatti, un sistema in cui - tramite le procedure previste dalla normativa vigente in materia di scelta del contraente - vengono individuate imprese per la fornitura di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni.

In particolare detta norma attribuisce al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica (oggi Ministero dell'Economia e delle Finanze) la funzione di stipulare convenzioni in base alle quali le imprese fornitrici prescelte si impegnano ad accettare, alle condizioni ed ai prezzi ivi stabiliti, ordinativi di fornitura sino alla concorrenza di un quantitativo complessivo predeterminato.

Le amministrazioni dello Stato sono comunque tenute ad approvvigionarsi utilizzando, nei limiti dei vincoli di bilancio, le convenzioni stipulate, salvo le eccezioni di cui al comma 6 dell'art. 27 della stessa finanziaria per l'anno 2000.

Le restanti pubbliche amministrazioni hanno facoltà di aderire, ovvero devono utilizzare i parametri di qualità e di prezzo per l'acquisto dei beni comparabili con quelli oggetto delle medesime convenzioni.

Tutte le amministrazioni dello Stato e le restanti amministrazioni aderenti, sulla base delle convenzioni stipulate dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, quindi, possono emettere, attraverso propri funzionari a ciò delegati, gli ordinativi di fornitura con ciò perfezionando la procedura di ogni singolo acquisto (inteso in senso ampio e così ad esempio anche quale noleggio, somministrazione, locazione, ecc.) dei beni o dei servizi oggetto delle convenzioni stesse.

Con le procedure di scelta del contraente vengono esclusivamente individuati i fornitori delle amministrazioni e con la stipula delle convenzioni vengono definite tutte le condizioni contrattuali ed economiche a cui l'unità ordinante, attraverso l'emissione dell'ordinativo di fornitura, fa riferimento per la conclusione dei singoli contratti di acquisto.

La stipula delle convenzioni non comporta alcun impegno di spesa per le amministrazioni; è solo con l'adesione alla convenzione e la successiva conclusione del singolo contratto di acquisto (*rectius*: ordinativo di fornitura) che sorgono in capo ad ogni singola amministrazione i diritti e gli obblighi relativi alla medesima convenzione ed al relativo ordinativo di fornitura, tra i quali quello di ricevere la prestazione e provvedere al pagamento dei beni e/o servizi acquistati.

Il Ministero, con decreto emanato in data 24 febbraio 2000, ha deliberato di avvalersi per la realizzazione del sistema delle convenzioni in discorso della struttura denominata Concessionaria servizi informatici pubblici - Consip S.p.a., società interamente posseduta dal Ministero del tesoro con missione esclusiva di prestare servizi alla pubblica amministrazione.

Alla Consip S.p.a. è stata affidata la gestione delle procedure per la conclusione delle convenzioni, la realizzazione e gestione del sistema di controllo e verifica dell'esecuzione delle convenzioni stesse, nonché l'esecuzione di tutti i servizi informatici, telematici, logistici e di consulenza necessari alla compiuta realizzazione del sistema stesso, anche attraverso sistemi tecnologici avanzati come, a titolo esemplificativo, sistemi di acquisto elettronici (*E-Procurement*).

Il modello sopra delineato ha mostrato da subito innegabili positività, specie per la indiscutibile efficienza con la quale è stato gestito sin dalle prime fasi.

In particolare è da rilevarsi un sensibile abbattimento dei prezzi sui beni e servizi oggetto delle convenzioni, che se da un lato ha determinato un effetto calmiera nei confronti dei segmenti residuali di mercato sugli stessi prodotti, dall'altro ha sovente condotto al rapido esaurimento delle disponibilità di forniture offerte dalle convenzioni suddette.

In altre parole, vi è stata (soprattutto su alcuni articoli, a cominciare dai servizi di telefonia fissa) una vera e propria "corsa" ad aderire alle convenzioni, anche perché la mera "facoltà" per le amministrazioni non statali di avvalersi delle suddette non poteva non trasformarsi, di fatto, in un obbligo (visti i risparmi di spesa), salvo adeguato impianto motivazionale in relazione a fabbisogni specifici non fronteggiabili mediante l'ordinativo all'impresa selezionata da Consip²⁰³.

Un aspetto che potrebbe dar luogo ad alcune rilevanti perplessità (ad esempio in ordine alla conformità con l'art. 41 Cost.) è la natura decisamente interventista della

²⁰³ Sotto tale profilo, la modifica apportata al disposto dell'art. 26 L. 488/99 dalla L. n. 388/2000 (art. 59, comma 5, ultima parte), proprio nel senso indicato nel testo, appare niente più che una esplicitazione di una conseguenza già insita nel sistema; tale puntualizzazione, peraltro, pone forse più problemi che risolverne (ci si riferisce alla circostanza che le condizioni di maggior favore spuntabili in sede locale non necessariamente debbano essere interpretate come di carattere economico, in quanto altri fattori possono comunque assumere rilevanza ai fini dell'affidamento dei contratti a fornitori e/o condizioni diverse da quelle negoziate da Consip, come la tempistica di consegna, la puntualità dell'assistenza, ecc.).

mano pubblica nell'operazione rispetto alle dinamiche del mercato, nonché i possibili profili di alterazione della concorrenza.

È evidente, infatti, che il mercato dei fornitori delle P.A. si riduce, in tal modo, a pochi grossi (grossissimi) operatori, introducendo forme di oligopolio con tutte le distorsioni che ad esse, secondo la scienza economica, si ricollegano.

Nonostante tali problematiche, il legislatore recentemente è intervenuto in tale materia implementando gli obblighi per le pubbliche amministrazioni di approvvigionarsi attraverso gli strumenti centralizzati messi a disposizione da Consip e dalle centrali regionali.

Nel corso della legislatura, la finalità di riduzione della spesa per consumi intermedi della pubblica amministrazione è stata realizzata non solo operando limiti alle diverse tipologie di spesa o tagli lineari al bilancio statale, bensì anche adottando misure volte ad incrementare i processi di centralizzazione e razionalizzazione degli acquisti di beni e servizi della pubblica amministrazione, per la realizzazione di economie di scala funzionali al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica.

Buona parte degli interventi sono stati adottati nel quadro dell'attività di *spending review* svolta dal Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per acquisti di beni e servizi delle amministrazioni pubbliche ai sensi di quanto disposto dal D.L. n. 52/2012 ed hanno trovato principalmente adozione nel medesimo decreto, nonché nel D.L. n. 95/2012: la razionalizzazione e centralizzazione degli acquisti è, infatti, strumentale all'individuazione di fabbisogni *standard* delle pubbliche amministrazioni e, di conseguenza, alla fissazione di un livello di spesa uniforme, per voci di costo, per tali acquisti²⁰⁴.

²⁰⁴ Ai sensi dell'art. 1 del D.L. n. 52/2012 (c.d. "*Spending Review 1*"), il ricorso ai mercati elettronici è stato reso obbligatorio per gli acquisti sotto la soglia comunitaria: a decorrere dal 1° luglio 2007, per le amministrazioni statali, centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie; a decorrere dal 9 maggio 2012, per le tutte le amministrazioni, comprese quindi quelle precedentemente escluse e compresi gli enti locali. Secondo la Corte dei Conti si tratta comunque di mercati selettivi, nel senso che i fornitori, come le pubbliche amministrazioni che se ne avvalgono, sono soggetti ad una procedura di ammissione al mercato digitale alla quale segue la registrazione e l'abilitazione a poter offrire/acquistare prodotti e/o servizi. Lo stesso art. 328, comma 4, lett. b) del Regolamento prevede la possibilità di acquistare beni e/o servizi sotto soglia comunitaria ricorrendo anche alle procedure di acquisto in economia, ex artt. 125 e ss. D.lgs. 163/2006, ovviamente entro i limiti di prezzo e quantità previsti da tali norme e nel rispetto degli autovincoli imposti a sé stessa dall'amministrazione medesima. Detto in altri termini, gli acquisti in economia

Può dirsi, in sostanza, che il legislatore si sia mosso su due fronti:

- da un lato, attraverso la previsione di un Piano per l'ampliamento della quota di spesa pubblica per gli acquisti di beni e servizi gestita attraverso gli strumenti di centralizzazione (articolo 11, del D.L. n. 98/2011);
- dall'altro, attraverso l'introduzione di procedure di *spending review* che hanno visto quale soggetto competente ad espletarle il Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per acquisti di beni e servizi, al quale è stato attribuito il compito di fissare i livelli di spesa per voci di costo per le amministrazioni pubbliche. A tale soggetto è stato altresì attribuito il compito di curare lo sviluppo del sistema a rete delle centrali di acquisto dei beni e servizi della P.A. (articoli da 2 a 5 del D.L. n. 52/2012). Il Piano e l'attività di *spending review* sui consumi intermedi hanno determinato l'introduzione di misure volte a dare maggiore coerenza alle convenzioni quadro e ai parametri prezzo qualità fissati da Consip S.p.A e dalle centrali regionali di acquisto nel quadro del sistema a rete degli acquisti della P.A.

2.1. Potenziamento del ruolo di Consip ed estensione degli obblighi di approvvigionamento centralizzato.

La razionalizzazione delle modalità di acquisto di beni e servizi, anche mediante il ricorso a strumenti e procedure informatiche, è stata avviata dal legislatore, come sopra accennato, sin dall'anno 2000 con la legge n. 488/1999 (legge finanziaria 2000) e variamente perseguita nel corso delle legislature.

Talvolta, i provvedimenti che si sono susseguiti, sia per ciò che concerne il ruolo della Società Consip S.p.A.²⁰⁵, sia per ciò che concerne l'obbligo delle pubbliche amministrazioni di fare ricorso agli acquisti centralizzati, non sempre hanno seguito indirizzi univoci. La Società Consip e le Centrali regionali di acquisto della P.A. sono i soggetti competenti a stipulare - anche mediante il ricorso a strumenti e procedure informatiche - convenzioni quadro, con le quali l'impresa fornitrice di beni e servizi si impegna ad accettare ordinativi di fornitura deliberati dalle

devono esaurirsi ed effettuarsi obbligatoriamente all'interno dei mercati elettronici; quindi l'art. 328 Reg. comprende anche gli acquisti in economia. (Corte dei Conti, sez. reg. Lombardia, delib. n. 92/2013).

²⁰⁵ Sul ruolo di Consip, si veda GIARDETTI A., *Il modello consip: Evoluzione e funzioni della centrale di committenza nazionale*, Key Editore, 2015.

pubbliche amministrazioni, sino a concorrenza della quantità massima complessiva stabilita dalla convenzione ed ai prezzi e condizioni ivi previsti. Le amministrazioni pubbliche, in via generale, possono ricorrere alle convenzioni-quadro, ovvero sono obbligate a fare ricorso ai parametri prezzo-qualità da tali convenzioni fissati (articolo 1, commi 449-458 della legge finanziaria 2007)²⁰⁶.

Nel corso della XVI legislatura, può avvertirsi, sulla materia, un filo conduttore piuttosto univoco, che ha condotto, in primo luogo, ad una ridefinizione del ruolo e delle attività svolte da Consip S.p.A.²⁰⁷: ai sensi dell'articolo 4, commi 3-bis e 3-ter del D.L. n. 95/2012, a tale società sono state lasciate le sole competenze in materia di realizzazione del Programma di razionalizzazione degli acquisti e le attività di centrale di committenza e di *e-procurement* per le amministrazioni pubbliche, mentre le restanti attribuzioni - concernenti la gestione e lo sviluppo del sistema informatico della P.A. - sono state attribuite alla Società SOGEI S.p.A.

Gli obblighi per le pubbliche amministrazioni di approvvigionarsi attraverso gli strumenti centralizzati messi a disposizione da Consip e dalle centrali regionali sono stati variamente implementati. In particolare, con il D.L. n. 52/2012 e con la legge n. 228/2012 (legge di stabilità 2013), l'obbligo di approvvigionamento attraverso le convenzioni-quadro Consip S.p.A. è stato esteso a tutte le tipologie di beni e servizi che devono essere acquistati da tutte le amministrazioni statali centrali e periferiche. Prima di tali interventi normativi, l'articolo 1, comma 449 della legge n. 296/2006, demandava ad un Decreto del Ministero dell'Economia, da adottarsi annualmente, la determinazione delle tipologie di beni e servizi che le amministrazioni statali centrali e periferiche, fatta eccezione degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, erano tenute ad acquisire attraverso le convenzioni quadro Consip. L'articolo 7 del D.L. n. 52/2012 ha esteso l'obbligo di approvvigionamento attraverso le convenzioni-quadro Consip a tutte le tipologie di beni o e servizi che devono essere acquistati da parte delle

²⁰⁶ MASSARI A., USAI S., *Il mercato elettronico e gli acquisti di beni e servizi dopo la Spending Review*, p. 98 e ss., Maggioli Editore, 2013.

²⁰⁷ CASALINO D., *L'acquisto di beni e servizi da parte della Pubblica Amministrazione - RS Tavolo Orizzontale "Beni e Servizi*, 20 febbraio 2014, www.consip.it.; ALESIO M., *Le centrali di committenza obbligatorie: lo scenario teorico e le delicate implicazioni pratiche*, in *Rivista Comuni d'Italia*, n.1/2015 p. 65 e ss.; VENTURI S., *Gli acquisti di beni e servizi tramite le centrali uniche di committenza*, 2014 EDK editore, p. 22.

amministrazioni statali centrali e periferiche, mantenendo l'esclusione degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie. Successivamente, questi ultimi soggetti sono stati assoggettati all'obbligo di approvvigionamento tramite convenzioni quadro Consip dall'articolo 1, comma 150 della legge n. 228/2012 (legge di stabilità 2013).

Al di là degli interventi citati, il D.L. n. 52/2012 ha introdotto forme incentivanti e agevolazioni per le amministrazioni pubbliche che comunque si servono delle convenzioni quadro Consip e del mercato elettronico della P.A., prevedendo:

- l'utilizzo a titolo gratuito del sistema informatico di negoziazione in modalità ASP (*Application Service Provider*) del Ministero dell'economia e delle finanze da parte delle pubbliche amministrazioni e degli altri soggetti pubblici che si avvalgono di Consip quale centrale di committenza (articolo 9);
- che il contratto relativo agli acquisti effettuati mediante il mercato elettronico della P.A. può essere stipulato prima della scadenza del termine di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva (articolo 10);
- che le amministrazioni pubbliche - nel caso di acquisti di beni e di servizi effettuati attraverso convenzioni-quadro Consip o attraverso il mercato elettronico della pubblica amministrazione - possano utilizzare, per il pagamento del relativo corrispettivo, le erogazioni liberali e le donazioni in denaro effettuate a loro favore (articolo 13-ter);
- che non trovi applicazione l'obbligo di riscossione dei diritti di segreteria per i contratti di acquisto di beni e servizi degli enti locali disponibili mediante strumenti informatici di acquisto (articolo 13).

Inoltre, sono state anche introdotte sanzioni per il mancato rispetto delle procedure di acquisto centralizzato di beni e servizi da parte della pubblica amministrazione.

In primo luogo, l'articolo 11, comma 6 del D.L. n. 98/2011 ha previsto che: - ove non si ricorra alle convenzioni quadro stipulate sia da Consip e sia dalle centrali regionali di acquisto;

- gli atti e i contratti posti in essere in violazione delle disposizioni sui parametri prezzo qualità dalle convenzioni fissati sono nulli e costituiscono illecito disciplinare e determinano responsabilità erariale.

Di fatto tale norma ha determinato, rispetto alla disciplina già esistente (contenuta nell'articolo 26 della legge n.488/1999,) una estensione della sanzione della nullità anche ai contratti stipulati in violazione delle convenzioni quadro fissate dalle centrali regionali di acquisto.

Si ricordi al riguardo, che le centrali regionali - ai sensi di quanto precisato dall'articolo 1 del D.L. n. 95/2012 - pur dovendo tener conto dei parametri di qualità e di prezzo fissati da Consip, non sono soggette all'obbligo di utilizzare le convenzioni Consip, ma possono procedere autonomamente alla stipula di tali convenzioni.

L'articolo 1 del D.L. n. 95/2012 è nuovamente intervenuto sul punto, prevedendo la nullità - non solo dei contratti stipulati in violazione dell'obbligo di ricorrere alle convenzioni quadro ovvero ai parametri prezzo qualità fissati da Consip S.p.A. e dalle centrali regionali - bensì anche di tutti i contratti che siano stati stipulati in violazione delle norme che recano obblighi di ricorrere agli strumenti di acquisto messi a disposizione dalla medesima Consip, ivi inclusi, dunque, gli obblighi di approvvigionamento tramite il mercato elettronico della P.A. (per gli acquisti sotto soglia). La violazione costituisce illecito disciplinare ed è causa di responsabilità amministrativa ed erariale.

La legge di stabilità 2013 (articolo 1, comma 154), infine, ha escluso la nullità e la responsabilità per i contratti stipulati dalle Amministrazioni statali ad un prezzo più basso di quello derivante dal rispetto dei parametri prezzo-qualità degli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip, sempre che tra amministrazione e impresa fornitrice non siano insorte contestazioni sull'esecuzione di eventuali contratti stipulati in precedenza.

2.2. La disciplina europea.

La centralizzazione della committenza è fattispecie individuata, per la prima volta nel contesto europeo degli affidamenti pubblici, dalle Direttive 2004/18/CE (settori ordinari) e 2004/17/CE (settori speciali). Il legislatore europeo del 2004, in

particolare, nei *consideranda* delle citate Direttive²⁰⁸ ha riconosciuto espressamente alle tecniche di centralizzazione già note nelle esperienze dei singoli Stati membri, la capacità di consentire, dato il volume degli acquisti, un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica, ritenendo pertanto necessario prevedere una definizione comunitaria di 'centrale di committenza' e fissare, altresì, le condizioni in base alle quali le amministrazioni aggiudicatrici possono fare ricorso ad una centrale di committenza, nel rispetto dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento²⁰⁹.

Rispetto alla precedente disciplina, le nuove Direttive Appalti²¹⁰, e segnatamente la Direttiva Appalti (Dir. 2014/24/UE) e la Direttiva Utilities (2014/25/UE), disciplinano il fenomeno della centralizzazione della committenza in modo molto più articolato e puntuale, come si può cogliere già dalla lettura dei *considerando*.

Per comprendere pienamente la rilevanza che la centralizzazione della committenza tende ad assumere nel nuovo contesto evolutivo del diritto europeo, tuttavia, non ci si può limitare a considerare solo fonti specifiche quali le nuove Direttive in materia di appalti, ma si deve estendere il campo di indagine ad ulteriori fonti di recente emanazione che, parimenti, considerano il fenomeno, attribuendogli specifica attenzione.

Il riferimento è, in particolare, al nuovo ciclo di programmazione dei Fondi Strutturali Europei 2014-2020 ed ai correlati Regolamenti, nello specifico al nuovo

²⁰⁸ Il riferimento è, in particolare, al *considerando* 15 della 2004/18/CE ed al *considerando* 23 della 2004/17/CE.

²⁰⁹ DI LASCIO F., *La centralizzazione degli appalti, la spending review e l'autonomia organizzativa locale*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 2/2014, p. 208; OLIVIERI PANNESI G., LUCIDI C., *Centrale uniche di committenza, le proposte dei Comuni*, in *Quotidiano Enti Locali e PA*, Luglio 2015.

²¹⁰ Il riferimento è alle tre nuove direttive pubblicate sulla GUCE L94 del 28 marzo e segnatamente: Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (Direttiva Concessioni); Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (Direttiva Appalti); Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE (Direttiva Utilities). Le Direttive dovranno essere recepite dagli Stati membri entro il 18 aprile 2016 (art. 51 dir. Concessioni; art. 90 dir. Appalti; art. 106 dir. Utilities).

Regolamento generale (UE) 1303/2013²¹¹ ed al Regolamento sulla Cooperazione Territoriale (UE) 1302/2013²¹² di modifica ed integrazione del Regolamento 1082/2006 sul Gruppo Europeo di Cooperazione Territoriale.

Appare fondamentale mettere in evidenza, già in premessa, lo stretto collegamento tra le due tipologie di fonti europee sopra indicate, nuove Direttive Appalti e Regolamenti per il nuovo ciclo di programmazione dei Fondi Strutturali, collegamento per la prima volta attuato dal legislatore europeo mediante espressi rinvii incrociati di una disciplina all'altra. Da tale collegamento si ricava, infatti, una crescente consapevolezza, a livello europeo, delle potenzialità della centralizzazione della committenza che si scopre strumento cardine non solo per iniziative di razionalizzazione ed efficientamento della spesa pubblica, ma a sostegno di diverse politiche, come quella di coesione territoriale, solo da pochi anni assunta al rango di vero e proprio "Obiettivo"²¹³. Si tratta di un ulteriore indice che, accanto a tutti

²¹¹ Regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 recante disposizioni comuni sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione, sul Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca, e che abroga il Regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio. Pubblicato in GUCE L 347/320 del 20 dicembre 2013.

²¹² Regolamento (UE) n. 1302/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 che modifica il Regolamento (CE) n. 1082/2006 relativo a un gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT) per quanto concerne il chiarimento, la semplificazione e il miglioramento delle norme in tema di costituzione e di funzionamento di tali gruppi. Pubblicato in GUCE L 347/320 del 20 dicembre 2013.

²¹³ Il riferimento è al Regolamento n. 1083/2006 (in GUCE L 210/25 del 31.07.2006). La rinnovata e specifica attenzione per le tematiche della cooperazione territoriale, che da 'strumento' è divenuta 'obiettivo', prioritario degli interventi è avvenuta, nella fase di programmazione a cui il Regolamento n. 1083/2006 afferisce (quella precedente all'attuale), tramite l'individuazione di un nuovo Obiettivo 3 (nella denominazione tipica del ciclo di programmazione ancora anteriore, quello 2000-2006), denominato proprio 'Cooperazione Territoriale Europea', volto a 'rafforzare la cooperazione transfrontaliera mediante iniziative congiunte locali e regionali; a rafforzare la cooperazione transnazionale mediante azioni volte allo sviluppo territoriale integrato e a rafforzare la cooperazione interregionale e lo scambio di esperienze al livello territoriale adeguato, anche grazie all'esperienza del Programma di iniziativa Comunitaria INTERREG'. Nella attuale nuova fase di programmazione dei Fondi Strutturali 2014-2020 i considerando del Regolamento n. 1303/2013 fanno più volte riferimento espresso a 'l'Obiettivo della Cooperazione Territoriale'. È, poi, l'art. 89, in apertura delle disposizioni generali applicabili al FESR al FSE e al Fondo di Coesione, a precisare che per rafforzare la coesione economica, sociale e territoriale all'interno dell'Unione Europea, conformemente all'articolo 174 TFUE, si perseguono due 'Obiettivi': a) investimenti in favore della crescita e dell'occupazione negli Stati membri e nelle regioni, con il sostegno di tutti fondi; b) Cooperazione Territoriale

quelli già desumibili dalle nuove Direttive²¹⁴, contribuisce a dimostrare come la materia degli appalti pubblici, a livello europeo, si stia davvero evolvendo verso una dimensione più completa che supera l'ottica squisitamente economica di promozione del mercato comune per andare verso l'elaborazione di modelli condivisi di *governance* del territorio.

La nuova Direttiva Appalti (Dir. 2014/24/UE) dedica diversi considerando a riflessioni e raccomandazioni sul fenomeno della centralizzazione della committenza. Per quanto la riflessione possa essere condotta in parallelo, cioè con riferimento alle disposizioni contenute in ciascuna delle due nuove Direttive citate (Appalti e Utilities), per maggiore chiarezza si farà puntuale riferimento unicamente alle disposizioni della nuova Direttiva Appalti (Dir. 2014/24/UE), precisando sin d'ora che le considerazioni sotto illustrate possono essere estese in termini generali anche alla Direttiva Utilities (2014/25/UE).

Europea, con il Sostegno del FESR. Ciò posto, è tuttavia opportuno precisare che a base giuridica della cooperazione territoriale europea 2014-2020 è rappresentata dal "Regolamento (UE) N. 1299/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 recante disposizioni specifiche per il sostegno del Fondo europeo di sviluppo regionale all'obiettivo di cooperazione territoriale europea.

²¹⁴ Come messo in evidenza anche nell'atto di Segnalazione n. 3 del 21 maggio 2014 dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici al Governo ed al Parlamento entrambe le Direttive, Appalti e Utilities, dedicano una particolare attenzione ad un'adeguata integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e del lavoro nelle procedure di appalto pubblico, ritenendo fondamentale che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro [considerando (37), Direttiva Appalti, considerando (52) Direttiva Utilities]. Lavoro e occupazione contribuiscono all'integrazione nella società e sono ritenuti elementi chiave per garantire pari opportunità a tutti [considerando 36, Direttiva Appalti, considerando (51) Direttiva Utilities]. Anche il ricorso a criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione, riguardanti lavori, forniture o servizi oggetto dell'appalto pubblico, concernenti ogni loro aspetto e relativi a qualsiasi fase dei loro cicli di vita, rappresenta una facoltà, riconosciuta alle amministrazioni aggiudicatrici al fine di loro di realizzare una migliore integrazione di considerazioni sociali ed ambientali nelle procedure di appalto [considerando (97), Direttiva Appalti, considerando (102) Direttiva Utilities]. Inoltre, viene suggerita anche la vigilanza sull'osservanza delle disposizioni in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro nelle fasi pertinenti della procedura di appalto, nell'applicare i principi generali che disciplinano la selezione dei partecipanti e l'aggiudicazione dei contratti, nell'applicare i criteri di esclusione e le disposizioni riguardanti le offerte anormalmente basse [considerando (40) Direttiva Appalti, considerando (55) Direttiva Utilities]. In definitiva, pertanto, la tutela ambientale, sociale e del lavoro, viene considerata una delle fondamentali leve strategiche delle Direttive al fine di assicurare una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva.

Ciò posto, dalla lettura dei considerando della nuova Direttiva Appalti (Dir. 2014/24/UE) emerge subito l'inquadramento della centralizzazione della committenza non solo come fattispecie di rilievo nazionale, ma anche come strumento per promuovere la cooperazione transfrontaliera (considerando 73), con correlata distinzione tra centralizzazione della committenza ed altre forme occasionali di affidamento congiunto (considerando 71), proprio al fine di porre in risalto e valorizzare entrambe le tipologie. Il considerando n. 69, più nello specifico, individua due modalità con cui possono operare le centrali di committenza: attività diretta come centri di acquisto o attività indiretta, come intermediari, mediante aggiudicazione di contratti (accordi quadro) o realizzazione di sistemi dinamici di acquisizione ai quali le amministrazioni aggiudicatrici possono aderire. Non solo. È prevista, rispetto a queste due modalità, anche la possibilità che le amministrazioni aderenti indichino a monte le condizioni di attività. Particolare attenzione viene dedicata dal richiamato considerando anche alla ripartizione di responsabilità, in questi casi, tra la centrale di committenza e l'amministrazione aggiudicatrice.

Il considerando successivo (70), in maniera del tutto inedita rispetto all'attuale disciplina delle Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, introduce la possibilità di aggiudicare il contratto di servizio di approvvigionamento centralizzato ed eventualmente i connessi servizi accessori/ancillari al di fuori della disciplina delle Direttive medesime, ma solo se l'affidamento viene effettuato dalla centrale di committenza, in quanto viceversa l'affidamento ricade nell'ambito di applicazione delle Direttive.

Le nuove Direttive, inoltre, come pure desumibile già dai considerando, recano una nozione di centrale di committenza più articolata della precedente, includendo nel suo ambito non solo attività di approvvigionamento centralizzata, ma anche attività accessorie/ancillari.

Nel contesto delle attività centralizzate, inoltre, l'articolato delle Direttive contiene una più puntuale descrizione delle due distinte fattispecie individuate dai considerando, distinguendo tra:

- 1) il ricorso, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, ad una centrale di committenza che effettua direttamente l'acquisto, per conto di più soggetti (cioè in forma "centralizzata");

2) l'adesione, da parte di amministrazioni aggiudicatrici, a sistemi dinamici di acquisizione o ad accordi quadro, costituiti (nel primo caso) o aggiudicati (nel secondo) da centrali di committenza.

In questa seconda ipotesi le amministrazioni aggiudicatrici mantengono un ruolo attivo nell'aggiudicazione del contratto, ma nel contesto di elementi essenziali predeterminati a monte dalla centrale di committenza. In questo secondo caso, il riferimento è anche all'acquisizione di "opere/lavori"²¹⁵. È prevista, inoltre, la facoltà per gli Stati membri di disporre che certi tipi di affidamenti debbano essere effettuati esclusivamente con il ricorso ad una o più centrali di committenza determinate.

In termini più generali, le previsioni delle nuove Direttive sembrano attribuire un ruolo nuovo ed amplificato alla centralizzazione della committenza, individuando, al contempo, opportuni bilanciamenti volti ad evitare i fenomeni distorsivi strettamente connessi all'aggregazione, quali eccessiva concentrazione del potere d'acquisto, riduzione della concorrenza a svantaggio delle PMI²¹⁶. Tali bilanciamenti possono essere individuati, ad esempio, nel risalto che le nuove Direttive parimenti danno all'utilizzo degli strumenti di *e-procurement* (anche mediante il riuso delle piattaforme informatiche) che consentono, da un lato, un'amplificazione dei vantaggi in termini di efficacia e di efficienza della commessa pubblica e dall'altro lato il massimo ampliamento della platea dei partecipanti.

2.3 La vigente normativa nazionale in materia di centralizzazione della committenza. Un quadro frammentario.

²¹⁵ Le Direttive precisano, altresì, che tutte le procedure di aggiudicazione poste in essere da una centrale di committenza devono avvenire con l'utilizzo di comunicazioni telematiche, secondo quanto più diffusamente indicato nel precedente art. 22 (quarto comma art. 37 Direttiva Appalti) e che in ogni caso, le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare la direttiva (e cioè sono considerate stazioni appaltanti) quando: a) aggiudicano un contratto nel contesto di un sistema dinamico di acquisizione realizzato da una centrale di committenza; b) danno luogo ad un confronto competitivo nell'ambito di un accordo quadro aggiudicato da una centrale di committenza; c) scelgono (ma senza confronto competitivo) nell'ambito di un accordo quadro aggiudicato da una centrale di committenza.

²¹⁶ In questi termini si veda anche la Segnalazione n. 3 del 21 maggio 2014 dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici al Governo ed al Parlamento, consultabile sul sito www.avcp.it

Le indicazioni della Direttiva 2004/18/CE sulla centralizzazione della committenza sono state recepite nell'ordinamento italiano con diverse disposizioni, sia all'interno che all'esterno del Codice dei Contratti Pubblici, D.lgs. n. 163/2006. Il fenomeno della centralizzazione della committenza, come sopra accennato, è stato oggetto negli ultimi anni di rinnovata attenzione del legislatore nazionale nel contesto delle attività volte alla razionalizzazione della spesa.

Con riferimento alle disposizioni attualmente vigenti, pertanto, si può ricordare che la definizione di centrale di committenza contenuta nell'art. 1 par (10) della Direttiva 2004/18/CE è stata ripresa integralmente nel Codice dei contratti (art. 3, co. 34, d.lgs. n.163/2006) il quale ha stabilito, all'art. 33 (co. 1-3), che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori, tra cui gli enti pubblici territoriali, in quanto amministrazioni aggiudicatrici (art. 3, co. 29 e 25), possono fare ricorso alle centrali di committenza anche associandosi o consorziando; si è specificato, altresì, sempre dalla richiamata norma, che le centrali di committenza sono tenute all'osservanza del Codice e che le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare le funzioni di stazione appaltante di lavori pubblici anche a centrali di committenza²¹⁷.

L'art. 33 del Codice è stato, quindi, oggetto di una serie di recenti interventi normativi che si sono succeduti a stretto giro modificando ripetutamente e costantemente la disciplina. Il riferimento è, in primo luogo, all'art. 23 del D.L. n. 201/2011²¹⁸ che, introducendo il comma 3 *bis*, intendeva imporre l'obbligo, per i comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti ricadenti nel territorio di ciascuna Provincia, di avvalersi di una centrale di committenza unica per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture, centrale da costituirsi nell'ambito delle unioni dei comuni, se esistenti, oppure mediante apposito accordo consortile tra i comuni coinvolti. La norma come tale, tuttavia, non entrerà in vigore perché nelle more del nuovo termine di efficacia è intervenuto il D.L. n. 66/2014²¹⁹ a riscriverla,

²¹⁷ Oltre che, sempre secondo il disposto del comma 3 dell'art. 33 del Codice, ai Servizi Integrati Infrastrutture e Trasporti (SIIT) o alle amministrazioni provinciali.

²¹⁸ C.d. Decreto Salva Italia.

²¹⁹ Il comma 4 dell'art. 9 del d.l. n. 66/2014, convertito con L. 23 giugno 2014, n. 89, dispone: *"Il comma 3-bis dell'articolo 33 del decreto legislativo 6 aprile 2006, n. 163 è sostituito dal seguente: 3-bis. I Comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di lavori, beni e servizi nell'ambito delle unioni dei comuni di cui all'articolo 32 del decreto legislativo 15 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici, ovvero ricorrendo ad un soggetto aggregatore o alle province, ai*

eliminando il riferimento all'entità della popolazione e definendo l'ambito applicativo con riferimento ai Comuni non capoluogo di provincia.

La disposizione, pur nei rimaneggiamenti intervenuti nel corso del tempo, conferma la scelta del Legislatore di considerare la centralizzazione della committenza l'unica via per l'ottimizzazione dei modelli di approvvigionamento per una determinata categoria di Stazioni Appaltanti di medie e piccole dimensioni.

Non solo. L'ultima modifica dell'art. 33, comma 3 *bis* del Codice è stata introdotta da un provvedimento che contiene altre disposizioni che, nel contesto di misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale, rafforzano il ricorso alla centralizzazione della committenza, ampliando l'ambito di obbligatorietà²²⁰, individuando i soggetti aggregatori responsabili²²¹ e disponendo conseguenze sanzionatorie e contrattuali in caso di disapplicazione delle nuove previsioni²²².

sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56. In alternativa, gli stessi Comuni possono effettuare i propri acquisti attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip S.p.A. o da altro soggetto aggregatore di riferimento."

²²⁰ Ai sensi dell'art. 9, comma 3 del citato D.L. 66/2014 "Fermo restando quanto previsto all'articolo 1, commi 449 e 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, all'articolo 2, comma 574, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, all'articolo 1, comma 7, all'articolo 4, comma 3-quater e all'articolo 15, comma 13, lettera d) del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottarsi, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sentita l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, entro il 31 dicembre di ogni anno, sulla base di analisi del Tavolo dei soggetti aggregatori e in ragione delle risorse messe a disposizione ai sensi del comma 9, sono individuate le categorie di beni e di servizi nonché le soglie al superamento delle quali le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, nonché le regioni, gli enti regionali, nonché loro consorzi e associazioni, e gli enti del servizio sanitario nazionale ricorrono a Consip S.p.A. o agli altri soggetti aggregatori di cui ai commi 1 e 2 per lo svolgimento delle relative procedure. Per le categorie di beni e servizi individuate dal decreto di cui al periodo precedente, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture non rilascia il codice identificativo gara (CIG) alle stazioni appaltanti che, in violazione degli adempimenti previsti dal presente comma, non ricorrono a Consip S.p.A. o ad altro soggetto aggregatore. Con il decreto di cui al presente comma sono, altresì, individuate le relative modalità di attuazione. È comunque fatta salva la possibilità di acquisire, mediante procedura di evidenza pubblica, beni e servizi, qualora i relativi prezzi siano inferiori a quelli emersi dalle gare Consip e dei soggetti aggregatori."

²²¹ Ai sensi dell'art. 9, commi 1 e 2 del citato D.L. 66/2014 "Nell'ambito dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti di cui all'articolo 33-ter del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, operante presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, è istituito, senza maggiori oneri a carico della finanza pubblica, l'elenco dei soggetti aggregatori di cui fanno parte Consip S.p.A. e una centrale di committenza per ciascuna regione, qualora costituita ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. I soggetti diversi da quelli di cui al comma 1 che svolgono attività di centrale di committenza ai sensi dell'articolo 33 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 richiedono all'Autorità l'iscrizione all'elenco dei soggetti aggregatori. Con decreto del Presidente del

La più recente modifica del Codice si colloca, pertanto, nell'ambito di quelle azioni che, già dal 2006, il Legislatore nazionale ha intrapreso per disciplinare e promuovere il ricorso alla centralizzazione della committenza. Si tratta di interventi che hanno costruito nel tempo un'articolata disciplina relativa alla centralizzazione della committenza che, tuttavia, è rimasta frammentaria e disomogenea in quanto contenuta in più testi normativi, circostanza che rende difficile sia all'interprete sia agli operatori del diritto, ricostruire il quadro complessivo delle disposizioni vigenti. In questi termini, il recepimento delle nuove Direttive potrà certamente costituire l'occasione per la riconduzione in un unico testo di tutte le indicazioni attualmente vigenti.

Per avere un'idea della complessità e dell'articolazione della disciplina nazionale sulla centralizzazione della committenza basti pensare che accanto alle disposizioni del Codice sopra citate e, come messo in rilievo, più volte di recente rimaneggiate, devono essere tenute in considerazione le previsioni contenute in ben due leggi

Consiglio dei Ministri di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanarsi entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, previa intesa con la Conferenza unificata sono definiti i requisiti per l'iscrizione tra cui il carattere di stabilità dell'attività di centralizzazione, nonché i valori di spesa ritenuti significativi per le acquisizioni di beni e di servizi con riferimento ad ambiti, anche territoriali, da ritenersi ottimali ai fini dell'aggregazione e della centralizzazione della domanda. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanarsi entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, previa intesa con la Conferenza unificata, è istituito il Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori, coordinato dal Ministero dell'economia e delle finanze, e ne sono stabiliti i compiti, le attività e le modalità operative”.

²²² Il secondo periodo del comma 3 dell'art. 9 del citato D.L. 66/2014 dispone che “Per le categorie di beni e servizi individuate dal decreto di cui al periodo precedente, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture non rilascia il codice identificativo gara (CIG) alle stazioni appaltanti che, in violazione degli adempimenti previsti dal presente comma, non ricorrano a Consip S.p.A. o ad altro soggetto aggregatore. Con il decreto di cui al presente comma sono, altresì, individuate le relative modalità di attuazione. È comunque fatta salva la possibilità di acquisire, mediante procedura di evidenza pubblica, beni e servizi, qualora i relativi prezzi siano inferiori a quelli emersi dalle gare Consip e dei soggetti aggregatori”. Una disposizione analoga è prevista in caso di inadempimento delle disposizioni del novellato comma 3 bis dell'art. 33 del Codice, di cui si è detto nel testo. L'art. 8 prevede inoltre che le pubbliche amministrazioni, per realizzare gli obiettivi di risparmio di spesa alle stesse assegnati devono provvedere anche assicurare che gli importi e i prezzi dei contratti aventi ad oggetto acquisto o fornitura di beni e servizi stipulati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto comunque non siano superiori ai prezzi di riferimento, ove esistenti, o ai prezzi dei beni e servizi previsti nelle convenzioni quadro stipulate da Consip S.p.A, ai sensi dell'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488. Gli atti e i relativi contratti adottati in violazione delle disposizioni di cui al comma 8, lettera b), sono nulli e sono rilevanti ai fini della performance individuale e della responsabilità dirigenziale di chi li ha sottoscritti.

finanziarie (per il 2006²²³ e per il 2007²²⁴), in una legge speciale di settore quale la Legge n. 136/2010 recante il Piano Straordinario contro le mafie²²⁵, ed in diversi DL succedutesi in tema di *spending review*, quali il DL n. 95/2012 (conv. L. 135/2012)²²⁶ e, da ultimo il citato DL n. 66/2014. A questo quadro di fonti normative primarie si aggiungono i DM di individuazione delle categorie di beni obbligatoriamente oggetto di aggregazione della domanda a livello centralizzato, oltre ad una costellazione di disposizioni regionali di volta in volta istitutive di centrali di committenza locali, con correlati obblighi di acquisto di determinate categorie di beni per il tramite delle stesse.

²²³ Alcuni mesi prima dell'entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici, la legge finanziaria 2006 aveva previsto che le aggregazioni di enti locali o di enti decentrati di spesa potessero espletare la funzione di centrali di committenza in favore delle amministrazioni ed enti regionali o locali con sede nello stesso ambito territoriale. Alle centrali di committenza territoriali veniva, inoltre, assegnato il compito di operare valutazioni in ordine all'uso delle convenzioni stipulate o degli acquisti effettuati ai fini del rispetto dei parametri di qualità e prezzo imposti da Consip (art. 1, co. 157 e 158, l. n. 266/2005).

²²⁴ La legge finanziaria 2007 ha disposto che, ai fini del contenimento e della razionalizzazione della spesa, le regioni potessero costituire, anche associandosi tra loro, centrali di committenza operanti sul modello delineato dal Codice degli appalti e aventi come destinatari le amministrazioni e gli enti (anche del SSN) con sede sul territorio regionale. Tra i due modelli indicati dal Codice dei contratti, la norma, pertanto, ha prediletto quello più simile al modello Consip: una centrale di committenza deputata a stipulare convenzioni di acquisto con i fornitori, alle quali poi accedono le amministrazioni territoriali interessate (art. 1, co. 455, l. n. 296/2006).

²²⁵ La legge n. 136/2010, nell'ambito del Piano straordinario contro le mafie, ha promosso "l'istituzione, in ambito regionale, di una o più stazioni uniche appaltanti (SUA), al fine di assicurare la trasparenza, la regolarità e l'economicità della gestione dei contratti pubblici e di prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose".

In attuazione, è stato emanato il d.P.C.M. 30 giugno 2011 alla luce del quale le SUA:

- 1. hanno natura giuridica di centrale di committenza;*
- 2. curano la gestione della procedura di gara, collaborando con gli enti aderenti, e l'aggiudicazione di contratti di lavori, servizi e forniture in ambito regionale, provinciale ed interprovinciale, comunale ed intercomunale;*
- 3. su richiesta delle Prefetture devono fornire ogni dato e informazione utile per prevenire le infiltrazioni della criminalità organizzata.*

Il modello, peraltro, non era nuovo nel nostro ordinamento: già la l. n. 26/2007 della Regione Calabria aveva istituito un'autorità regionale con funzioni simili. Ulteriori esempi sono presenti a livello provinciale, come la SUA della Provincia di Crotone e quella della Provincia di Caserta, costituite entrambe su base convenzionale, rispettivamente, nel 2006 e nel 2009."

²²⁶ Con il D.L. n. 95/2012 (conv. L. 135/2012) è stato reso obbligatorio l'utilizzo, per l'acquisto di beni e servizi relativi alle categorie merceologiche presenti nella piattaforma CONSIP, degli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione dalla stessa CONSIP, ovvero, se disponibili, dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'articolo 1, co. 455 della legge 27 dicembre 2006, n. 296. I contratti stipulati in violazione di quanto disposto dalla presente lettera sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa.

In questo articolato panorama il recepimento delle nuove Direttive potrà costituire un'occasione da non sottovalutare. Tuttavia, in considerazione del fatto che la normativa attualmente vigente non solo si presenta già conforme alle indicazioni europee, ma in alcuni casi le integra e le rafforza, si può affermare con ragionevole fondatezza che in quest'ambito lo sforzo di recepimento dovrà essere prevalentemente rivolto alla riorganizzazione e unificazione delle disposizioni già vigenti in un unico testo normativo.

Il recepimento, inoltre, potrà essere l'occasione per precisare la collocazione degli affidamenti di lavori nel contesto di rafforzamento della centralizzazione della committenza, anche in considerazione delle peculiarità e delle differenze di questo tipo di affidamenti rispetto a quelli di servizi e forniture. A tal fine potrebbe essere valorizzata la particolare figura delle SUA attesa anche la peculiarità dei compiti e delle attività alle stesse affidate.

Pertanto, la rinnovata attenzione al tema centralizzazione della committenza da parte delle nuove Direttive 2014 rispecchia la rilevanza che la fattispecie sta assumendo nei diversi Paesi membri dell'Unione anche come strumento cardine per iniziative nazionali di efficientamento e razionalizzazione della spesa pubblica.

Si tratta di un ulteriore stadio evolutivo del lento processo di armonizzazione della gestione della spesa pubblica degli Stati membri, processo che, avviatosi sin dagli anni '70, cioè dal momento dell'emanazione delle prime Direttive appalti²²⁷, ha

²²⁷ Con riferimento al "sistema" europeo, basti ricordare che la materia degli appalti pubblici è oggetto di attenzione da parte del legislatore comunitario sin dagli anni Settanta, nel corso dei quali vengono emanate la direttiva 71/305/CEE, del 26 luglio 1971 (Pubblicata in GUCE L 185 del 16. 8. 1971), di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, successivamente modificata dalla direttiva 89/44/CEE (Pubblicata in GUCE L 210 del 21. 7. 1989), e la direttiva 77/62/CEE, del 21 dicembre 1976 (Pubblicata in GUCE L 13 del 15.1.1977), di coordinamento delle procedure di appalti pubblici di forniture, successivamente modificata dalla direttiva 89/295/CEE (Pubblicata in GUCE L 127 del 20. 5. 1988). nel corso degli anni Novanta vengono emanate ben quattro nuove direttive: le direttive 92/50/CEE (Pubblicata in GUCE L 209 del 24.7.1992), 93/36/CEE (Pubblicata in GUCE L 199 del 9.8.1993), e 93/37/CEE (Pubblicata in GUCE L 199 del 9.8.1993) di coordinamento delle procedure di aggiudicazione, rispettivamente, degli appalti pubblici di servizi, forniture e lavori nei settori ordinari e la direttiva 93/38/CEE di coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto (tutti già oggetto della precedente direttiva 90/351/CE) nonché, con rilevante novità rispetto alla disciplina precedente, degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni. Successivamente, in un'ottica di razionalizzazione di un sistema normativo divenuto sempre più articolato e complesso ed anche sulla spinta delle esigenze di semplificazione e modernizzazione formulate dagli enti aggiudicatori e dagli

certamente stimolato, attraverso la possibilità di scambio di esperienze e pratiche di gestione, la diffusione di omogenei modelli di *governance*. L'innesto in questo percorso evolutivo del GECT²²⁸ quale centrale di committenza si presenta, allora, come uno degli esempi più evidenti di quello sviluppo che, muovendo da spinte di natura prettamente economica, giunge a creare una mentalità comune europea. Si potrebbe dire "dal mercato alla *governance*" e, forse, non vi è migliore conferma di questo percorso che il rilevato intrecciarsi di fonti apparentemente afferenti ad ambiti del tutto diversi.

In conclusione, un'attuazione delle nuove fonti europee (Direttive appalti e Regolamenti sui Fondi strutturali) che promuova, anche a livello dell'Unione,

operatori economici, Recepite nel Libro Verde adottato dalla Commissione il 27 novembre 2006 la materia viene riassunta e parzialmente innovata nelle due direttive che costituiscono oggi la base del diritto sostanziale europeo in materia di appalti pubblici e concessioni, la 2004/18/CE, recante la disciplina degli appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture nei c.d. "settori ordinari" e 2004/17/CE relativa alla disciplina degli appalti e concessioni nei c.d. "settori speciali".

²²⁸ Per GECT si intende 'Gruppo Europeo di Cooperazione Territoriale', soggetto appositamente individuato dal Regolamento (CE) n. 1082/2006 per consentire la creazione di entità transnazionali dotate della personalità giuridica necessaria per attuare stabilmente programmi di cooperazione transfrontaliera. Non è facile fornire una definizione esaustiva del GECT. La figura è stata definita, di volta in volta come: «un nuovo strumento giuridico comunitario che mira a rendere stabile la cooperazione territoriale tra i vari livelli di governo di Stati diversi e assume un particolare rilievo nella prospettiva del rafforzamento della politica di coesione territoriale» (così nel Libro Bianco del Comitato delle Regioni sulla Governance Multilivello - Parere d'iniziativa del Comitato delle Regioni del 17 e 18 giugno 2009 - CONST-IV-020 - CdR 89/2009, in <<http://europa.eu>> ed anche G. Spinaci, Gruppo Europeo di Cooperazione Territoriale (GECT). Prove di coesione territoriale, in Argomenti n. 26/2009, p. 5 ss.). Altri Autori hanno qualificato il GECT come uno dei modelli cui fare riferimento per organizzare un rapporto stabile e multilaterale di cooperazione territoriale, in grado di coinvolgere contemporaneamente soggetti appartenenti a Stati diversi e a diversi livelli di governo, nell'attuale situazione di carenza di un quadro giuridico comune (così L. Coen, La cooperazione territoriale come risorsa economica, in Le istituzioni del Federalismo n. 2/2009, p. 273 ss.). Per altre descrizioni del GECT, tutte comunque coerenti con le precedenti, si vedano AA.VV., *Il Gruppo Europeo di Cooperazione Territoriale - GECT, realizzato dal GEPE, Group of European Political Studies*, diretto da N. LEVRAT per conto del Comitato delle Regioni, gennaio 2007, e disponibile anche in <<http://cooperazione.formez.it/sections/documenti/studiosul-gruppo>>; I. OTTAVIANO, *Riflessioni sul Gruppo Europeo di Cooperazione Territoriale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 552 ss.; M. PERTILE, *Il GECT: verso un organismo di diritto comunitario per la cooperazione transfrontaliera?*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 2005, p. 120 ss.; R. DICKMANN, *Appunti sulle prospettive della cooperazione transfrontaliera fra enti locali infraregionali*, in *Federalismi.it* 2006, n. 14, <http://www.federalismi.it>. Per una più diffusa analisi del GECT, come disciplinato dopo l'entrata in vigore del Regolamento (CE) n. 1082/2006, sia consentito rinviare a L. MASCALI, *Il Gruppo Europeo di Cooperazione Territoriale. Introduzione al Regolamento 1082/2006*, Ed.it, 2010.

l'aggregazione della domanda e dunque della spesa pubblica, appare indubbiamente una strada da perseguire, ed anzi da privilegiare, sia nell'ottica della costruzione, tramite una logica *bottom up* che muova dalle esperienze concrete, di nuovi, condivisi ed efficienti modelli di *governance*, sia nell'ottica di un più razionale utilizzo delle risorse nazionali ed europee. L'aggregazione della domanda, infatti, si presta ad essere utile strumento di efficientamento delle politiche di spesa e di perseguimento di consistenti risparmi.

3. I mezzi elettronici nell'ordinamento nazionale.

A livello interno, l'aspetto predominante dei mezzi elettronici quale strumento di evoluzione del mercato comunitario degli appalti, così fortemente rimarcato nelle nuove direttive, è stato oggetto di valutazione, fra l'altro, dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture²²⁹ (oggi A.N.A.C.), la quale, affrontando i profili innovativi delle nuove direttive²³⁰, ha rilevato che *"Nell'ottica della semplificazione e dello snellimento delle procedure di aggiudicazione si pongono alcuni importanti nuovi istituti e la revisione di altri già esistenti. Ci si riferisce, innanzitutto, al nuovo impulso dato alle comunicazioni elettroniche (art. 22 dir. Appalti e 40 dir. Utilities), espressione di una forte volontà del legislatore comunitario di creare un sistema tendenzialmente basato sulla massima semplificazione, sull'immediatezza, sulla sicurezza e sulla standardizzazione dei processi comunicativo-informativi che involga anche la presentazione delle offerte e delle domande di partecipazione. Ne deriva un quadro in seno al quale l'utilizzo di mezzi elettronici costituisce la regola, cui fanno eccezione casi specificamente disciplinati. In tale quadro si inserisce, altresì, l'utilizzo dei cataloghi elettronici (art. 36 dir. Appalti e art. 54 dir. Utilities) in tutte le procedure disponibili ove sia richiesto l'uso di mezzi di comunicazione elettronici, ciò che consente un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica, soprattutto in termini di risparmi di tempo e denaro. (...)"*.

²²⁹L'AVCP è stata soppressa con il decreto legge n. 90/2014 il quale ha anche provveduto a trasferirne le relative funzioni ed i relativi organi alla neo istituita ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione.

²³⁰ Cfr. AVCP, Atto di Segnalazione n. 3, del 21 maggio 2014, *"Direttive n. 2014/24/UE sugli appalti pubblici, n. 2014/25/UE, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e n. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione"*.

E' ormai di chiara evidenza, quindi, che l'indirizzo normativo, intrapreso sia a livello comunitario sia a livello nazionale, postula una sostanziale e progressiva riforma del mercato degli appalti attraverso il ricorso a procedure informatizzate.

In tale contesto, sembra, dunque, preliminarmente necessario, effettuare una breve ricognizione degli strumenti principali per l'attuazione di tale sistema elettronico, prendendo in considerazione, seppur sinteticamente, l'attuale quadro normativo in materia di firme elettroniche e di documento informatico, sviluppando alcune considerazioni sulla loro efficacia giuridica²³¹.

Lo strumento principale per poter sviluppare un sistema elettronico basato sulla certezza degli effetti giuridici dei documenti che vengono scambiati all'interno del medesimo, è certamente la firma elettronica²³².

L'esigenza della firma elettronica è nata originariamente nell'ambito della Pubblica Amministrazione, con l'obiettivo di permettere la redazione sicura di atti amministrativi in forma elettronica ai quali riconoscere garanzia di autenticità e

²³¹ Il costante e progressivo ricorso ai sistemi elettronici di approvvigionamento, invero, si è andato sviluppando, come noto, di pari passo con l'evoluzione della tecnologia informatica. E infatti è lo stesso dilagante utilizzo dell'informatica in tutti i settori della contrattazione che ha costituito la base della previsione, *in primis* in dottrina, dei contratti cc.dd. informatici ed a oggetto informatico, invero non facilmente classificabili in quanto "La veloce evoluzione determina che una classificazione nascerebbe già incompleta, se fosse eccessivamente condizionata dalle particolarità e caratteristiche tecniche", VALENTINO D., *La fornitura di servizi informatici*, in *Manuale di diritto dell'informatica*, *op. cit.*, p. 234. Nello stesso volume con più specifico riferimento alla contrattazione telematica e al rapporto tra Internet e la disciplina generale del contratto, v. PERLINGIERI G., *Le nuove tecnologie e il contratto*, *op. cit.* p. 266. D'altro canto, tra le problematiche principali del commercio elettronico v'è da rilevare come un profilo particolarmente interessante è rappresentato dai profili fiscali e tributari dello stesso. L'avvento di Internet, quale "luogo" senza confini, ha avuto, come già ricordato da attenta dottrina, un forte impatto sui tradizionali canoni degli scambi. È stato, infatti, accostato il fenomeno degli scambi quale fenomeno di circolazione della ricchezza alla sua idoneità ad essere oggetto di imposizione tributaria proprio per sottolineare l'esigenza di regolamentazione dell'*e-commerce* nel sistema tributario. Evidentemente, le problematiche del settore sono essenzialmente riconducibili alla identificazione del contribuente, alla rilevazione del reddito e dell'operazione ed al collegamento del reddito al contribuente. In termini, FIORENTINO S., *Aspetti tributari dell'e-commerce*, in *Manuale di diritto dell'informatica*, AA.VV. VALENTINO D. (a cura di), *op. cit.*, p. 436.

²³² In realtà, "firma elettronica" è un termine generico privo di qualsiasi prerogativa tecnico-giuridica che fa riferimento a qualsiasi tecnica finalizzata all'autenticazione elettronica che consente di associare dati ad altri dati (per esempio firma e documento). Al contrario, la "firma digitale" è un termine di specie che si riferisce a quella particolare tipologia di firma elettronica che utilizza il sistema di crittografia a doppie chiavi asimmetriche, una pubblica e una privata. La chiave privata è in genere memorizzata in un dispositivo di firma normalmente costituito da una *smart card*, ossia da una carta dotata di un microprocessore e di una memoria.

integrità. Occorre, tuttavia, evidenziare che ogni approccio legislativo all'autenticazione elettronica deve conciliare l'intrinseca tensione tra l'obiettivo della "neutralità tecnologica" con quello della necessità di "cristallizzare" le conseguenze legali per l'uso di un determinato sistema di autenticazione elettronica. Ed infatti, nel momento in cui l'ordinamento giuridico consente l'uso di diverse tecniche di autenticazione elettronica, diventa sempre più difficile accordare specifiche e significative conseguenze legali al loro uso.

Sul piano comunitario, già a decorrere dagli anni '90, si sono registrati numerosi casi di proposte o provvedimenti in materia di riconoscimento giuridico delle firme elettroniche; tale circostanza ha richiamato l'intervento del Legislatore Comunitario finalizzato a dettare un quadro comune, applicabile a tutti gli Stati Membri, relativo alle condizioni e requisiti da applicarsi alle firme elettroniche e a rimuovere quegli ostacoli all'uso delle comunicazioni elettroniche e del commercio sulle reti informatiche.

Da tale esigenza è, quindi, nata la *"Direttiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche"* entrata in vigore il 19 gennaio del 2000²³³.

²³³ Il citato provvedimento costituisce il risultato di un lungo percorso che merita di essere sinteticamente richiamato. La genesi della direttiva può essere collocata nella comunicazione del 15 Aprile 1997, intitolata *"Un'iniziativa Europea in materia di commercio elettronico"* ed indirizzata al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, dove si è riconosciuto che le firme digitali costituiscono uno strumento essenziale per garantire sicurezza e sviluppare la fiducia nei sistemi aperti e, per tale ragione, oggetto di una necessaria regolamentazione giuridica stabile e solida. Alla predetta Comunicazione è seguita la Comunicazione *"Garantire la sicurezza e l'affidabilità nelle comunicazioni elettroniche. Verso la definizione di un quadro europeo in materia di firma digitale e di cifratura"* dell'8 Ottobre 1997 in cui si è evidenziata l'esigenza di un approccio coerente nel settore. Tale comunicazione è stata accolta favorevolmente dal Consiglio Europeo che ha invitato la Commissione a presentare una proposta di Direttiva in materia di firme digitali. In seguito ad un incontro, che ha seguito la pubblicazione della comunicazione, con gli Stati membri, con i rappresentanti del settore privato, in particolare dell'industria europea del settore crittografico e, soprattutto, dopo la Conferenza internazionale degli esperti di Copenhagen, la Commissione Europea ha accolto i pareri dalle varie parti interessate dai quali è scaturita l'esigenza di predisporre un quadro giuridico armonico a livello europeo che sarebbe dovuto risultare neutrale nei confronti di una qualunque specifica tecnologia. Un ulteriore passo successivo è rappresentato dalla adozione della proposta di Direttiva il 13 Maggio 1998, su iniziativa di Martin Bangemann e di Mario Monti, animata dall'obiettivo di stabilire un quadro normativo affidabile per l'utilizzo della firma elettronica. La Commissione ha stabilito, in quella sede, un insieme di criteri in materia di sicurezza e responsabilità, tali da garantire che la firma elettronica sia legalmente riconosciuta in tutta l'Unione Europea sulla base della libera circolazione dei servizi e del controllo nel paese

Nella Direttiva, la "firma elettronica" viene definita come un insieme di *"dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici ed utilizzata come metodo di autenticazione"*²³⁴.

Da tale definizione, letta in correlazione con quella di *"dati per la creazione di una firma"* e con quella relativa al *"dispositivo per la creazione della firma"*, emerge che l'ordinamento comunitario attribuisce rilievo giuridico a firme elettroniche, non importa se eseguite con un software o hardware, che utilizzano dati peculiari, come codici o chiavi crittografiche private, allegati oppure connessi (tramite associazioni logiche) ad altri dati elettronici come *"metodo di autenticazione"*.

Oltre alla firma elettronica *"semplice"*, la Direttiva prevede un altro tipo di firma elettronica, la cosiddetta *"firma elettronica avanzata"* che è *"una firma elettronica che soddisfa i seguenti requisiti : a) essere connessa in maniera unica al firmatario; b) essere idonea ad identificare il firmatario; c) essere creata con mezzi sui quali il firmatario può conservare il proprio controllo esclusivo; d) essere collegata ai dati cui si riferisce in modo da consentire l'identificazione di ogni successiva modifica di detti dati"*.

Sulla base della suddetta definizione, quindi, viene richiesto che la firma elettronica identifichi un unico firmatario rendendo impossibile l'eventualità che un altro soggetto realizzi la medesima firma elettronica. Si tratta di un requisito strettamente connesso con quello di cui al punto c) dove si fa riferimento all'affidabilità dei mezzi sui quali il firmatario deve conservare il controllo esclusivo. Nel punto b) viene richiamata, invece, la cosiddetta funzione indicativa della firma cioè la sua idoneità ad identificare l'autore. Il punto d) fa, invece, riferimento ad una caratteristica specifica della firma elettronica avanzata, non trovando riscontro ad una equivalente proprietà della firma autografa tradizionale, ovvero l'idoneità della medesima a rivelare l'integrità del documento cui essa viene apposta.

La finalità di tale specifica caratteristica consiste nella idoneità ad impedire che, date le caratteristiche del documento elettronico, l'insieme dei dati che costituiscono la

d'origine, ritenuti principi fondamentali nel Mercato Unico. Infine, la conclusione dell'*iter* si è avuto con la presentazione, da parte della Commissione Europea, della proposta di Direttiva relativa a un quadro comunitario per le firme elettroniche avvenuta il 16 Giugno 1998 che ha portato in seguito alla sua adozione avvenuta il 13 Dicembre 1999.

²³⁴ Come può agevolmente notarsi, la definizione fornita indica due diversi metodi di associazione tra firma elettronica e documento: la firma *"allegata ai dati"* che si riferisce ad una firma contenuta nello stesso file, e la firma *"ad essi connessa tramite associazione logica"* che si riferisce ad una firma contenuta in un diverso file.

firma elettronica possa essere facilmente copiato ed inserito in un diverso documento.

La Direttiva, poi, prevede un terzo ed ultimo tipo di firma elettronica, definito "*firma sicura*" che viene individuata con riferimento al dispositivo utilizzato per la creazione della firma stessa, il quale deve soddisfare i requisiti di cui all'Allegato III della Direttiva stessa e deve garantire: (i) che i dati per la creazione della firma utilizzati nella generazione della stessa devono comparire una sola volta; (ii) che tali dati non devono essere derivati; che la firma deve essere protetta adeguatamente da contraffazioni nonché dall'utilizzo da parte di terzi.

Sulla base di quanto disposto dalla Direttiva, gli Stati Membri, anche se non in modo omogeneo, ottemperando a quanto previsto dalla Direttiva, hanno emanato i relativi provvedimenti di recepimento, disciplinando così il valore giuridico delle firme elettroniche²³⁵.

3.1 Le aste elettroniche e le procedure telematiche in correlazione con i principi di semplificazione, snellimento, trasparenza e pubblicità dell'azione.

Come già ampiamente trattato nel capitolo II, l'art. 2 del Codice dei contratti pubblici enuncia i principi cardine di affidamento degli appalti²³⁶. Secondo autorevole dottrina, tale disposizione costituisce un'occasione esemplare per verificare come le disposizioni sui principi di un importante settore, qual è quello dei contratti pubblici, possano amalgamarsi con quelli generali valevoli per tutta l'azione amministrativa²³⁷.

Tra i principi ispiratori l'azione amministrativa, particolare importanza assume il principio di trasparenza che, come visto, impone l'obbligo alla Pubblica

²³⁵ In via preliminare, occorre evidenziare che ogni approccio legislativo all'autenticazione elettronica deve conciliare l'intrinseca tensione tra l'obiettivo della "*neutralità tecnologica*" con quello della necessità di "*crystallizzare*" le conseguenze legali per l'uso di un determinato sistema di autenticazione elettronica. Ed infatti, nel momento in cui l'ordinamento giuridico consente l'uso di diverse tecniche di autenticazione elettronica, diventa sempre più difficile accordare specifiche e significative conseguenze legali al loro uso.

²³⁶ Art. 2 Principi: "*1. 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.*"

²³⁷ Cfr. IANGRO – DI CORCIA, *Commento art. 2 D.Lgs. n. 163/2006, in Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2012, 13 ss.

Amministrazione di consentire l'apertura del mercato alla concorrenza attraverso un adeguato livello di pubblicità, ossia di assicurare a chiunque sia interessato all'affare l'accesso a tutte le informazioni utili ad ottenere l'appalto²³⁸.

Infatti, la regola della massima trasparenza delle operazioni di gara la colonna portante di tutta la disciplina sui contratti pubblici introdotta dal D.Lgs. n. 163/2006, al punto che, ai fini della legittima scelta del contraente per l'esecuzione degli appalti relativi ai settori sia c.d. "ordinari" sia c.d. "speciali", il Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria con la nota decisione n. 13/2011, ha addirittura sancito che anche l'operazione di apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica deve essere compiuta in seduta pubblica.

Il principio di pubblicità deve sovrintendere pure alla fase conclusiva della gara, ossia quella della c.d. post-informazione, volta a rendere noto l'esito della gara, nonché le avvenute sottoscrizione ed esecuzione del contratto.

Alla luce di ciò, è evidente che la regola della pubblicità delle operazioni di gara rappresenta lo strumento più efficace di sviluppo di una società pluralista, informata e democratica²³⁹ ed è al contempo quel solo *quid* che consente di qualificare come giusto e rispettoso della *par condicio* il procedimento di evidenza pubblica²⁴⁰.

Il controllo, dunque, sull'attività della stazione appaltante non si esaurisce con la sola verifica dell'integrità dei plichi e della documentazione prodotta, bensì con la verifica che tutte le operazioni di gara vengano improntate alla *par condicio* ed all'imparzialità dell'azione amministrativa²⁴¹.

²³⁸ Cfr. MORDIBELLI - ZOPPOLATO, *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, 2007.

²³⁹ Cfr. ARENA G., *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.

²⁴⁰ Del resto, è stato proprio sulla scorta di tali considerazioni che il Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, riprendendo le fila della sua precedente pronuncia n. 13/2011, con la parimenti decisione n. 31/2012, ha tenuto a puntualizzare una volta per tutte che "la necessità di assicurare il controllo sul rispetto della stazione appaltante delle regole chela stessa è tenuta a rispettare, ex lege o sulla scorta delle sue stesse pregresse determinazioni, comporta che la fase dell'accesso delle offerte e dei documenti connessi nella disponibilità dell'Amministrazione, in vista delle successive valutazioni tecniche ed economiche, debba sempre svolgersi pubblicamente."

²⁴¹ Consiglio di Stato, Sez. IV, 6 marzo 2013, n. 1380, in *www.giustizia-amministrativa.it.*, sancendo che il controllo può essere garantito solo dalla contestuale presenza degli operatori economici di gara, ha stabilito che "Nelle gare pubbliche la verifica dell'integrità dei plichi non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della

Ecco quindi che i principi di pubblicità e di trasparenza assurgono a vere e proprie regole imperative sovraordinate, come tali, valide per tutti i contratti pubblici, a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne di segno contrario ed a prescindere altresì da un'espressa previsione al riguardo da parte delle prescrizioni di gara.

In tale sfondo normativo, dagli anni '90 in poi, è andata sempre più crescendo la necessità di affermare un mercato sovranazionale, privo cioè di barriere territoriali, come tale, in grado di veicolare le informazioni in tempo reale e di convogliare e relazionare altrettanto istantaneamente domande ed offerte dei soggetti pubblici e privati. Soprattutto nell'area della Comunità Europea ha preso progressivamente piede l'utilizzo di strumenti informatico-telematici, con la convinzione che avrebbe fatto aumentare in modo rilevante la partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento degli appalti.

Basti osservare, infatti, che, con la Direttiva 2014/24 CE, il legislatore comunitario ha voluto stimolare a tal punto l'impiego di nuove tecniche di acquisizione prevedendo l'utilizzo dei c.d. cataloghi elettronici²⁴².

Le fonti normative delle aste elettroniche e delle procedure telematiche sono indubbiamente le Direttive 2004/17 e 2004/18 CE, recepite nel nostro ordinamento

parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato."

²⁴² Il Considerando 68 rileva l'importanza di tali cataloghi, sottolineando come "Si assiste al costante sviluppo di nuove tecniche di acquisto elettronico, ad esempio attraverso cataloghi elettronici. I cataloghi elettronici sono un formato per la presentazione e organizzazione delle informazioni in un modo comune per tutti gli offerenti e che si presta al trattamento elettronico. Le offerte presentate in forma di foglio elettronico potrebbero essere un esempio. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero poter esigere cataloghi elettronici in tutte le procedure disponibili ove sia richiesto l'uso di mezzi di comunicazione elettronici. I cataloghi elettronici consentono un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica, in particolare in termini di risparmi di tempo e denaro. Occorre tuttavia stabilire alcune norme in modo che il loro utilizzo avvenga nel rispetto della presente direttiva e dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza. Di conseguenza, l'uso dei cataloghi elettronici per la presentazione di offerte non dovrebbe comportare la possibilità che gli operatori economici si limitino alla trasmissione del loro catalogo generale. Gli operatori economici dovrebbero continuare a dover adattare i loro cataloghi generali per la procedura d'appalto specifica. Tale adattamento fa sì che il catalogo trasmesso in risposta a una determinata procedura d'appalto contenga solo prodotti, lavori o servizi che secondo gli operatori economici, previo esame attivo, corrispondono a quanto richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice. In tal modo dovrebbe essere consentito agli operatori economici di copiare informazioni contenute nel loro catalogo generale, ma non dovrebbe essere permesso loro di presentare il catalogo generale in quanto tale."

con il D.Lgs. 163/2006, il cui art. 3, comma 15 dà una dettagliata definizione di asta elettronica²⁴³.

È proprio dalla predetta definizione che si evince chiaramente che l'asta elettronica non configura una specifica procedura di gara, bensì una peculiare modalità di svolgimento della gara, condotta mediante uno strumento telematico di aggiudicazione²⁴⁴.

Dunque, al fine di garantire il rispetto del principio della trasparenza, sono soggetti al procedimento dell'asta elettronica quegli elementi che possono essere oggetto di valutazione automatica a mezzo elettronico, senza intervento e/o valutazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, ossia solo gli elementi quantificabili in modo tale da poter essere espresse in cifre o percentuali. Diversamente, quegli elementi delle offerte che implicano una valutazione di elementi non quantificabili non dovrebbero essere oggetto di aste elettroniche. Di conseguenza, taluni appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali, quali la progettazione di lavori, non dovrebbero essere oggetto di aste elettroniche²⁴⁵.

Da quanto sopra, emerge, pertanto, che il ricorso all'asta elettronica è condizionato alla descrizione delle specifiche dell'appalto in modo chiaro, preciso ed univoco²⁴⁶.

Del resto, una descrizione non circostanziata ed univoca delle specifiche tecniche risulterebbe inconciliabile con una valutazione delle offerte automatica mediante uno strumento elettronico. Questo perché i sistemi di ragionamento e di linguaggio del computer si basano su precisi algoritmi, vale a dire che secondo il *modus operandi* del pc ad ogni segno deve corrispondere una sola funzione.

Proprio per tali ragioni, il legislatore comunitario e quello nazionale hanno negato l'utilizzo delle aste elettroniche e dei procedimenti telematici per gli appalti di lavori

²⁴³ Art.3, comma 15: "L' "asta elettronica" è un processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi, modificati al ribasso, o di nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte, che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte permettendo che la loro classificazione possa essere effettuata sulla base di un trattamento automatico. Gli appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori, non possono essere oggetto di aste elettroniche."

Art. 289 del d.P.R. 207/2010 secondo cui "L'asta elettronica è svolta attraverso un sistema informatico di negoziazione costituito da soluzioni e strumenti elettronici e telematici che consentono la presentazione delle offerte e la classificazione delle stesse secondo metodologie e criteri predefiniti."

²⁴⁴ Cfr. BOTTURA, *Commento art. 3 D.Lgs. 163/2006*, Roma, 2012.

²⁴⁵ Cfr. Considerando n. 14, Dir. 2004/14 CE ripreso dall'art. 85 D.Lgs. n. 163/2006.

²⁴⁶ Cfr. MASUCCI A., *Le aste elettroniche e la modernizzazione delle procedure di aggiudicazione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 3, 317.

e di servizi aventi ad oggetto le prestazioni intellettuali, in quanto caratterizzate da un'intrinseca indeterminatezza incompatibile con le logiche dei sistemi elettronici.

Tuttavia, né al nostro legislatore né al Giudice Amministrativo è sfuggito che l'asta elettronica, seppur rappresenti un sistema di aggiudicazione celere, in grado di facilitare considerevolmente l'accesso al mercato agli operatori economici, se male utilizzata, si esporrebbe agevolmente al rischio di alterazione concorrenziale²⁴⁷.

Alla luce di ciò, dunque, è incontrovertibile che una procedura di aggiudicazione intanto può essere svolta secondo le modalità delle aste elettroniche²⁴⁸, e quindi anche in deroga ai canoni di trasparenza e pubblicità che generalmente sovrintendono alle procedura di evidenza pubblica, fintanto che sia caratterizzata da tutti gli elementi previsti dall'art. 85 del D.Lgs. 163/2006.

In buona sostanza, perché all'interno della gara prevalga la regola della massima riservatezza su quella della pubblicità, non è sufficiente che la Stazione Appaltante indichi nel bando di voler utilizzare il metodo dell'asta elettronica, ma è necessario che l'intera gara ed a monte tutta la *lex specialis* siano improntate secondo i dettami stabiliti dalle disposizioni normative statali e comunitarie.

²⁴⁷ Cfr. art. 85 D.Lgs. 163/2006; nonché tra le tante, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 14 febbraio 2014, n. 1835. Qualora, infatti, gli offerenti potessero comunicare tra loro nel corso della speciale procedura e quindi non fosse assicurata un'adeguata riservatezza, potrebbero raggiungere accordi non consentiti.

“Comunque, a prescindere da tale profilo, va considerato che l'art. 85, co. 7, del d.lgs. n. 163/2006, stabilisce che: «prima di procedere all'asta elettronica, le stazioni appaltanti effettuano, in seduta riservata, una prima valutazione completa delle offerte pervenute». Tale disposizione – come, del resto, riconosciuto dalla stessa Società ricorrente – va applicata al caso di specie tenendo conto delle particolarità dell'asta elettronica, la quale presenta un evidente rischio di alterazione del confronto concorrenziale, perché gli offerenti possono comunicare tra loro nel corso della speciale procedura e, quindi, qualora non fosse assicurata una adeguata riservatezza, potrebbero raggiungere 'accordi' non consentiti. Come correttamente rilevato dalla controinteressata, infatti, rendere pubbliche le fasi di verifica della documentazione in una procedura di asta pubblica significherebbe aprire cartelle elettroniche e svelare la provenienza dell'offerta. Ciò induce a ritenere possibile e consentito, se non doveroso, introdurre dei momenti di segretezza, ulteriori rispetto a quelli riguardanti altre procedure, nelle quali le offerte sono "immodificabili" a seguito dell'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta tecnica. 5. Avuto riguardo al fine da raggiungere consistente nell'evitare il rischio di condotte anticoncorrenziali, le considerazioni che precedono appaiono in linea con i principi di proporzionalità e ragionevolezza evocati dalla Società ricorrente e, quindi, va disattesa l'istanza con la quale è stato chiesto il rinvio della questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ex art. 267 TFUE, posto che l'obbligo del rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte UE non è assoluto allorquando la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare in concreto alla vicenda contenziosa (Consiglio di Stato, sez. V, 23/10/2013, n. 5131).”

²⁴⁸ Cfr. LENOCI C., *La simbiosi tra aste elettroniche e procedure telematiche*, in *Urbanistica e appalti* n. 3/2015.

Su questo profilo, in realtà, sono intervenute le sentenze del Consiglio di Stato n. 6017/2014²⁴⁹ e n. 6018/2014 che destano forti perplessità, in quanto sembrano affermare un principio avulso dalla realtà dei fatti, che potrebbe dare la stura a facili strumentalizzazioni, da parte della Pubblica Amministrazione, della riservatezza delle sedute per eludere l'obbligo della trasparenza e della pubblicità. Più nello specifico, il Giudice di secondo grado ha stabilito che una procedura di gara, una volta qualificata come asta elettronica oppure come sistema dinamico d'acquisizione, può essere legittimamente svolta dalla Commissione giudicatrice, anche per intero, in forma riservata. Ed a tanto i giudici sono giunti sul presupposto che, per le loro peculiarità tecniche e, più esattamente, per la loro natura essenzialmente quantitativa e vincolata, le suindicate procedure digitali sarebbero in grado di assicurare sempre la massima trasparenza e l'imparzialità anche e soprattutto in assenza di sedute pubbliche²⁵⁰.

²⁴⁹ Consiglio di Stato, V Sez., 5 dicembre 2014: *“Una volta qualificata la procedura de qua come un'asta elettronica, non era necessaria alcuna indicazione espressa delle norme che la prevedono e comunque perché quello di specie è consistito proprio in un procedimento basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi, dopo una prima valutazione completa delle offerte, classificate mediante un trattamento automatico (come previsto da detto art. 3, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006, per le aste elettroniche), con formazione di una graduatoria prima dell'ultimo rilancio, che ha comportato una automatica definizione della graduatoria. Era quindi applicabile alla procedura di cui trattasi il comma 7 di detto articolo 85, che prevede che “Prima di procedere all'asta elettronica, le stazioni appaltanti effettuano, in seduta riservata, una prima valutazione completa delle offerte pervenute con le modalità stabilite nel bando di gara e in conformità al criterio di aggiudicazione prescelto e alla relativa ponderazione”. Peraltro detto art. 85, al comma 13, stabilisce che per l'acquisto di beni e servizi, alle condizioni di cui al comma 3, le stazioni appaltanti possono stabilire di ricorrere a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici, disciplinate con il regolamento nel rispetto delle disposizioni di cui al presente codice. In base a tali disposizioni per le procedure telematiche valgono le stesse norme previste per le aste elettroniche ed è quindi ad esse applicabile anche detto comma 7 del più volte citato art. 85 (in base al quale le stazioni appaltanti effettuano la prima valutazione delle offerte pervenute in forma riservata). L'art. 295 del d.P.R. n. 207 del 2010 stabilisce infatti che “Le stazioni appaltanti possono stabilire che l'aggiudicazione di una procedura interamente gestita con sistemi telematici avvenga con la presentazione di un'unica offerta ovvero attraverso un'asta elettronica alle condizioni e secondo le modalità di cui all'articolo 85 del codice”, confermando che detta norma, e quindi anche il suo comma 7, è applicabile alle procedure telematiche. Quindi la procedura di cui trattasi è stata legittimamente svolta in forma riservata, quand'anche venisse qualificata come telematica.”.*

²⁵⁰ Consiglio di Stato, V Sez., 5 dicembre 2014: *“Lo svolgimento in seduta riservata delle operazioni di gara sia per le aste elettroniche che per le procedure telematiche è infatti giustificato dalla particolarità della procedure, che consente una piena tracciabilità delle operazioni, nonché dalla natura essenzialmente quantitativa e vincolata dei criteri di valutazione, dovendo la Commissione valutare se le caratteristiche tecniche delle offerte siano coerenti con le previsioni di gara e poi attribuire il punteggio previsto, e dalla segretezza dell'identità dei candidati fino all'ultima offerta. Dette modalità sono idonee a soddisfare l'interesse pubblico alla trasparenza ed imparzialità che devono caratterizzare le procedure di gara pubbliche (Consiglio di Stato, sez. V, 29 ottobre 2014, n.*

Con le decisioni in commento, infatti, i Giudici del Consiglio di Stato hanno ritenuto che nel caso di specie la riservatezza fosse necessaria e, quindi, che l'Amministrazione avesse agito legittimamente, per il sol fatto che il bando prevedeva l'utilizzo del metodo dell'asta pubblica. I Giudici sono, tuttavia, addivenuti a tale assunto senza verificare se effettivamente la procedura oggetto di scrutinio fosse riconducibile o meno a quelle per cui la legge consente l'uso delle aste elettroniche o dei sistemi di acquisto telematici.

Il che, dunque, sembra andare in direzione diametralmente opposta a quella innanzi tracciata dal legislatore comunitario e da quello statale, che invece consentono di ricorrere a siffatti sistemi solo alle condizioni innanzi descritte.

Né, per vero, convince l'assunto decisionale secondo cui la gara, configurandosi come procedura telematica, avrebbe potuto essere comunque informata ai principi di riservatezza di cui all'art. 85, comma 7. Tale affermazione reca seco il rischio che tutte quelle procedure di affidamento che utilizzino un mezzo elettronico per l'invio delle offerte finiscano per essere confuse con le aste elettroniche e quindi che abbiano corso operazioni selettive violative dei principi di trasparenza, pubblicità e di non discriminazione.

Conseguentemente un'errata applicazione delle norme che disciplinano l'asta elettronica finirebbe con il pregiudicare irrimediabilmente la trasparenza delle procedure di evidenza pubblica e, quindi, col tradire la *ratio* e l'essenza stessa del sistema di acquisizione in parola

Sarebbe, pertanto, auspicabile un ulteriore approfondimento del tema della pubblicità delle sedute di gara e, in particolar modo, dei limiti della riservatezza nell'ambito dell'asta pubblica e delle procedure telematiche per scongiurare fraintendimenti che potrebbero finanche vanificare il principio della "massima latitudine applicativa" della regola della pubblicità, corroborato, in materia di appalti, dalla nota dell'Adunanza Plenaria n. 31/2012.

3.2. Il recepimento della Direttiva 1993/99. L'ordinamento italiano.

5377), nel rispetto dei principi di tutela della par condicio che sono tesi a tutelare i principi di pubblicità e trasparenza che governano la disciplina comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio 31 luglio 2012, n. 31.".

A fronte dell'emanazione della Direttiva 1993/99, la normativa dei diversi Stati Membri evidenzia la presenza di numerose discipline in materia di autenticazione elettronica. Sono stati individuati sul punto tre diversi approcci legislativi.

Il primo prende il nome di orientamento "Minimalista". Tale approccio mira, generalmente, a promuovere l'uso della firma elettronica piuttosto che richiamarsi ad uno specifico protocollo o tecnologia. La *ratio* principale è quella di rimuovere gli ostacoli legali al riconoscimento e all'attuazione della firma e dei documenti elettronici. Tale obiettivo viene raggiunto assicurando che le firme elettroniche osservino i requisiti legali previsti dalla legislazione per le firme autografe. Tale orientamento è tipico dei sistemi di Common Law.

Diversamente, l'approccio prescrittivo si caratterizza per l'adozione di un meccanismo di autenticazione rigido e vincolato che, allo stato attuale, è quello basato sulla firma digitale. I Paesi che hanno adottato questo modello hanno introdotto legislazioni che si riferiscono solamente all'uso della firma digitale dentro un sistema di infrastruttura a chiave pubblica (PKI) e che comporta la codificazione di alcune caratteristiche comuni, quali la crittografia asimmetrica come tecnologia per la firma digitale; l'imposizione di determinati requisiti finanziari e di gestione per *le Certification Authority*; l'imposizione di alcuni doveri ai possessori delle chiavi; la definizione dei presupposti che rendono la firma digitale un sistema affidabile di autenticazione elettronica. Tale approccio permette ai legislatori di assumere un ruolo assai importante nell'elaborazione degli standard, influenzando in questo modo la direzione delle nuove tecnologie. Ed è l'orientamento tipico dei paesi di *Civili Law*.

Infine, vi è un ultimo approccio che può definirsi dei "due livelli", in quanto è basato sulla convergenza dei due precedenti orientamenti.

In questo modo, si arriva ad una disciplina che fissa determinati standard per la validità del sistema dell'infrastruttura a chiave pubblica, ma, nello stesso tempo, utilizza la firma elettronica come termine generico che rimanda a qualsiasi tecnica finalizzata all'autenticazione.

Fra i tre modelli esaminati, quest'ultimo presenta maggiori aspetti positivi. Infatti, esso permette di raggiungere l'obiettivo della "neutralità tecnologica" concedendo un minimo livello di riconoscimento legale a tutte o alla maggior parte delle tecniche di autenticazione che in genere soddisfano i requisiti della forma scritta.

Infatti, anche l'UNCITRAL ha adottato quest'approccio nel "*Draft Uniform Rules on Electronic Signatures*", ossia nel progetto di normativa che stabilisce regole uniformi di firma elettronica. Anche qui si distingue tra le firme elettroniche, che sono quelle che soddisfano i requisiti stabiliti dall'art. 7 del "modello di legge sulle Transazioni Elettroniche", e una più ristretta categoria di firme, chiamate firme elettroniche avanzate, che soddisfano un livello standard più alto e alla quale sono associate determinate garanzie legali.

Il nostro ordinamento²⁵¹, recependo la Direttiva 1993/99, definisce e disciplina la firma elettronica con il D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, recante il "*Codice dell'amministrazione digitale*"²⁵².

²⁵¹ Nel corso degli anni precedenti il Legislatore era già intervenuto più volte sulla materia della firma elettronica (D.Lgs. n. 39/93; L. n. 59/97; DPR n. 513/97; DPR n. 445/00).

²⁵² L'Italia è stato il primo, tra i paesi membri dell'Unione Europea, ad aver approvato la più generale ed organica disciplina della firma digitale con pieno riconoscimento dei suoi effetti giuridici assumendo così un ruolo di battistrada senza precedenti. Il lungo percorso legislativo è caratterizzato dall'emanazione di tutta una serie di iniziative legislative finalizzate ad affermare la validità di tale sistema di autenticazione. Il primo provvedimento è stato il DPR 20 aprile 1994, n. 367, che introduce i principi fondamentali della telematica nelle procedure di emissione dei mandati informatici di pagamento e di controllo telematico della Corte dei conti. A questo segue il D.Lgs. 12 febbraio 1993, n. 39 che implicitamente riconosce la validità dell'atto amministrativo in forma elettronica e che in qualche modo anticipa il riconoscimento definitivo che si ha con la Legge n. 59 del 15 marzo del 1997 (c.d. Bassanini), la quale, segnatamente, nell'articolo 15, comma 2, stabilisce il principio generale della validità e rilevanza del documento informatico. In attuazione di tale articolo ed in seguito alla pubblicazione da parte dell'AIPA di diverse bozze relative alla disciplina di "*atti e documenti in forma elettronica*", sui quali i cittadini erano direttamente chiamati a formulare proposte e commenti, è stato adottato, da parte del Consiglio dei Ministri, il Decreto del Presidente della Repubblica (DPR) n. 513 del 10 novembre 1997 relativo al "*regolamento contenente i criteri e le modalità di applicazione*" dell'articolo sopra citato. Il DPR n. 513/97, recante la disciplina dell'archiviazione dei documenti in forma elettronica, la loro trasmissione per via telematica e la loro sottoscrizione mediante la firma digitale, ha avuto il ruolo di introdurre la crittografia nelle norme dello Stato. Tale decreto è stato, successivamente, abrogato e le sue norme sono state inserite nel Testo Unico approvato con Decreto del Presidente della Repubblica n. 445 del 28 Dicembre del 2000 contenente le disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa. Con successivo Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri sono state fissate le regole tecniche relative alla formazione, trasmissione, conservazione, duplicazione, riproduzione e validazione dei documenti informatici con le quali vengono regolati gli aspetti tecnici ed organizzativi di chi usufruisce ed opera con i documenti informatici e la firma digitale. Oltre alla pubblicazione, nel giugno del 1999, di una circolare con la quale sono state dettagliate le modalità con le quali una società possa essere inclusa nell'elenco dei Certificatori, va segnalato, quale ultimo tassello dell'*iter* normativo descritto, l'emanazione da parte dell'AIPA della circolare con la quale è stata data attuazione all'articolo 14, comma 2, del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'8 febbraio 1999, concernente la determinazione dei codici identificativi relativi alla chiave pubblica della coppia di chiavi

In particolare, viene definita "firma elettronica: l'insieme dei dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzati come metodo di identificazione informatica; firma elettronica avanzata: insieme di dati in forma elettronica allegati oppure connessi a un documento informatico che consentono l'identificazione del firmatario del documento e garantiscono la connessione univoca al firmatario, creati con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo, collegati ai dati ai quali detta firma si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi siano stati successivamente modificati; firma elettronica qualificata: un particolare tipo di firma elettronica avanzata che sia basata su un certificato qualificato e realizzata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma; firma digitale: un particolare tipo di firma elettronica avanzata basata su un certificato qualificato e su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici".

Per quanto riguarda la validità della firma elettronica, l'articolo 21 del CAD stabilisce che "Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche di cui all'articolo 20, comma 3, che garantiscano l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità del documento, ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del codice civile. L'utilizzo del dispositivo di firma elettronica qualificata o digitale si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria".

Con tale disposizione, nel nostro ordinamento, e dunque in ossequio alla Direttiva 1993/99, è stata inequivocabilmente affermata l'equivalenza tra la sottoscrizione tradizionale, e cioè quella autografa, e quella digitale²⁵³.

Tale fondamentale principio, cardine e addirittura pilastro per poter realizzare un sistema elettronico per l'affidamento di appalti pubblici, è rafforzato

del Presidente dell'AIPA. Infine, il quadro normativo è stato poi compiutamente riordinato con l'introduzione del D.Lgs. n. 82/2005, detto "*Codice dell'Amministrazione digitale*", nel quale vengono riassunte le caratteristiche minime, in ossequio ai dettami comunitari, i termini e le modalità per la creazione di una firma elettronica e di una firma digitale oltre che i requisiti minimi che devono possedere le c.d. *Certification Authority*.

²⁵³ In argomento si veda in dottrina, *ex multis*, DELFINI F., *Documento informatico e firma elettronica*, in AA.VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, VALENTINO D. (a cura di), *op. cit.*, p. 518.

dall'equiparazione delle firme elettroniche originate nei diversi Stati Membri: ed infatti, *“Il valore giuridico delle firme elettroniche qualificate e delle firme digitali basate su certificati qualificati rilasciati da certificatori accreditati in altri Stati membri dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 1999/93/CE è equiparato a quello previsto per le firme elettroniche qualificate e per le firme digitali basate su certificati qualificati emessi dai certificatori accreditati ai sensi del presente articolo.”*²⁵⁴.

Quanto, invece, alla definizione di documento informatico, ed alla sua validità giuridica, il D.Lgs. n. 82/2005 prevede che *“Il documento informatico da chiunque formato, la memorizzazione su supporto informatico e la trasmissione con strumenti telematici conformi alle regole tecniche (..) sono validi e rilevanti agli effetti di legge, ai sensi delle disposizioni del presente codice. L'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità, (..). La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle regole tecniche sulla validazione temporale. Con le medesime regole tecniche sono definite le misure tecniche, organizzative e gestionali volte a garantire l'integrità, la disponibilità e la riservatezza delle informazioni contenute nel documento informatico. (..) Gli obblighi di conservazione e di esibizione di documenti previsti dalla legislazione vigente intendono soddisfatti a tutti gli effetti di legge a mezzo di documenti informatici, se le procedure utilizzate sono conformi alle regole tecniche (..).”* e che *“Il documento informatico, cui è apposta una firma elettronica, sul piano probatorio è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità. Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche (...), che garantiscano l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità del documento, ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del codice civile. L'utilizzo del dispositivo di firma si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria. (..)”*²⁵⁵.

3.3. Intervento del Regolamento eIDAS.

²⁵⁴ Cfr. articolo 29 del D.Lgs. n. 82/2005.

²⁵⁵ Articoli 20 e 21 del Codice dell'Amministrazione digitale.

Tuttavia, sullo sfondo di tale quadro normativo, il legislatore comunitario è nuovamente intervenuto con il Regolamento n. 2014/910 del 23 Luglio 2014 in materia di identificazione e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno che abroga la Direttiva 1999/93 CE²⁵⁶.

Il Consiglio dell'Unione Europea, infatti, ha adottato il regolamento EIDAS - Electronic Identification and Signature (Electronic Trust Services), stabilendo le condizioni per il riconoscimento reciproco in ambito di identificazione elettronica (eID - Electronic IDentification) e le regole guida per i servizi fiduciari per le transazioni elettroniche (eTS - Electronic Trust Services). A conclusione dell'*iter*, il 28 agosto 2014 il "*Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno*" è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea²⁵⁷.

Tale atto normativo fornisce una base comune a tutti i Paesi Membri per i servizi fiduciari, ovvero quei servizi come la firma elettronica. L'adozione di un sistema unico di firma digitale favorirà non solo le transazioni *cross - border*, ma faciliterà la diffusione di questi strumenti anche in ambiti dove la firma digitale ha stentato a decollare. Infatti, la firma elettronica, in particolare quella qualificata, è stata impiegata da sempre a livello nazionale quasi totalmente nel settore pubblico. In ambito privato, i casi d'uso sono estremamente limitati, se non per la firma elettronica avanzata, in via di diffusione per la firma di contratti, in particolar modo in ambito bancario e assicurativo.

Da tempo, invero, è ormai palese che le più grandi barriere per il raggiungimento di uno sviluppo dell'economia digitale consistono nella notevole segmentazione del mercato digitale²⁵⁸, nella diffusissima assenza di interoperabilità e nella preoccupante crescita della criminalità cibernetica. Rompere queste barriere e instaurare fiducia negli ambienti online è fondamentale per un sano sviluppo

²⁵⁶ Il Regolamento, meglio noto anche come Regolamento eIDAS- electronic IDentification Authentication and Signature, si applicherà (con alcune eccezioni) a decorrere dal 1 luglio 2016.

²⁵⁷ EU Official Journal L 257/73.

²⁵⁸ Cfr. considerando nn. 4, 5 e 6.

economico e sociale, che altrimenti rimarrà stentato e privo di quel carattere rivoluzionario che dovrebbe essergli proprio²⁵⁹.

Ed infatti è la stessa Commissione Europea che con la Comunicazione del 26 agosto 2010, dal titolo "Agenda Digitale Europea" ha individuato nella frammentazione del mercato digitale, nella mancanza di interoperabilità e nell'aumento della criminalità cybernetica gli ostacoli alla crescita dell'economia digitale.

A ciò si aggiunga anche che il Consiglio Europeo ha invitato la Commissione a creare un nuovo mercato digitale entro il 2015, favorendo l'impiego transfrontaliero dei servizi online, con particolare riguardo all'agevolazione dell'identificazione e dell'autenticazione elettronica sicura. Infatti, è stata rilevata la difficoltà di molti cittadini europei di autenticarsi in un altro Stato Membro perché i regimi nazionali di identificazione elettronica del rispettivo Paese non sono riconosciuti in altri Stati Membri. Tale barriera elettronica impedisce ai prestatori di servizi di godere pienamente dei vantaggi del mercato interno. Disporre di mezzi di identificazione elettronica riconosciuti reciprocamente permetterà di agevolare la fornitura transfrontaliera di numerosi servizi di nel mercato interno, consentendo così alle imprese di operare su base transfrontaliera evitando molti ostacoli nelle interazioni con le autorità pubbliche²⁶⁰.

Tuttavia, al fine di raggiungere tale obiettivo, da un lato, l'Unione Europea lascia liberi gli Stati Membri di utilizzare o introdurre mezzi proprio di accesso ai servizi online, ai fini dell'identificazione elettronica e che possono decidere dell'eventuale partecipazione del settore privato nell'offerta di tali mezzi. Dall'altro, fissa delle

²⁵⁹ In questi termini si è espresso il legislatore comunitario nei considerando n. 1 e n. 2 del citato regolamento: *"Instaurare la fiducia negli ambienti online è fondamentale per lo sviluppo economico e sociale. La mancanza di fiducia, dovuta in particolare ad una percepita assenza di certezza giuridica, scoraggia i consumatori, le imprese e le autorità pubbliche dall'effettuare transazioni per via elettronica e dall'adottare nuovi servizi."* (considerando n. 1). *"Il presente regolamento mira a rafforzare la fiducia nelle transazioni elettroniche nel mercato interno fornendo una base comune per interazioni elettroniche sicure fra cittadini, imprese e autorità pubbliche, in modo da migliorare l'efficacia dei servizi elettronici pubblici e privati, nonché nell'eBusiness e del commercio elettronico, nell'Unione Europea."* (considerando n. 2).

²⁶⁰ Cfr. considerando n. 9. Il successivo considerando n. 12 specifica, infatti, che l'obiettivo del regolamento è quello di eliminare tali barriere transfrontaliere, ma *"non intende intervenire riguardo ai sistemi di gestione dell'identità elettronica e relative infrastrutture istituiti negli Stati Membri. Lo scopo del presente regolamento è garantire che per accedere ai servizi online transfrontalieri offerti dagli Stati Membri si possa disporre di un'identificazione e un'autenticazione elettronica sicura."*

condizioni in merito all'obbligo di riconoscimento dei mezzi di identificazione elettronica e alle modalità di notifica dei regimi di identificazione elettronica, sancendo in tal modo un principio di reciproco riconoscimento tra gli Stati Membri dei rispettivi regimi di identificazione²⁶¹.

Le nuove norme contenute nel "neonato" Regolamento hanno, pertanto, l'intento di consentire, garantire ed estendere il regime transfrontaliero previsto per merci e persone alle transazioni elettroniche. Tale intervento normativo si propone di assicurare che persone ed imprese possano utilizzare i loro regimi nazionali di identificazione elettronica (eID) per accedere ai servizi pubblici in altri paesi dell'Unione in cui sono disponibili diversi sistemi eID nazionali;

Il Regolamento appare, dunque, un tassello fondamentale per l'instaurazione di una disciplina unitaria, *conditio sine qua non* per garantire l'interoperabilità in settori particolarmente rilevanti in ambito economico; contiene norme o anche mere precisazioni di principi impliciti nel sistema che assumono un evidente peso giuridico ed introducono importanti novità volte a favorire transazioni transfrontaliere più rapide e sicure che agevolino lo sviluppo economico e digitale negli Stati membri.

A tale scopo, l'Agenda Digitale Europea aveva già proposto (COM(2010) 245 del 19.5.2010) l'adozione di norme sulle firme elettroniche e sul riconoscimento reciproco dell'identificazione e dell'autenticazione elettronica, con l'obiettivo di istituire un quadro normativo chiaro ed omogeneo, volto a promuovere l'interoperabilità, sviluppare la cittadinanza digitale e prevenire la criminalità cibernetica.

Difatti, non esisteva ad oggi una normativa transfrontaliera e transettoriale completa per garantire transazioni elettroniche sicure, affidabili e di facile impiego, e che fosse anche inclusiva di regolamentazione in materia di identificazione, autenticazione e firma elettronica.

²⁶¹ Sul punto, il considerando n. 14 statuisce che "è opportuno che il principio di reciproco riconoscimento si applichi ove il regime di identificazione elettronica dello Stato Membro notificante soddisfi le condizioni di notifica e la notifica sia stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea. Tuttavia, il principio del riconoscimento reciproco dovrebbe riguardare esclusivamente l'autenticazione nei servizi online. È opportuno che l'accesso a tali servizi online e la loro fornitura finale al richiedente siano strettamente collegati al diritto a usufruire di tali servizi alle condizioni fissate nel diritto nazionale."

Il Regolamento sancisce così per gli Stati membri l'obbligo di riconoscere, a determinate condizioni, gli strumenti di identificazione elettronica delle persone fisiche e giuridiche che rientrano nell'ambito di uno schema di identificazione elettronica nazionale che sia stato notificato alla Commissione. Spetta agli Stati membri scegliere se notificare tutti, alcuni o nessuno degli schemi di identificazione elettronica utilizzati a livello nazionale per accedere almeno ai servizi online pubblici o ad altri specifici servizi. Gli stessi Stati, pertanto, sono tenuti a garantire un legame univoco fra i dati di identificazione elettronica e la persona a cui questi si riferiscono, mettendo, inoltre, a disposizione dei terzi sistemi gratuiti per assicurare una corretta autenticazione.

Tali norme riguardano solo aspetti transfrontalieri di identificazione elettronica, mentre rimane invariato il regime di emissione di mezzi di identificazione elettronica, che resta una prerogativa nazionale.

Una delle principali novità del Regolamento consiste nell'introduzione di norme a livello europeo in materia di servizi fiduciari (*e-trust services*), come la creazione e la verifica di marche temporali e sigilli elettronici, servizi di posta certificata, nonché la creazione e la convalida di certificati per l'autenticazione dei siti web. Servizi fiduciari conformi al regolamento potranno "circolare" liberamente nel mercato unico. Inoltre, sarà creato un marchio di fiducia UE per identificare i servizi fiduciari che soddisfino determinati e rigorosi requisiti, anche se l'uso del marchio di fiducia sarà fatto su base volontaria.

In aggiunta, è prescritta l'istituzione o il potenziamento di Organismi di vigilanza negli Stati membri e viene introdotto il meccanismo esplicito di mutua assistenza fra gli stessi Organismi al fine di facilitare il controllo transfrontaliero dei prestatori di servizi fiduciari.

Con il Regolamento europeo appena approvato, in sostanza, si è inteso creare ed omogeneizzare un quadro normativo comune al fine di migliorare ed incrementare la sicurezza e l'efficienza dei differenti processi elettronici, rispondendo, così, alle sfide poste dalla crescente evoluzione dei mezzi tecnologici che sempre più spesso trovano applicazione²⁶².

²⁶² Es: l'accesso mobile e *online* o l'utilizzo di servizi Cloud e SaaS.

Il provvedimento permetterà, in modo progressivo, di adottare a livello europeo un quadro tecnico-giuridico unico, omogeneo ed interoperabile in ambito di firme elettroniche, sigilli elettronici, validazioni temporali elettroniche, documenti elettronici, nonché per i servizi di raccomandata elettronica ed i servizi di certificazione per Autenticazione web.

Sicurezza, certezza giuridica, affidabilità, facile impiego, riservatezza e regole comuni adottate in un mercato unico, come quello transfrontaliero e transettoriale europeo, sono divenuti (*rectius*, sono sempre stati) requisiti fondamentali e necessari nelle transazioni elettroniche tra imprese, pubbliche amministrazioni, professionisti e cittadini.

Gli Stati membri dovranno cooperare intensamente e dare indicazioni pratiche per gli utenti nella fase di attuazione della nuova disciplina.

Solo allora l'accettazione reciproca delle identità elettroniche e dei servizi fiduciari diventerà realtà ed il regolamento potrà contribuire efficacemente alla realizzazione del mercato unico interno²⁶³.

In Italia, anticipando i tempi dettati dallo stesso Regolamento, è stato già dato il via all'istituzione di un "Sistema Pubblico per la gestione dell'Identità Digitale - Spid" la cui regolamentazione è contenuta nel DPCM 24 ottobre 2014, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 9 dicembre 2014.

Lo Spid è un sistema aperto attraverso il quale soggetti pubblici e privati, previo accreditamento da parte dell'Agenzia per l'Italia Digitale, potranno offrire servizi di identificazione elettronica a cittadini e imprese. I prestatori di tali servizi avranno il compito di garantire la corretta registrazione e messa a disposizione delle credenziali e degli strumenti di accesso in rete nei riguardi di cittadini e imprese.

Lo Spid, che si basa su delle specifiche tecniche diffusamente accolte a livello europeo e già adottate dai progetti sperimentali Stork e Stork II (Secure idenTity acrOss boRders linKed), in questo modo consentirà ai cittadini di avvalersi della propria identità digitale per accedere ai servizi on line messi a disposizione dalle

²⁶³ Grazie al Regolamento sarà possibile dematerializzare a norma di legge con regole identiche in tutta l'UE; appare, però, chiaro che all'azione normativa delle istituzioni, europee e nazionali che siano, ed alle aspettative delle imprese deve corrispondere la capacità degli operatori del settore ICT di progettare e sviluppare soluzioni di alto valore tecnologico e di reale utilità per le parti coinvolte.

singole Pubbliche Amministrazioni o anche dai privati che aderiranno a tale sistema. Lo Stato italiano ha anche già provveduto a notificare alla commissione il decreto Spid e conseguentemente, come previsto dal Regolamento EIDAS, dal 1 luglio 2016, lo Spid dovrà essere riconosciuto e accettato da tutti gli altri Stati membri dell'Unione.

4. Il procedimento amministrativo digitalizzato come presupposto per la digitalizzazione del procedimento ad evidenza pubblica. I principi della dematerializzazione.

Come già evidenziato in questo lavoro, l'attività amministrativa deve ormai essere costantemente affiancata dall'utilizzo delle tecnologie digitali instaurando tra le due un'influenza bidirezionale tale da non poterle più considerare separatamente.

Emerge chiaramente, infatti, che l'adozione delle tecnologie digitali nell'azione amministrativa ha incrementato il processo di cambiamento precedentemente avviato incidendo maggiormente sulla modifica dei processi. In tale contesto parlare di governo elettronico e di riforma della Pubblica Amministrazione equivale a considerare unitariamente la materia²⁶⁴.

Ad un iniziale affiancamento materiale è corrisposto, in un momento successivo, il tentativo di una sostituzione dell'attività cartacea ad opera del processo di digitalizzazione.

Tale processo, non privo di difficoltà operative, si è sviluppato, in maniera decisiva, a partire dagli anni novanta.

Il Legislatore, infatti, con la legge n. 421 del 1992, art. 2, delegava al Governo l'adozione di misure finalizzate al perfezionamento del processo di informatizzazione delle amministrazioni pubbliche ed al più razionale ricorso dei

²⁶⁴ BRUNETTI D., *La gestione informatica del protocollo, dei documenti e degli archivi*, Maggioli, 2005, p., 16. Il governo elettronico e al riforma della PA devono integrarsi con la trasformazione dei sistemi organizzativi e con un'adeguata politica delle risorse umane. In tal senso anche EDLER J., GEORGHIOU L., *Public procurement and innovation – Resurrecting the demand side*, in *Research Policy*, 2007, p. 950, secondo cui le politiche di innovazione sono un fattore determinante per la creazione di una amministrazione efficiente nella quale gli appalti si inseriscono quale istituto strumentale al raggiungimento di tale scopo in quanto essi sono idonei a coordinare una pluralità di settori, economico, industriale, il settore della ricerca applicata ed il settore finanziario.

sistemi informativi automatizzati, al fine di migliorare l'efficienza dell'attività amministrativa e di "implementare la produttività del pubblico impiego, nonché garantire l'interconnessione dei sistemi informatici pubblici"²⁶⁵.

In tale contesto, l'obiettivo principale della digitalizzazione dell'amministrazione era da individuarsi nella "semplificazione", aderendo alla tesi che "informatizzare equivarrebbe a semplificare"²⁶⁶.

Il tema della semplificazione si pone, in effetti, come necessario per riformare un sistema fondato su una eccessiva regolazione che spesso ritarda la crescita individuale delle persone e delle imprese²⁶⁷.

La semplificazione, pertanto, da sempre obiettivo del Legislatore italiano, può essere conseguita con il ricorso alle tecnologie digitali in grado di incidere in modo radicale sui meccanismi organizzativi, predisponendo soluzioni differenti rispetto ai meccanismi tradizionali²⁶⁸.

Deve evidenziarsi come, nel nostro ordinamento, l'esistenza di una struttura amministrativa eccessivamente burocratica e troppo spesso legata a un rigido formalismo hanno rappresentato alcuni dei maggiori ostacoli nel processo di «macchinalizzazione» dell'*iter* procedimentale.

Con tale locuzione, ci si vuole riferire sia al ricorso alle tecnologie digitali nel procedimento amministrativo, che consentono la digitalizzazione del procedimento, ma altresì, direttamente ed immediatamente, alla produzione stessa di documenti

²⁶⁵ SANDULLI M. A., *Il procedimento amministrativo e la semplificazione report annuale- 2013*, in www.iuspublicum.it.

²⁶⁶ NATALINI A., TIBERI G., *La tela di Penelope, primo rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica*, 2010, il Mulino, p. 9. La semplificazione si rende necessaria per migliorare non solo la qualità della regolazione e alleggerire i carichi amministrativi e burocratici ma anche per migliorare la crescita, la competitività, la coesione sociale e la qualità della vita. Pertanto, la stessa competizione globale impone ai Paesi, pena il declino, di promuovere con efficaci politiche pubbliche la competitività dei propri sistemi produttivi e di rimuovere i fattori che la penalizzano.

²⁶⁷ MANGANARO F., *L'evoluzione del principio di trasparenza*, 2011, in www.astrid.it. Secondo l'Autore l'attività di semplificazione non significa soltanto attribuire un minore onere per le imprese, ma piuttosto si tratterebbe di una dimensione democratica dell'ordinamento costituzionale che individuerrebbe nell'Amministrazione Pubblica una organizzazione necessaria al fine di perseguire i bisogni sociali e realizzare l'uguaglianza sostanziale prevista dall'art. 3 della Costituzione.

²⁶⁸ MANGANARO F., *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, 2000, p. 9. L'attività di semplificazione tuttavia non può discostarsi dai principi costituzionali, ed in particolare dal principio di legalità. Infatti, un'attività amministrativa semplificata non può esimersi dal rispetto dell'efficacia ma anche della comparazione degli interessi.

amministrativi “*informatici*”, portando all'automazione delle decisioni, con evidenti benefici in termini di costi e tempi del procedimento²⁶⁹.

La buona riuscita di tale processo rivoluzionario avrebbe dovuto condurre ad una “*attività amministrativa interamente dematerializzata*”, realizzando un nuovo *modus operandi* nell'esercizio di quest'ultima²⁷⁰.

L'attività “*digitalizzata e semplificata*” che consegue al processo di interazione dell'attività amministrativa con le tecnologie informatiche, tuttavia, deve essere rispettosa non solo dei principi costituzionali di buon andamento e di legalità dell'azione amministrativa ma non deve mai porsi in contrasto con le regole predeterminate per legge per l'esercizio della funzione.

Il concetto di dematerializzazione ben si adatterebbe al perseguimento dell'obiettivo di semplificazione in quanto il superamento del cartaceo ed il conseguente passaggio al digitale nella redazione degli atti in forma elettronica consentirebbe di conseguire la piena effettività della “*macchina amministrativa digitale*”: a differenza del documento cartaceo, infatti, il documento informatico consente non soltanto l'archiviazione elettronica, ma altresì la sua circolazione in rete.

Il passaggio ad una nuova modalità di redazione documentale ha portato, però, la dottrina ad interrogarsi, in primo luogo, sulla validità giuridica del documento così emesso, sulla sua “*integrità*” ed “*imputabilità*”²⁷¹.

Tali problematiche hanno spinto il legislatore ad adottare esplicite soluzioni normative che si sono concretizzate nell'art 15 della legge 59/1997, con il quale è stata attribuita una prima valenza giuridica al documento informatico e, successivamente, nell'adozione dei provvedimenti del 2005.

Il Legislatore, infatti, si è “*mosso su due diverse direttrici*”²⁷² che hanno portato all'emanazione del Codice dell'Amministrazione Digitale e alla modifica della legge sul procedimento²⁷³.

²⁶⁹ MASUCCI A., *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Giapicchelli Torino, 2011, p. 2.

²⁷⁰ BERTI G., *La Pubblica Amministrazione come organizzazione*, 1968, pag. 45.

²⁷¹ Secondo MASUCCI A., *op. cit.* deve poter essere ricondotto ad un determinato soggetto (dibattito che ha coinvolto la valenza della firma elettronica e della firma digitale).

²⁷² SANDULLI M. A., *Il procedimento amministrativo*, cit., il Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82 del 2005, più volte integrato e modificato), un'opera generale di riordino che – sia con alcune dichiarazioni puramente programmatiche e di principio, sia con l'abbandono delle modalità amministrative più tradizionali – ha affrontato per la prima volta in modo organico il tema dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle

Quest'ultima, in particolare, secondo la previsione dell'art. 3 bis²⁷⁴ incentiva l'uso dell'informatica nell'attività amministrativa costituendo un principio generale dell'attività in grado di orientare le amministrazioni nella loro attività di dematerializzazione²⁷⁵.

La norma, sin dalla sua introduzione, ha un significativo impatto sotto l'aspetto organizzativo: essa si inserisce nel contesto generale dell'*E-governement*²⁷⁶ al fine di

pubbliche amministrazioni, nonché della disciplina dei fondamentali principi giuridici applicabili ai due strumenti oggi protagonisti del processo di innovazione tecnologico: il documento informatico e la firma digitale. Di grande importanza è il comma 3 dell'articolo 2 del Codice in esame (rubricato appunto "*finalità e ambito di applicazione*"), ai sensi del quale, come già prevedeva l'art. 3 del d.P.R. n. 445 del 2000, le disposizioni concernenti la formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici, nonché quelle riguardanti la trasmissione informatica degli stessi documenti, si applicano anche ai privati. Inoltre, una parte non irrilevante della normativa (in particolare quella concernente l'accesso ai documenti informatici e la fruibilità delle informazioni digitali) si applica poi anche a soggetti formalmente privati ma in sostanza pubblici.

²⁷³ La legge n. 15 del 2005 ha aggiunto al Capo I della legge sul procedimento amministrativo, dedicato ai principi, l'art. 3-bis che sollecita tutte le pubbliche amministrazioni a fare uso dell'informatica, incentivandone l'utilizzo tanto nei rapporti interni quanto nei rapporti con i privati.

²⁷⁴ Art. 3-bis «Uso della telematica», introdotto dall'art. 3 della legge n. 15 del 2005, "*Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati*".

²⁷⁵ SPASIANO M. R., *L'Interesse pubblico e l'attività della p.a. nelle sue diverse forme alla luce della novella della l. 241 del 1990*, in *www.lexitalia.it*.

²⁷⁶ DE ANGELIS P., *Le nuove norme in materia di azione amministrativa dopo le leggi 11 febbraio 2005, n. 15 e 14 maggio 2005, n. 80*, in *www.lexitalia.it*. La norma si inserisce nel piano dell'*E-governement* adottato dal Governo, nel quale sono presenti anche ulteriori progetti quali: L'art. 14 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 nella parte in cui attribuisce alla trasmissione del documento informatico per via telematica, con modalità che assicurino l'avvenuta consegna lo stesso valore giuridico della notificazione per mezzo della posta nei casi consentiti dalla legge. La direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri sull'impiego della posta elettronica nelle pubbliche amministrazioni (27.11.03). Il Codice dell'Amministrazione Digitale, il quale prevede: all'art. 6, che le pubbliche amministrazioni devono utilizzare la posta elettronica certificata "*per ogni scambio di documenti e informazioni con i soggetti interessati che ne fanno richiesta e che hanno preventivamente dichiarato il proprio indirizzo di posta elettronica certificata*" (comma 1), estendendo tale previsione anche "*alle pubbliche amministrazioni regionali e locali salvo che non sia diversamente stabilito*" (comma 2); all'art. 50, che le "*comunicazioni tra le pubbliche amministrazioni, avvengono di norma mediante l'utilizzo della posta elettronica*" (comma 1) e che, entro 24 mesi dall'entrata in vigore del proposto Codice, venga istituita presso ogni P.A. "*almeno una casella di posta elettronica istituzionale e ed una casella di posta elettronica certificata ... per ciascun registro di protocollo*" (comma 3, lett. a); all'articolo 51, che dovrebbe sostituire il primo incontrato art. 14 del D.P.R. 445/00, viene quindi previsto l'utilizzo della oggi istituita posta elettronica certificata nella trasmissione telematica di comunicazioni che necessitano di una ricevuta di invio e di una ricevuta di consegna (comma 1), con la precisazione che la stessa trasmissione telematica equivale alla notificazione per mezzo della posta nei casi consentiti dalla legge (comma 2). Il regolamento in tema di posta elettronica certificata, emanato con D. 02.11.05, secondo cui la comune e-

rinnovare, semplificare e rendere efficiente l'attività amministrativa attraverso l'informatizzazione.

Secondo una parte della dottrina²⁷⁷, tuttavia, il carattere programmatico della norma e la struttura dell'amministrazione hanno concorso alla mancata, almeno in parte, attuazione della disposizione.

A ben vedere, la previsione rivoluzionaria introdotta con la legge 2005 sarebbe dovuta essere calata in un contesto strutturale maggiormente organizzato e rinnovato, tale da rendere compatibili le regole della rete con le regole che governano gli organi e gli uffici amministrativi²⁷⁸.

Si ritiene, infatti, che uno dei problemi che maggiormente osti alla diffusione delle tecnologie all'interno del procedimento amministrativo sia proprio la differente *ratio* ispiratrice sottesa alla organizzazione della Rete. Quest'ultima sarebbe fondata su un criterio cooperativo: al contrario, la Pubblica Amministrazione si caratterizzerebbe per la presenza del tradizionale criterio di gerarchia o di competenza²⁷⁹ *"ragion per cui la compartecipazione procedimentale, se non accompagnata da misure atte a prevenire le distorsioni informative, finirebbe per rendere evanescente l'individuazione del soggetto che agisce in funzione del previsto riparto di competenze"*²⁸⁰.

L'ulteriore linea di sviluppo legislativa ha condotto all'emanazione del Codice dell'amministrazione digitale, il quale contiene alcune disposizioni significative in merito all'utilizzo delle tecnologie, in particolare l'art. 3 sancisce il diritto all'uso delle tecnologie nella comunicazione tra cittadino e impresa.

mail diventerà a breve un sistema di posta elettronica nel quale è fornita al mittente documentazione elettronica, con valenza legale, attestante l'invio e la consegna di documenti informatici.

²⁷⁷ CACACE S., *Codice dell'amministrazione digitale*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁷⁸ SANDULLI M. A., *Il procedimento amministrativo*, cit.

²⁷⁹ CARDARELLI F., *L'uso della telematica*, in SANDULLI M.A., *Codice dell'azione amministrativa*, p. 421 ss..

²⁸⁰ SANDULLI M. A., *Il procedimento*, op. cit., Qualche riflesso, dell'informatica sul procedimento si può vedere proprio in tema di compartecipazione procedimentale, ed in attuazione del principio espresso dal citato art. 3-bis, la recente legge n. 69 del 2009 ha nuovamente indirizzato la tecnica dei lavori delle pubbliche amministrazioni includendo nella disciplina relativa alla conferenza di servizi il riferimento alla telematica (art. 14-ter, comma 1, della l. n. 241/90: *"la conferenza di servizi assume le determinazioni relative all'organizzazione dei propri lavori a maggioranza dei presenti e può svolgersi per via telematica"*). E ha commisurato quest'ultima non soltanto al fisiologico adattamento dell'operato delle amministrazioni nell' *"era digitale"*, ma anche, in concreto, all'esigenza di semplificazione cui risponde in primo luogo l'istituto della conferenza di servizi.

La norma individua in maniera esplicita una pretesa giuridica del privato a relazionarsi con la Pubblica Amministrazione per via telematica ed è supportata da successive norme dello stesso codice²⁸¹.

Definito come *“la vera svolta per l'individuazione dei cardini dell'attività amministrativa in forma elettronica”*, l'art. 3 rappresenta l'intento programmatico ed informatore del Codice con *“carattere dirompente”* e, indirettamente, istituisce un vero e proprio controllo giurisdizionale sull'uso del ICT da parte delle amministrazioni²⁸².

Il carattere innovativo della citata disposizione emerge dalla stessa *ratio* sottesa all'emanazione del CAD, individuato come *“strumento normativo ampio, tale da orientare in maniera organica i processi di innovazione in atto”*²⁸³.

La particolarità della norma può altresì essere desunta dalla *“nuova”* posizione riconosciuta al cittadino, in virtù della quale egli è titolare di una rinnovata pretesa nei confronti della Pubblica Amministrazione.

La nuova relazione che si instaura, a seguito del riconoscimento di tale posizione giuridica, consente al privato di incidere sulla qualità dei servizi, sulla loro erogazione più efficiente e soprattutto sulla partecipazione al processo decisionale attraverso un maggiore coinvolgimento nell'attività amministrativa, consentendo una effettiva partecipazione alla vita democratica del Paese²⁸⁴.

Sulla portata innovativa dell'art. 3 e, in particolare, sulla natura della posizione giuridica del singolo rispetto alla Pubblica Amministrazione, la dottrina²⁸⁵ ha adottato soluzioni interpretative non univoche.

La posizione dottrinale che individua nel *“diritto”* menzionato nella norma un vero e proprio diritto soggettivo²⁸⁶ fonda il ragionamento sia sul tenore letterale della

²⁸¹ Si citano, a titolo esemplificativo: l'art. 5, l'art. 12, l'art. 40, l'art. 41, l'art. 54 del CAD.

²⁸² GIURDANELLA C., GUARNACCIA E., *Il diritto all'uso delle nuove tecnologie*, in www.giurdanella.it

²⁸³ Così il Consiglio di Stato, adunanza del 7 febbraio 2005, N. 11995/04, in www.giustiziaamministrativa.it.

²⁸⁴ CAMILLETI F., *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per violazione del diritto all'uso delle tecnologie*, in www.federalismi.it.

²⁸⁵ CARLONI E., *Il Decreto crescita*, in *Giornale di Dir., Amm.*, 2012, pag. 65.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 63, ha osservato che *“a dispetto di quanto formalmente dichiarato dalla rubrica della Sezione II – intitolata, appunto «diritti dei cittadini e delle imprese» - non è chiara né la tipologia della situazioni giuridiche soggettive attivate dalle diverse disposizioni, né le modalità di tutela ad esse assicurate. Solo all'art. 3 si fa espresso riferimento ad una situazione di «diritto», mentre nelle restanti disposizioni l'identificazione della natura delle situazioni giuridiche soggettive sarà*

norma sia sul contenuto del diritto. Il linguaggio tecnico, che dovrebbe caratterizzare l'attività del Legislatore e il contenuto del diritto, che facoltizza il titolare a "richiedere ed ottenere", attribuendo al suo titolare una posizione di particolare rilevanza nei confronti del legittimato passivo di per sé meritevole di protezione, farebbero propendere per la natura di diritto soggettivo della posizione giuridica.

Diversa opinione in dottrina²⁸⁷, al contrario, si è orientata nel ritenere che la posizione in esame sia da intendersi in termini di interesse legittimo, sull'assunto che la sua tutela sia solo indiretta in quanto il suo titolare può farla valere solo perché coincidente con un interesse pubblico.

Quest'ultima posizione ha trovato l'avallo del Consiglio di Stato, il quale ha affermato che "quando la Pubblica Amministrazione agisce come «autorità» le posizioni giuridiche coinvolte riferibili a soggetti privati non possono essere qualificate come diritti soggettivi in senso proprio, ma solo interessi legittimi"²⁸⁸.

sostanzialmente rimessa all'interprete, che si troverà ad argomentare di volta in volta sulla base della perifrasi utilizzata, del modo del verbo impiegato, dal contesto normativo di riferimento".

²⁸⁷ Così FIORIGLIO G., *Temi di informatica giuridica*, 2004, p. 238, per il quale "sembra che il «diritto» di cui all'art. 3, commi 1 e 1-bis, CAD, debba però essere valutato quale interesse legittimo, che può trovare piena tutela (anche risarcitoria) dinanzi al Giudice Amministrativo. In caso contrario, detta norma sarebbe di dubbia costituzionalità, poiché, all'art. 3, comma 1-bis, CAD, «tale situazione non è tutelata nella sua pienezza allorché non vi siano le necessarie risorse. Né, ovviamente, sarebbe costituzionalmente consentito differenziare la situazione soggettiva in relazione alla diversa amministrazione (statale o meno) cui il cittadino o l'impresa chiede l'uso delle tecnologie»".

²⁸⁸ Il Consiglio di Stato, nel parere n. 31/2006 ha affermato che "Orbene, sembra che l'Amministrazione intenda attribuire al "diritto" (di richiedere ed ottenere l'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le amministrazioni) la consistenza di una posizione giuridica soggettiva tutelata in sé, ancorché priva di immediati contenuti sostanziali e ciò al commendevole fine di incentivare – con il supporto giurisdizionale – tali modalità di comunicazione. La costruzione non appare in contrasto con i principi della materia, dal momento che, come è noto, l'ordinamento amministrativo conosce altre situazioni soggettive in cui è attribuita tutela ad una posizione che può apparire priva di contenuti direttamente sostanziali. Si pensi (almeno secondo un'impostazione) al diritto di accesso ai documenti amministrativi. Sembra però alla Sezione che la giurisdizione debba appartenere al giudice amministrativo, giudice "naturale" della Pubblica Amministrazione. È possibile che l'Amministrazione sia stata indotta alla diversa soluzione dalla recente sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004, in materia di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. In effetti, però, in tale sentenza la Corte ha ritenuto che le materie per le quali il legislatore ordinario può prevedere l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle relative controversie debbano essere "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità, nel senso che "devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la P.A. agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo". Ma l'esercizio del potere organizzatorio della Pubblica Amministrazione - per costante orientamento - è esercizio di poteri autoritativi, in www.giustiziamministrativa.it.

Nell'analisi di tale norma, vero e proprio cardine costitutivo dell'attività amministrativa digitalizzata, è opportuno soffermarsi sull'estensione della sua portata applicativa. La norma, nel suo tenore letterale, infatti, circoscrive il diritto dei cittadini e delle imprese alle comunicazioni intercorrenti tra questi e l'amministrazione, non annoverando altre tipologie di rapporti. Tale interpretazione restrittiva non è stata accolta dalla giurisprudenza, la quale, invece, ne ha esteso l'ambito applicativo fino a ricomprendere nel concetto di "comunicazione" *"qualsiasi estrinsecazione concreta del complesso rapporto fra soggetti privati e pubbliche amministrazioni"*²⁸⁹.

Profili di criticità sono emersi anche relativamente alla portata precettiva della norma in esame, soprattutto nella parte in cui specifica che il diritto all'uso delle tecnologie è riconosciuto *"ai sensi di quanto previsto dal presente codice"*. La locuzione finale contenuta nel comma 1 dell'art. 3 potrebbe essere interpretata attribuendole una valenza negativa pregiudicando il riconoscimento di un diritto generalizzato all'uso delle tecnologie valido in assoluto nei confronti di ogni Pubblica Amministrazione²⁹⁰.

Tuttavia l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo nel comma 3 dello stesso articolo mette in evidenza la possibilità di tutela nel caso in cui l'amministrazione violi la posizione giuridica riconosciuta al privato²⁹¹.

²⁸⁹ FIORIGLIO G., *Temi*, cit., p. 237, ha affermato che *"alcune perplessità possono sorgere anche in ordine all'ambito oggettivo del diritto all'uso delle tecnologie, poiché si fa espresso riferimento alle sole «comunicazioni con le pubbliche amministrazioni e con i gestori di pubblici servizi statali», e «non, in una visione più ampia, all'intero spettro dei rapporti tra cittadino-impresa e amministrazione a partire dall'avvio del procedimento, passando per i momenti partecipativi, fino all'accesso agli atti»", ma che "potrebbe tuttavia ipotizzarsi un'interpretazione estensiva del termine «comunicazioni»"*.

²⁹⁰ PANI M., SANNA C., *L'ambito applicativo del diritto all'uso delle tecnologie di cui all'art. 3 del codice dell'amministrazione digitale e il ruolo della posta elettronica certificata nel procedimento amministrativo elettronico*, in www.lexitalia.it. Secondo gli autori la norma si presenta, pertanto, con un carattere prettamente programmatico ovvero di mero rinvio alla specifiche disposizioni del codice, nonché, apparentemente, come una fattispecie chiusa rispetto ad eventuali ed ulteriori diritti esterni rispetto a quelli indicati nel Codice stesso, anche se, in realtà, non esiste alcun impedimento giuridico a riconoscere uno specifico diritto all'uso delle tecnologie non cristallizzato nel Codice dell'amministrazione digitale. È possibile pertanto affermare che esista, più che un diritto all'uso delle tecnologie, tanti singoli diritti all'uso delle tecnologie, individuati da specifiche disposizioni normative.

²⁹¹ CAMILLETI F., *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per violazione del diritto all'uso delle tecnologie*, 2008, in www.federalismi.it, La norma attribuisce al privato una posizione giuridica degna di tutela nei confronti della Pubblica Amministrazione e nel caso di una sua violazione è possibile esperire le azioni per la sua tutela. In funzione della possibile azione

Nell'analisi di alcuni principi fondamentali del processo di dematerializzazione, poi, appare opportuno soffermarsi sull'art. 40 il quale sancisce l'obbligo per le amministrazioni di adottare gli atti e i documenti, in via generale, in forma informatica.

Si tratta di una previsione particolarmente significativa in quanto incentiva il processo di digitalizzazione incidendo direttamente sul momento di formazione del documento. Il Legislatore, in questo caso, prevedendo che l'atto nasca già in formato digitale vuole ribadire la necessità di individuare in esso il caposaldo del processo di digitalizzazione dell'intera attività amministrativa nella quale l'atto perde la sua funzione di mera duplicazione del documento cartaceo ma si pone come atto unico: come, in sostanza "*l'originale*".

risarcitoria nei confronti della P.A. va sin d'ora ribadito come a tal fine abbia scarsa importanza il dibattito (sopra evidenziato) relativo alla qualificazione giuridica, in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo, della posizione che la normativa in esame riserva al privato, atteso che ai fini della risarcibilità ex artt. 2043 (danno patrimoniale) e 2059 (danno non patrimoniale) cod. civ. per attività illecita della P.A. deve considerarsi ingiusto il danno lesivo di interessi riconosciuti e tutelati dall'ordinamento giuridico, quale che sia la loro qualificazione formale e senza, in particolare, che ne sia determinante la strutturazione come diritti soggettivi perfetti. Conseguentemente, qualora l'attività pubblica sia lesiva dei precetti di cui agli articoli precedentemente analizzati, al soggetto danneggiato spetterà il diritto ad ottenere il risarcimento dei danni subiti. A tal fine appare però opportuno sottolineare che la fondatezza dell'azione risarcitoria presuppone la ricorrenza di tutti gli elementi costitutivi su cui si basa la responsabilità patrimoniale aquiliana; di talché devono ricorrere gli elementi oggettivi dell'azione o dell'omissione, del nesso causale e del danno ingiusto, nonché quelli soggettivi del dolo o della colpa e il danno subito dal privato deve essere qualificato *contra ius e non iure*, intendendosi con ciò significare che il fatto illecito deve pregiudicare una posizione riconosciuta e tutelata dall'ordinamento giuridico, a prescindere dalla sua qualificazione formale (e quindi, si ribadisce, non solo diritti soggettivi) e che il comportamento causativo del danno non deve trovare giustificazione nella legge. Ed in virtù del principio di atipicità dell'illecito (patrimoniale) per cui risulta risarcibile qualsiasi danno qualificabile come "*ingiusto*", spetta al giudice selezionare le fattispecie in concreto risarcibili valutando la legittimità o meno del comportamento dell'ente pubblico: sottolineandosi come siffatta regola generale sia applicabile anche all'attività svolta dalla Pubblica Amministrazione attraverso lo strumento tecnologico, per aver affermato la giurisprudenza che sotto il profilo del sindacato giurisdizionale, l'azione amministrativa che si avvalga dell'informatica non si differenzia in alcun modo da quella ordinaria, in quanto lo schema logico - giuridico da applicare si identifica pur sempre con quello generale che assume quale strumento necessario la verifica della conformità dell'azione e dei suoi effetti alla norma che li disciplina, in relazione alla circostanziata denuncia da parte del soggetto che invoca tale sindacato, di una lesione personale, diretta ed attuale.

Questa progressiva eliminazione del supporto cartaceo si atteggia non solo come obiettivo del processo di digitalizzazione ma anche come strumento per il perseguimento di fini ulteriori in termini di efficienza amministrativa²⁹².

L'intero processo di digitalizzazione, in verità, si innesta nell'efficienza amministrativa delineata dai principi contenuti nell'art. 97 della Costituzione e nella legge 241 del 1990.

L'efficienza, infatti, è una caratteristica che deve coinvolgere l'intero apparato amministrativo tanto nella sua fase organizzativa quanto nel momento di esercizio della funzione. Questo consente di riflettere su un altro passaggio fondamentale che può essere rinvenuto nel processo di digitalizzazione e negli strumenti a disposizione per permetterne la realizzazione.

Secondo la dottrina prevalente, la chiave di svolta per addivenire alla compiuta digitalizzazione dell'attività amministrativa, oltre al rinnovato rapporto tra amministrazione e cittadino, riguarda la creazione di un nuovo approccio all'interno della stessa amministrazione, possibile con la realizzazione del fascicolo informatico. Esso, insieme alla normativa in materia di documento informatico e protocollo informatico rappresenta il presupposto per una vera e propria informatizzazione del procedimento amministrativo.

La loro funzione di gestione informatica dei documenti può essere definita propedeutica allo sviluppo offerto dalle nuove tecnologie²⁹³.

La norma cardine è l'art. 41 del CAD che racchiude al suo interno un concetto forte, in quanto si pone in maniera rivoluzionaria rispetto alla prassi tradizionale dell'amministrazione e segna il definitivo passaggio dal cartaceo al digitale²⁹⁴.

La disposizione in esame si occupa sia del procedimento sia del fascicolo informatico unendo due aspetti distinti, ma strettamente connessi, del processo di dematerializzazione.

Ed infatti, nonostante il fascicolo sia maggiormente riferibile ad un rapporto interno attinente alla gestione e conservazione dei documenti, esso apporta un rilevante

²⁹² BIAMONTE A., *L'amministrazione digitale e la digitalizzazione procedimentale. Verso un nuovo esercizio della funzione. Problematiche e prospettive*, in www.giustamm.it.

²⁹³ BRUNETTI D., *La gestione informatica del protocollo, dei documenti e degli archivi*, Maggioli, 2005, pag. 16.

²⁹⁴ BELISARIO E., *La nuova pubblica amministrazione digitale*, Maggioli, 2009, p.53.

contributo nella digitalizzazione della attività, legata maggiormente al concetto di procedimento quale organizzazione e gestione vera e propria della Amministrazione, finalizzata alla emanazione di un provvedimento finale²⁹⁵.

Il vantaggio del fascicolo informatico, come più volte sottolineato in dottrina²⁹⁶ consentirebbe l'accesso simultaneo da parte di tutte le amministrazioni eventualmente coinvolte nell'ambito di un procedimento. Tale cooperazione sarebbe possibile grazie all'uso delle tecnologie digitali e consentirebbe una maggiore efficienza nello svolgimento dell'azione amministrativa in considerazione sia dell'eliminazione dei fascicoli cartacei sia per la possibilità, offerta dallo stesso, di consultazione simultanea da parte di una pluralità di utenti²⁹⁷.

Il vantaggio maggiormente significativo da riconnettere al fascicolo informatico non è, quindi, da individuarsi in una mera esigenza di ordine o di catalogazione dei documenti, ma nella sua fondamentale funzione di riferimento nei rapporti tra la Pubblica Amministrazione e il privato nella loro comunicazione. La gestione elettronica, infatti, inserendosi nel rapporto dialettico, consente, da un lato, una più effettiva partecipazione alla attività amministrativa, anche attraverso il diritto di accesso, e, dall'altro, migliora la capacità di governo dell'ente²⁹⁸.

Si ritiene che una modifica strutturale o organizzativa della Pubblica Amministrazione non possa non partire dalla gestione elettronica dei documenti e dei dati.

La creazione di un sistema informatico per il trattamento dei flussi documentali, quindi, oggi, *“rappresenta il centro di interesse e di maggiore sforzo dell'Amministrazione Pubblica”*.

²⁹⁵ TENTONI F., *Organizzazione e nuove tecnologie nel "nuovo" codice dell'amministrazione digitale*, in Azienda Italia, 2011.

²⁹⁶ DUNI G., *Verso una amministrazione integrata nei procedimenti amministrativi*, in www.astrid.it.

²⁹⁷ BELISARIO E., *Il nuovo codice*, cit., p. 56. Proprio per la facilità di consultazione l'amministrazione deve porre in essere tutte le cautele necessaria perché venga rispettato il diritto alla *privacy* dei soggetti coinvolti e assicurarsi che possano accedere alle informazioni del fascicolo soltanto i soggetti autorizzati e non qualsiasi dipendente dell'Amministrazione. Si veda anche G. DUNI in relazione al procedimento a stella. G. DUNI, *La Pubblica Amministrazione digitale ed il decreto integrativo e correttivo, I presupposti per il passaggio alla fase operativa*, 2007, in www.astrid.it.

²⁹⁸ BRUNETTI D., *La gestione informatica*, cit.17.

Modificare il sistema di gestione documentale significa incidere sulla attività interna ed esterna dell'Amministrazione: il processo di cambiamento verso la digitalizzazione, quindi, viene ad assumere un ruolo strategico per la politica di miglioramento dei servizi e di trasparenza dell'azione amministrativa e di contenimento dei costi.

La possibilità di continua alimentazione e consultazione contestuale del fascicolo da parte di più uffici appartenenti alla stessa amministrazione o da parte di più amministrazioni di diversi enti²⁹⁹ contribuisce a perseguire gli obiettivi di efficienza e di economicità stabiliti sia a livello Costituzionale sia nell'art. 1 della legge 241/90. L'analisi del complesso di principi sopra esposti può costituire una base sulla quale procedere ad esporre le successive considerazioni.

Ed infatti, individuare i principi generali sottesi al procedimento amministrativo digitalizzato induce ad interrogarsi sulla possibilità di estendere gli stessi anche ai procedimenti caratterizzati da specialità, quale quello che costituisce la procedura ad evidenza pubblica.

Sia il principio contenuto nell'art. 3 e negli artt. 40 e 41 del Cad sia i principi della legge sul procedimento potrebbero costituire una base normativa sulla quale fondare il ragionamento sulla digitalizzazione del procedimento ad evidenza pubblica.

Attraverso quest'ultimo, come noto, si estrinseca un fondamentale rapporto tra Pubblica Amministrazione e cittadino, ma soprattutto tra Pubblica Amministrazione ed impresa, tipicamente in posizione di concorrente alla procedura, prima, e parte contrattuale dopo, all'esito del complesso *iter* procedimentale di aggiudicazione.

Il procedimento in esame, per la sua complessità, racchiude una pluralità di momenti comunicativi tra la Stazione appaltante ed il soggetto aggiudicatario, a partire dalla pubblicazione del bando di gara, tale da poter favorire l'utilizzo delle tecnologie digitali per ridurre i tempi e le distanze spaziali.

Appare però immediatamente evidente che le difficoltà rinvenute nella digitalizzazione del procedimento amministrativo, così come delineato dalla legge sul procedimento, e, secondo la dottrina, ancorate tanto ad elementi finanziari

²⁹⁹ MASUCCI A., Il procedimento amministrativo, cit., p., 27.

quanto a condizioni di natura organizzativa che non ne consentono una effettiva attuazione, possono essere riscontrate anche nel procedimento ad evidenza pubblica contraddistinto da passaggi burocratici particolarmente complessi.

5. Le modalità di acquisto elettroniche: la gara telematica ex dpr 101/2002 e gli articoli 295 e 296 del dpr 207/2010. La residualità della procedura autonoma.

Una ricognizione in chiave critica del procedimento ad evidenza pubblica digitalizzato non può prescindere dall'analisi delle nuove modalità di acquisto che il Legislatore, anche sulla spinta delle progressive e sempre più incisive esigenze derivanti dalla partecipazione al Mercato Unico degli appalti, ha espressamente disciplinato attraverso disposizioni normative che tentano di delineare una procedura organica.

Muovendo da questa premessa, nel presente lavoro si vuole concentrare l'attenzione, in primo luogo, sull'istituto della gara telematica³⁰⁰ prevista dal d. P.R. n. 101/2002, poi abrogato dal d.P.R. n. 207/2010, quale vero e proprio precursore di un avanzato sistema di digitalizzazione degli appalti³⁰¹.

Si ritiene, in proposito, che con il d.P.R. n. 101 del 2002, prima tra gli Stati europei, l'Italia abbia cercato di definire ed uniformare i meccanismi per effettuare gli acquisti della Pubblica amministrazione a livello telematico.

La sicura portata innovativa del predetto regolamento si coglie soprattutto in relazione alla normativa precedente³⁰².

³⁰⁰ GALLI D., GENTILE D., PAOLETTI GUALANDI V., *Appalti pubblici, Itinera Guide Giuridiche IPSOA*, Wolter Kluwers, 2015.

³⁰¹ Per una più compiuta trattazione dell'argomento con particolare riferimento al sistema MEPA e all'*excursus* normativo della negoziazione telematica si veda l'ampia analisi di CONTALDO A., *La contrattazione telematica e la pubblica amministrazione*, in AA. VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, VALENTINO D. (a cura di), p. 487 e ss.

³⁰² LELI A., *Gli effetti mancati del dpr 101/2002*, in *www.formez.it*, a partire da aprile del 2002, quasi tutte le Amministrazioni hanno incominciato ad interrogarsi sulla possibilità di utilizzare strumenti telematici a supporto del proprio flusso d'approvvigionamento. Prima di allora, solamente poche amministrazioni pilota, sull'onda positiva dell'esperienza CONSIP, avevano abbozzato alcune modalità operative per utilizzare tali nuove possibilità, messe a disposizione dalla tecnologia. Inoltre tra i vantaggi del regolamento è da annoverarsi la portata trainante dello stesso nei confronti delle diverse amministrazioni, anche locali, che hanno iniziato ad istituire delle proprie piattaforme di acquisto e strumentazioni elettroniche attraverso le quali provvedere agli acquisti.

Esso segna, a ben vedere, una rottura con il passato, introducendo le modalità di acquisto telematiche non più solo quale supporto e/o affiancamento al procedimento cartaceo³⁰³, ma, bensì, quale procedimento del tutto autonomo, disciplinato in ogni sua fase.

Il regolamento disciplina le modalità di utilizzo degli strumenti informatici nelle procedure di acquisto, sia per importi inferiori sia per importi superiori a quelli fissati dalle soglie comunitarie.

Gli strumenti disciplinati dal regolamento sono due: le gare telematiche ed il mercato elettronico; quest'ultimo, tuttavia, fruibile da parte della Pubblica Amministrazione per le sole acquisizioni di valore inferiore alla soglia comunitaria.

La presenza di due istituti distinti evidenzia la volontà del Legislatore di istituire un sistema digitalizzato composto non solo dal Mercato Elettronico affidato alla Consip, ma altresì da un autonomo procedimento di gara, da svolgersi indipendentemente dal sistema Mepa, attraverso strumentazioni informatiche.

Tale distinzione appare, tuttavia, non ritrovarsi nel d.P.R. n. 207 del 2010, quanto meno in ragione della terminologia utilizzata.

Ed, infatti, nel Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici il Legislatore ha previsto solo la disciplina del sistema totalmente digitalizzato, cui la dottrina, tradizionalmente riconnette il Mepa, le convenzioni Consip e le altre modalità di acquisto che si svolgono con un sistema gestito interamente in maniera elettronica, mentre non risulta alcuna menzione alla "vecchia" gara telematica.

Questa differenza terminologica consente di effettuare una riflessione sulla volontà del Legislatore in relazione alla digitalizzazione delle modalità di acquisto.

È apparso opportuno chiedersi se l'assenza di riferimenti alla "gara telematica" sia espressione di una maggiore o minore disciplina nel procedimento di informatizzazione degli appalti, ovvero se sia necessario operare una

³⁰³ COLACCINO D., *Gare telematiche e processi di innovazione*, 2005, in *www.formez.it*; la legislazione precedente non conteneva disposizioni normative che prevedessero una intera procedura telematica di approvvigionamento, ma soltanto l'utilizzo di singoli strumenti informatici a supporto e in aggiunta alle diverse procedure di gara: ad esempio, l'articolo 18, comma 5, del D. Lgs. n. 158 del 1995 prevedeva che "quando le domande di partecipazione sono inoltrate per telegramma, telex, telefax, telefono o con qualsiasi altro mezzo elettronico, esse devono essere confermate per lettera spedita prima della scadenza dei termini stabiliti ai sensi i dell' articolo 17, commi 2 e 3".

interpretazione ermeneutica alla luce dei principi dell'amministrazione digitale al fine di attribuire maggiore uniformità alla materia.

La gara telematica, secondo la definizione contenuta nel regolamento del 2002, consisteva in una procedura di scelta del contraente basata su sistemi di negoziazione telematica e finalizzata all'aggiudicazione di forniture di beni e servizi di specifico interesse di alcune amministrazioni; essa si poneva come una sorta di "*tertium genus*" rispetto alle procedure esistenti la cui peculiarità si manifesta nella gestione dell'intero procedimento *on line*³⁰⁴.

Il Legislatore disciplinava la gara telematica suddividendola in quattro fasi: la fase di abilitazione, la fase di autorizzazione, quella di pubblicazione degli avvisi di gara e degli inviti, e, infine, la fase di espletamento della procedura di gara.

In merito alla prima fase della abilitazione, l'atto rilevante per l'avvio delle procedure telematiche di acquisto era la pubblicazione, almeno sessanta giorni prima dell'inizio delle procedure, a cura dell'amministrazione, di un bando per l'abilitazione alle gare telematiche dei potenziali contraenti.

Nei bandi di abilitazione³⁰⁵ pubblicati sul sito della Stazione appaltante, quest'ultime potevano limitarsi ad indicare il volume globale degli appalti per ciascuna delle categorie di beni e di servizi che esse intendevano aggiudicare nel periodo di validità dell'abilitazione³⁰⁶, ovvero specificare le diverse classi per le

³⁰⁴ COLACCINO D., *L'e-procurement*, in *www.Consip.it*.

³⁰⁵ Ai sensi del comma 3, art. 9, del regolamento, il bando di abilitazione contiene i seguenti elementi: a) i contenuti e le modalità di presentazione della domanda di abilitazione; b) le categorie merceologiche di beni e di servizi e le eventuali classi di abilitazione degli utenti; c) i criteri e le modalità per la presentazione e la valutazione delle domande di abilitazione; d) l'indicazione del sito nel quale le amministrazioni rendono disponibili al pubblico le seguenti informazioni: 1) l'eventuale documentazione tecnica, informativa ed amministrativa relativa alla individuazione dei beni da fornire e dei servizi da prestare; 2) l'indirizzo di posta elettronica dell'amministrazione a cui potersi rivolgere al fine di richiedere informazioni; 3) le procedure e le metodologie utilizzate per la classificazione delle offerte, nonché per l'aggiudicazione della gara e per la segnalazione delle offerte di carattere anormalmente basso e di eventuali altre anomalie; 4) i casi di sospensione della procedura; 5) i casi di esclusione automatica del singolo utente; 6) l'elencazione e la descrizione dei sistemi informatici di negoziazione che saranno utilizzati per l'aggiudicazione dell'appalto; e) l'indicazione del responsabile del procedimento; f) la durata dell'abilitazione degli utenti che, comunque, non può essere superiore a ventiquattro mesi; g) infine, le garanzie che il fornitore dovrà rilasciare preventivamente per poter accedere al sistema informatico di negoziazione.

³⁰⁶ Era prevista una validità dell'abilitazione pari ad un massimo di 24 mesi.

quali gli utenti si sarebbero abilitati all'utilizzo di procedure telematiche di acquisto in relazione alle loro capacità tecniche, finanziarie ed economiche.

La Stazione appaltante³⁰⁷ deliberava sulle domande di abilitazione entro quindici giorni dalla loro ricezione e comunicava all'utente, in particolare, le categorie e le classi per le quali risultava abilitato³⁰⁸.

La seconda fase, successiva alla presentazione delle istanze di abilitazione, consisteva nel processo di autorizzazione da parte dell'amministrazione appaltante.

Il processo di autorizzazione era regolato dall'amministrazione nel rispetto dei criteri e delle modalità stabilite nel bando di abilitazione e per la durata ivi prevista; allo scadere del periodo di validità dell'abilitazione il Sistema la revocava automaticamente³⁰⁹.

La terza fase della procedura telematica di acquisto consisteva nella pubblicazione dell'avviso di gara, almeno trenta giorni prima della data fissata per l'inizio delle operazioni; le amministrazioni erano, inoltre, tenute a deliberare sulle istanze di abilitazione entro il termine previsto per le comunicazioni degli inviti.

La dottrina ha ritenuto che l'invito, ai sensi del d.P.R. n. 101/2002, si configurasse come un passaggio *ad hoc*, tipico di una procedura telematica, ravvisando una differenza con la gara tradizionale nella quale l'amministrazione fissa già nell'avviso di gara un termine perentorio entro il quale le ditte concorrenti devono inviare l'offerta tecnica e/o economica. Sostanzialmente, si configura una sorta di "*invito ad inviare entro una determinata data e presso un determinato luogo la/e busta/e tecnica e/o economica*", al fine della valutazione delle offerte.

Nella gara telematica l'amministrazione, solo al termine della valutazione delle domande di partecipazione all'avviso di gara³¹⁰, comunica agli utenti il momento esatto in cui si svolgerà la negoziazione *on line*.

³⁰⁷ L'amministrazione, nella figura del responsabile del procedimento, valuta le domande di abilitazione, invia comunicazione di esito ai fornitori indicando le categorie e le classi per le quali risulta abilitato entro 15 gg dalla ricezione.

³⁰⁸ Art. 9 comma 4 dpr. 101/2002.

³⁰⁹ In questa fase le amministrazioni avevano la facoltà di chiedere agli utenti, qualora ne avessero ravvisato la necessità, l'invio di attestazioni, autocertificazioni o altra documentazione comprovante il permanere dei requisiti soggettivi ed oggettivi che avevano determinato l'abilitazione dell'utente.

³¹⁰ I requisiti prescritti dall'avviso di gara sono i medesimi di quelli previsti nel bando di abilitazione. Ai sensi dell'art. 10, comma 2, l'avviso di gara contiene le seguenti indicazioni:

Si configura, in tale caso, una sorta di *“invito a presentarsi virtualmente in un determinato momento sul sistema”*, al fine di formulare telematicamente l’offerta.

L’invito è trasmesso ai soggetti abilitati almeno dieci giorni prima dell’inizio delle procedure di gara.

La quarta, ed ultima, fase della procedura telematica di acquisto consisteva nello svolgimento della gara tramite procedure informatiche.

In realtà, sul punto, il regolamento non dettava disposizioni dettagliate limitandosi a prevedere, in generale, che il sistema, finalizzato a digitalizzare le procedure di scelta del contraente, fosse realizzato con modalità che impedivano di operare variazioni sui documenti, le registrazioni di sistema e le altre rappresentazioni ed operazioni che hanno luogo nella procedura di gara³¹¹.

L’intera procedura telematica di acquisto era affidata al responsabile del procedimento designato dall’amministrazione procedente³¹², affiancato dal gestore del sistema, soggetto incaricato dall’amministrazione dei servizi di conduzione tecnica e delle applicazioni informatiche necessarie al funzionamento delle procedure telematiche di acquisto, nonché soggetto responsabile del trattamento dei dati personali³¹³.

a) la categoria di beni o di servizi e la classe che identifica i soggetti abilitati; b) le modalità di presentazione delle domande di abilitazione da parte dei soggetti non abilitati in precedenza, nonché il relativo termine per la presentazione che non può essere inferiore a quindici giorni dalla data di pubblicazione dell’avviso; c) la descrizione del sistema informatico di negoziazione che verrà utilizzato per procedere alla valutazione e alla classificazione delle offerte; d) i termini per la fornitura dei beni o l’esecuzione dei servizi, la qualità e la quantità dei beni e dei servizi, il luogo della consegna o dell’esecuzione, nonché di tutti gli altri elementi del contratto da concludere; e) i criteri valutativi con procedere all’aggiudicazione della gara; f) le eventuali garanzie aggiuntive che l’utente dovrà rilasciare preventivamente alla partecipazione alla gara; g) infine, l’individuazione del responsabile del procedimento se diverso da quello indicato nel bando di abilitazione.

³¹¹ Esse consistono nella presentazione delle offerte, nell’applicare il criterio di aggiudicazione precedentemente individuato, (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa), formulare da parte del sistema telematico di negoziazione la graduatoria delle offerte al termine delle operazioni e infine nell’aggiudicazione, inoltre, ai sensi dell’articolo 8, comma 4, del regolamento, *“nelle procedure di cui al presente decreto si fa luogo all’approvazione del contratto con strumenti telematici”*.

³¹² Il quale verificava la regolarità della procedura e dell’offerta, appone la propria firma, anche digitale, sul verbale delle operazioni prodotto automaticamente dal sistema, nonché sul verbale di aggiudicazione, convalidando i risultati del procedimento.

³¹³ CAMMAROTA G., *La disciplina dell’e-procurement* cit., in, www.amministrazioneincammino.it.

L'iter sequenziale della gara telematica mette in luce sia i vantaggi del ricorso a tale procedura sia le relative criticità.

Quanto ai vantaggi, appare evidente lo snellimento della procedura e la dematerializzazione documentale. In questo modo, si aveva l'opportunità di effettuare una gara trasparente in tutte le sue fasi; di non secondaria importanza poi l'apertura al mercato che ne conseguiva e la pubblicità degli atti incrementata dall'utilizzo delle tecnologie digitali.

Quanto alle criticità, invece, la gara telematica non può espletare al meglio la funzione per la quale era stata pensata in quanto era stata calata in una organizzazione ancorata al modello tradizionale di acquisizione di beni e servizi che ne ha ostacolato l'evoluzione³¹⁴.

Sarebbe stato maggiormente opportuno, a bene vedere, un intervento innovativo precedente sulle risorse materiali e strumentali a disposizione dell'amministrazione in grado di supportare il processo di cambiamento consentendo un migliore uso delle ICT ed attivando processi di formazione del personale attraverso la predisposizione di una precisa strategia di cambiamento e innovazione³¹⁵.

Le stesse modalità concrete di svolgimento della gara telematica risultano in contrasto con la *ratio* sottesa all'istituzione della gara telematica. Questa, infatti, era stata istituita non solo per ragioni economiche di contenimento della spesa pubblica ma altresì per conseguire uno snellimento delle tempistiche procedurali.

Quest'ultimo obiettivo, però, non può dirsi raggiunto considerati i tempi previsti dalla procedura telematica³¹⁶.

³¹⁴ COLACCINO D., *Gare telematiche* cit.

³¹⁵ EDLER J., GEORGHIOU L., *Public procurement and innovation*, cit, secondo cui lo strumento dell'appalto grazie alla sua idoneità a coordinare una pluralità di settori è in grado di produrre innovazione facilitando una politica di investimento fondamentale per rilanciare lo sviluppo di una Nazione. In particolare tale politica di innovazione è incentivata dal ricorso agli appalti precommerciali che trovano la loro origine nell'esigenza di coniugare il mondo della conoscenza con il mondo dell'innovazione al fine di aumentare la competitività tra le imprese.

³¹⁶ LELI A., *Gli effetti mancati del dpr 101/2002*, cit., Se analizziamo in particolare la tempistica relativa alle gare telematiche, la sommatoria dei tempi necessari alla predisposizione della gara, tenendo conto sia del periodo in cui deve essere pubblicato il bando di abilitazione alle gare telematiche (60 giorni), sia il periodo in cui viene pubblicato l'avviso di gara (30 giorni), considerando compresi in questo periodo i 10 giorni che devono intercorrere tra l'invito e la negoziazione, ammonta ad almeno 90 giorni. Chiaramente il sistema, se paragonato ai 52 giorni di pubblicazione di un pubblico incanto di valore europeo, non avrebbe ragion

Inoltre, la realizzazione pratica della gara ne ha messo in luce un ridotto risparmio economico, conseguibile in maniera cospicua solo con le gare indette successivamente alla prima.

Anche il meccanismo del bando di abilitazione alle gare telematiche, non ha permesso di raggiungere gli ambiziosi obiettivi che il legislatore si era prefissato, in quanto, un efficace ricorso alla gara telematica presupponeva, in effetti, seppur di massima, una pianificazione degli acquisti da parte dell'amministrazione, risultante spesso, di difficile attuazione nella pratica.

Questi profili di criticità hanno spinto alcune regioni³¹⁷ a semplificare ulteriormente il meccanismo delle gare telematiche, recependo solo parzialmente il d.P.R. n. 101 e modificandolo in fase di definizione dei propri regolamenti e/o leggi regionali.

L'altro strumento disciplinato in maniera espresa nel regolamento del 2002 è il mercato elettronico il quale, secondo la definizione legislativa consisteva e consiste in una procedura di scelta del contraente attuata in via elettronica e telematica³¹⁸.

d'essere, alla luce dell'obiettivo di semplificazione e di snellimento del procedimento amministrativo.

³¹⁷ (Regione Piemonte e Regione Toscana ad esempio) Il Piemonte ad esempio permette a sé stessa e alle Amministrazioni piemontesi di collassare concettualmente il bando di abilitazione e l'avviso di gara, riportando la gara telematica ad un evento singolo, in cui da subito vengono comunicate al fornitore le caratteristiche dei beni o dei servizi nonché le modalità di esperimento della gara stessa. Non vengono disciplinati termini di pubblicazione diversi rispetto a quelli già vigenti per l'Amministrazione (regionali, nazionali o comunitari a seconda del valore economico dell'appalto), in [www. Consip.it](http://www.Consip.it).

³¹⁸ Art. 328 Mercato elettronico 1. Fatti salvi i casi di ricorso obbligatorio al mercato elettronico previsti dalle norme in vigore, ai sensi dell'articolo 85, comma 13, del codice, la stazione appaltante può stabilire di procedere all'acquisto di beni e servizi attraverso il mercato elettronico realizzato dalla medesima stazione appaltante ovvero attraverso il mercato elettronico della Pubblica Amministrazione realizzato dal Ministero dell'economia e delle finanze sulle proprie infrastrutture tecnologiche avvalendosi di Consip S.p.A. ovvero attraverso il mercato elettronico realizzato dalle centrali di committenza di riferimento di cui all'articolo 33 del codice. 2. Il mercato elettronico consente acquisti telematici basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via elettronica e telematica, nel rispetto delle disposizioni e dei principi organizzativi di seguito indicati. Le procedure telematiche di acquisto mediante il mercato elettronico vengono adottate e utilizzate dalle stazioni appaltanti nel rispetto dei principi di trasparenza e semplificazione delle procedure, di parità di trattamento e non discriminazione. 3. Le stazioni appaltanti abilitano al mercato elettronico i fornitori di beni e i prestatori di servizi tramite uno o più bandi aperti per tutta la durata del mercato elettronico a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i requisiti di abilitazione. I bandi di abilitazione sono pubblicati in conformità della disciplina applicabile per le procedure sotto soglia di cui all'articolo 124, comma 5, del codice e indicano l'indirizzo del sito informatico presso il quale è possibile consultare la documentazione della procedura direttamente e senza oneri. Il bando di abilitazione al

Si tratta di uno strumento di *Business to Government* dinamico, nel quale i prodotti e servizi sono presentati in cataloghi strutturati e descritti nel rispetto di formati standard.

Gli acquirenti sono le amministrazioni che possono effettuare, a seguito di una ricerca e di un confronto tra prodotti, acquisti tramite ordini direttamente dal catalogo e richieste di preventivi. L'utilizzo del sistema, come sancito dal Legislatore, deve essere effettuato nel rispetto dei principi di trasparenza e di non discriminazione e, alla luce di tali principi, la disciplina di riferimento prevede che i soggetti interessati si possano iscrivere al mercato elettronico attraverso un apposito bando di abilitazione e che possano predisporre il proprio catalogo a disposizione delle amministrazioni.

mercato elettronico contiene, tra l'altro: a) le categorie merceologiche che per settori di prodotti e servizi in cui è organizzato il mercato elettronico; b) le specifiche tecniche, costruttive e di qualità dei beni, nonché i livelli dei servizi che devono possedere i beni e servizi offerti dai fornitori abilitati; c) le modalità ed i requisiti, soggettivi ed oggettivi, necessari per le domande di abilitazione ed i principi di valutazione delle stesse, nonché l'indicazione delle eventuali procedure automatiche per la loro valutazione; d) la durata dell'abilitazione dei fornitori a partecipare al mercato elettronico; e) l'indicazione del sito informatico nel quale sono rese disponibili al pubblico ulteriori informazioni, con particolare riferimento ai mezzi telematici disponibili per la presentazione delle domande di abilitazione; agli strumenti informatici e telematici messi a disposizione degli utenti per la pubblicazione dei cataloghi e l'invio delle offerte; alle informazioni sul funzionamento del mercato elettronico; alle fattispecie di sospensione ed esclusione del singolo fornitore; alle modalità ed ai criteri per la dimostrazione da parte degli offerenti del possesso dei requisiti soggettivi ed oggettivi e la loro permanenza. 4. Avvalendosi del mercato elettronico le stazioni appaltanti possono effettuare acquisti di beni e servizi sotto soglia: a) attraverso un confronto concorrenziale delle offerte pubblicate all'interno del mercato elettronico o delle offerte ricevute sulla base di una richiesta di offerta rivolta ai fornitori abilitati; b) in applicazione delle procedure di acquisto in economia di cui al capo II. Nel caso di richiesta di offerta di cui alla lettera a), la stazione appaltante fissa un termine sufficiente per la presentazione delle offerte, tenuto conto dei principi generali stabiliti all'articolo 70, comma 1, del codice. 5. Nel caso siano consultati più fornitori abilitati, il sistema informatico di negoziazione del mercato elettronico provvede a predisporre automaticamente una graduatoria sulla base dei criteri scelti dalla stazione appaltante tra le opzioni proposte dal sistema stesso. Il contratto è stipulato per scrittura privata, che può consistere anche nello scambio dei documenti di offerta e accettazione firmati digitalmente dal fornitore e dalla stazione appaltante. La stazione appaltante procede nei confronti dell'esecutore alle verifiche circa il possesso dei requisiti previsti e della cauzione definitiva di cui all'articolo 113, del codice, e, nel caso siano stati consultati fornitori abilitati, a rendere noto ai controinteressati l'esito della procedura. 6. Gli acquisti effettuati attraverso il mercato elettronico sono realizzati seguendo i principi di sicurezza previsti dalle disposizioni in materia di trattamento dei dati personali di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196, e successive modificazioni, nonché secondo le disposizioni di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, e nel rispetto dell'articolo 77, commi 5 e 6, del codice. 7. Si applicano le disposizioni di cui agli articoli 289, 290, 293 e 294.

Proprio nel procedimento di abilitazione, predisposto e reso pubblico dalla Stazione appaltante, si può individuare una delle principali differenze con la gara telematica. L'abilitazione, infatti, nel mercato elettronico, è sufficiente affinché l'amministrazione possa acquistare il prodotto dal catalogo del fornitore; nella gara telematica, invece, l'abilitazione doveva essere seguita da una gara contenente, di volta in volta, le specifiche tecniche relative all'oggetto dell'appalto³¹⁹.

Pertanto, solo nella gara telematica era prevista una procedura di comparazione tra offerte alternative, nel mercato elettronico è consentito solo eventualmente di richiedere agli utenti abilitati ulteriori offerte, nell'ambito delle opzioni proposte dal sistema.

Diverse criticità sono emerse in relazione al mercato elettronico riguardanti tanto la natura dello strumento quanto l'interpretazione stessa del concetto di abilitazione.

Quanto al primo profilo, deve preliminarmente rilevarsi che la procedura di acquisto sul mercato elettronico è una procedura di affidamento di forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria.

Essa, quindi, è soggetta alla disciplina del Codice dei contratti.

Inoltre, trattandosi di una procedura di scelta del contraente, costituisce un procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241/90 che trova applicazione in via suppletiva³²⁰.

La disciplina prevista dal Legislatore contenuta nell'art. 328 del d.P.R. n. 207/2010³²¹ si limita a disciplinare al fase di abilitazione, prevedendo il contenuto minimo del bando ed alcune fasi della procedura di affidamento operando, per il resto, il rinvio ad altre norme.

In considerazione della particolare funzione di Centrale di Committenza Nazionale affidatale dal Legislatore, va evidenziato che le Regole operative inerenti il mercato Elettronico (MEPA), sono state fissate, principalmente, dalla Consip: esse sono le *“Regole del Sistema di e-procurement della Pubblica Amministrazione”*.

³¹⁹ LELI A., *Gli effetti mancati del dpr. 101/2002*, cit.

³²⁰ MASSARI A., USAI S., *Il mercato elettronico cit.*, p. 299.

³²¹ In attuazione delle Direttive 18/2004 CEE nel Regolamento di attuazione del codice dei contratti scompare la distinzione tra gara telematica e mercato elettronico. Pertanto, dall'8 giugno 2011, non è più possibile bandire procedure mediante Gara telematica.

Proprio con riferimento alle soluzioni adottate dalla Consip, sono emerse nuove criticità³²² in relazione a tale strumento informatico.

La Consip, infatti, ha scelto l'abilitazione cosiddetta "di fornitori e prodotti" per il proprio Mercato Elettronico, ritenendo quest'ultima la soluzione più idonea in funzione dell'uso e delle finalità ad esso sottese³²³.

In tale caso, l'abilitazione dell'utente costituisce un procedimento complesso, nell'ambito del quale non soltanto si richiede al fornitore la dimostrazione di possedere una serie di requisiti stabiliti dal bando, ma in cui l'Amministrazione è

³²² La prima impressione avuta, a seguito di un'attenta e approfondita lettura del Decreto, fu che lo stesso fosse stato emanato ad uso della sola Consip, pur non citandola in modo diretto. L'articolo 11, che disciplina l'utilizzo del mercato elettronico, in particolare, evidenzia, infatti, come "il Ministero dell'economia e delle finanze e il Dipartimento per l'innovazione e le tecnologie della Presidenza del Consiglio dei ministri, anche avvalendosi di proprie strutture e concessionarie, predispongono gli strumenti elettronici e telematici necessari alla realizzazione di un mercato elettronico della Pubblica Amministrazione, e curano l'esecuzione, anche attraverso l'affidamento a terzi, di tutti i servizi informatici, telematici, logistici e di consulenza necessari alla compiuta realizzazione del mercato stesso". Consip stessa, tra l'altro, fra il 2002 e il 2003, riteneva che fosse l'unica detentrica della possibilità di utilizzare strumenti telematici: nelle loro prime presentazioni alle Amministrazioni locali, il messaggio forte era "Consip come gestore delle convenzioni a livello nazionale e gestore del mercato della Pubblica Amministrazione MEPA". In quel periodo venne inoltre, con l'articolo 24 della Finanziaria 2003, dato forte impulso al ruolo della Consip e alle convenzioni da quest'ultima stipulate. Anche la stessa Consip, d'altra parte, faceva fatica ad interpretare il D.P.R. 101 in certi suoi passaggi, forse anche perché da tale interpretazione dovevano seguire specifiche funzionali ben definite per il fornitore della tecnologia (selezionato tramite gara ad evidenza pubblica), in modo tale che potessero essere messi a disposizione sistemi informativi già nativamente aderenti alla normativa vigente. L'approccio di Consip, probabilmente anche visto il ruolo, è stato quello di applicare letteralmente il DPR e, nelle zone d'ombra soggette ad interpretazione, applicare nel modo più restrittivo possibile la normativa vigente in materia di appalti. Parallela a questa visione della Consip, tuttavia, diverse realtà territoriali interpretavano il d.P.R. n. 101/02 come un'opportunità sia per utilizzare i nuovi strumenti telematici, sia per affrancarsi, in qualche modo, dall'obbligatorietà delle convenzioni nazionali. Nell'interpretazione del Decreto, le Pubbliche Amministrazioni territoriali, visto anche che "le regioni, le province, le città metropolitane, i comuni e le comunità montane possono applicare le disposizioni del presente regolamento se così dispongano nell'ambito della propria autonomia" e, hanno cercato, nei limiti della normativa, di semplificare ulteriormente le procedure d'acquisto con metodi telematici, con l'obiettivo di aumentare il recupero d'efficienza intrinseco nell'utilizzo di strumenti telematici.

³²³ L'opportunità di tale abilitazione discende da una espressa previsione che richiede di indicare all'interno del Bando di abilitazione "le specifiche tecniche, costruttive e di qualità dei beni, nonché i livelli dei servizi cui raffrontare i beni e servizi offerti ai fini dell'abilitazione dei fornitori"; la preventiva verifica di conformità dei beni e dei servizi offerti nel Mercato Elettronico alle specifiche ed ai requisiti stabiliti dal Capitolato Tecnico potrebbe essere opportuna in funzione della procedura di acquisto mediante ordine diretto, nella quale le Amministrazioni acquistano direttamente dai cataloghi dei fornitori abilitati, in www.formez.it.

obbligata a svolgere una complessa attività di analisi e verifica delle specifiche tecniche e dei requisiti tecnici e di qualità dei prodotti offerti dai fornitori medesimi ai fini dell'abilitazione.

Tale interpretazione costringe l'amministrazione a dotarsi di una struttura operativa che verifichi tutti i prodotti che i fornitori inseriscono a catalogo. Tuttavia, preso atto che i meccanismi di mercato elettronico, che prevedono un impegno iniziale di predisposizione dei cataloghi a fronte di uno snellimento successivo delle procedure d'acquisto, sopravvivono solo ed esclusivamente se il volano del catalogo è tale da coprire i costi fissi di gestione del medesimo con i vantaggi, variabili, ottenibili in fase di ordinativo, la creazione di unità operative che crescono (in termini di risorse necessarie) in modo direttamente proporzionale rispetto al numero di articoli non può certamente essere un fattore abilitante al successo dell'iniziativa³²⁴.

Il mercato elettronico come sopra delineato incontra il *favor* del Legislatore comunitario, che pur non disciplinando tale strumento in maniera espressa, vede positivamente l'adozione di strumenti elettronici nelle procedure di acquisto.

A conferma di quanto sopra, la direttiva 18/2004 ha istituito lo strumento dell'asta elettronica e del sistema dinamico di acquisizione.

Il recepimento della direttiva 18, infatti, ha costituito l'occasione per tentare di organizzare in maniera uniforme il sistema di acquisti di beni e servizi alla luce di nuove tecnologie e consente di effettuare un raffronto tra gli strumenti di *e-procurement* presenti nell'allora panorama legislativo italiano e gli strumenti nuovi introdotti da Legislatore comunitario.

Gli strumenti delineati dal d.P.R. n. 201/2002 non trovano una precisa collocazione negli istituti delineanti dalla normativa europea ma ne richiamano alcuni tratti salienti.

³²⁴ Alcune Pubbliche Amministrazioni territoriali (Regione Piemonte, Regione Toscana, Comune di Firenze) hanno inteso l'abilitazione legata sì al fornitore (con riferimento ai requisiti d'ammissione espressi nel bando), sì alla categoria merceologica oggetto del bando stesso a cui il fornitore chiede di abilitarsi ma non al singolo articolo. Per semplificare, il fornitore X è abilitato a proporre tutti gli articoli della categoria Y che lui ritiene di voler rendere disponibili. I prodotti dovranno far riferimento ai requisiti del bando solamente come requisiti minimi. In tal modo si alleggeriscono le attività di predisposizione dei cataloghi elettronici a favore delle attività di supporto agli Enti in fase di utilizzo (per il processo di acquisto) del sistema telematico, in www.formez.it.

In particolare, il Sistema Dinamico di Acquisizione presenta alcune affinità con la gara telematica: entrambe sono procedure telematiche di scelta del contraente; tuttavia, il primo fa riferimento ad acquisti di natura corrente, mentre la seconda non evidenziava limitazioni in tal senso.

Paragonando invece il Sistema Dinamico di Acquisizione con il Mercato Elettronico, il primo potrebbe assomigliare ad un mercato in cui non è consentito l'ordine diretto ma solamente l'utilizzo di richieste di preventivo a tutti i fornitori abilitati.

Solo con l'adozione del regolamento n. 207 del 2010 il Legislatore italiano ha conferito una maggiore uniformità alla materia eliminando la locuzione "gara telematica" a favore di un "sistema interamente gestito con modalità telematiche" disciplinato dagli artt. 295 e 296 del d.P.R. n. 207/2010³²⁵.

Le predette disposizioni vanno lette ed interpretate congiuntamente all'art 85 comma 13 del D.lgs. n. 163/2006 il quale contiene la disciplina dell'asta elettronica, della disciplina del mercato elettronico e soprattutto alla luce dei principi generali sottesi alla digitalizzazione della Pubblica Amministrazione³²⁶.

Le norme del regolamento, infatti, dettano la disciplina delle procedure interamente gestite con sistemi telematici, ossia delle procedure di scelta del contraente che possono essere adottate dalle stazioni appaltanti per l'acquisto di beni e servizi (non lavori) nel caso in cui le specifiche dell'appalto possano essere fissate in maniera precisa e la valutazione delle offerte rispondenti alle specifiche definite nel bando di gara sia effettuabile automaticamente da un mezzo elettronico, sulla base di elementi quantificabili in modo tale da essere espressi in cifre o percentuali.

L'ambito oggettivo di applicazione, quindi, consente di estendere l'applicazione della norma anche alle centrali di committenza regionali o ai sistemi presenti nelle amministrazioni locali.

Nel passaggio dal d.P.R. n. 101 al d.P.R. n. 207, il Legislatore ha inteso quindi disciplinare l'intero sistema telematico di acquisto, regolamentandolo e prevedendo l'applicazione di una pluralità di norme prima escluse, quali ad esempio l'art. 289 (sistema informatico di negoziazione), l'art 290 (gestore del sistema informatico),

³²⁵ FIORENTINO L., *Lo stato compratore*, p. 216-217.

³²⁶ MASUCCI A., *Le aste elettroniche e la modernizzazione delle procedure di aggiudicazione*, op. cit.; GAROFOLI R., FERRARI G., *Il nuovo regolamento appalti pubblici*, 2011, p. 1291 ss.

l'art. 293 (individuazione offerte anomale) e l'art. 294 (condizioni e modalità dell'esercizio del diritto di accesso).

Ciò che emerge dalla ricognizione di tale quadro normativo, tuttavia, non rappresenta, in ogni sua fase un sistema digitale per l'espletamento della procedura ad evidenza pubblica ma risulta, piuttosto, un sistema regolamentato in maniera frammentaria. Ciò può essere desunto dalla lettura dell'art. 295 che descrive gli elementi che devono essere contenuti nel bando³²⁷.

L'analisi delle norme, ad ogni modo, mette in evidenza i vantaggi conseguenti all'adozione di un sistema gestito interamente con modalità telematiche. Attraverso la sua adozione, infatti, viene digitalizzata la presentazione dell'offerta e automatizzata la modalità di presentazione e classificazione delle stesse secondo

³²⁷ MASSARI A., USAI S., *Il mercato elettronico* cit., p., 299, Il bando deve contenere l'indicazione che la procedura di gara viene svolta in ogni sua fase fino all'aggiudicazione attraverso mezzi telematici; l'indicazione degli atti di gara in cui è descritto il sistema telematico di gestione della gara e di negoziazione che sarà utilizzato; la descrizione delle condizioni e delle modalità di presentazione delle offerte, compresa l'indicazione dei dispositivi elettronici idonei al collegamento in rete da utilizzare per lo svolgimento e la partecipazione alla procedura di gara, per la produzione di documenti non disponibili in formato elettronico si applica il 77; la descrizione delle condizioni e modalità relative alla valutazione e alla classificazione delle offerte; l'indirizzo di posta elettronica dell'amministrazione; la possibilità di sospendere la procedura a seguito di anomalie segnalate dal sistema telematico; l'indicazione dei mezzi di comunicazione alternativi al sistema telematico o alla posta certificata, da utilizzare per eventuali comunicazioni da inviare nel corso della procedura nei casi di indisponibilità oggettiva e momentanea degli stessi o delle modalità per la presentazione delle offerte in caso di indisponibilità prolungata del sistema telematico; h) i parametri e le formule utilizzati dal sistema per produrre la graduatoria delle offerte con particolare riguardo, nel caso di procedimento con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alle metodologie ed agli specifici parametri utilizzati per permetterne la valutazione. La fase di partecipazione al sistema richiede da parte di colui che vi partecipa il possesso di un codice identificativo fornito dalla amministrazione consistente in *User Id* e *password*, l'aggiudicazione della procedura può avvenire sia con l'asta elettronica che in un'unica offerta. Nel caso in cui la procedura si svolga con la presentazione di un'unica offerta, ciascun concorrente presenta un'offerta e al momento della ricezione la stazione appaltante trasmette, in via elettronica a ciascun concorrente il corretto recepimento dell'offerta. Scaduto il termine di ricezione delle offerte, al fine di escludere coloro che sono privi dei requisiti richiesti l'amministrazione, tramite il dispositivo elettronico sorteggia con meccanismo casuale automatico un numero di offerenti non inferiore al 10% delle offerte presentate, ai quali la stazione appaltante richiederà di comprovare entro il termine stabilito il possesso dei requisiti di capacità tecnica organizzativa ed economica finanziaria. Effettuato il controllo dei requisiti l'amministrazione esamina le dichiarazioni e la documentazione attestante il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura e successivamente l'eventuale offerta tecnica e da ultimo l'offerta economica. Al termine di tali valutazioni il sistema telematico produce in automatico la graduatoria. Se al contrario ai fini dell'aggiudicazione si preferisce utilizzare l'asta elettronica, saranno applicate le regole previste dall'art. 85 del D.lgs. e dell'art. 288 291 e 292.

metodologie e criteri predefiniti. Vengono altresì individuate eventuali anomalie nelle procedure e nelle offerte economiche e viene prodotto automaticamente il verbale delle operazioni di negoziazione.

Anche le variazioni sui documenti e sulle operazioni diventano attività difficilmente eseguibili, in tal modo incentivando la trasparenza, la pubblicità ed evitando ipotesi di corruzione³²⁸.

Un'analisi più approfondita induce, però, ad interrogarsi sulla natura del sistema chiedendosi se quest'ultimo, interamente gestito con modalità informatiche, possa consistere in una digitalizzazione del procedimento ad evidenza pubblica in senso tecnico, o non si tratti, piuttosto di un sub procedimento all'interno dello stesso.

L'art. 11 del Codice dei contratti pubblici elenca, infatti, le fasi del procedimento di acquisizione che devono essere presenti affinché non si incorra in ipotesi di violazione di legge. Pertanto, la regolamentazione del sistema informatico non racchiude tutte le fasi del procedimento ex art. 11 ma si limita ad occuparsi soltanto di una parte di esso riguardante l'acquisizione finale.

Nonostante, pertanto, si sia in presenza di un sistema informatizzato che consente anche l'automazione della decisione attraverso la predisposizione automatica della graduatoria, il problema della digitalizzazione dell'intera procedura rimane ancora aperto e privo di una soluzione legislativa espressa in un unico testo normativo.

6. Le criticità legate alla digitalizzazione delle diverse fasi della procedura ad evidenza pubblica: una questione ancora irrisolta.

Le ragioni connesse al contenimento della spesa pubblica, che hanno orientato l'attività normativa e amministrativa soprattutto negli ultimi anni, sono state estese in particolare alle procedure di acquisizione di beni e servizi da parte della pubblica Amministrazione.

Ed, infatti, la *ratio* sottesa alle modifiche legislative può essere individuata in larga parte nella necessità di una semplificazione dell'attività amministrativa con l'obiettivo di perseguire un risparmio economico realizzando quella "*rivoluzione*" da

³²⁸ CAFAGNO M., *Lo Stato Banditore*, 2006, p. 169.

tempo auspicata nelle pubbliche amministrazioni che determinerebbe una maggiore efficienza cui informare l'intera attività³²⁹.

La necessità di esaminare l'incidenza delle tecnologie digitali nell'acquisto di beni e servizi risulta fondamentale all'interno del complesso apparato amministrativo, tanto nell'ottica di una sua modernizzazione quanto in quella del conseguimento di una maggiore qualità del servizio offerto alla collettività³³⁰.

Gli appalti, come si è avuto modo di evidenziare più volte, costituiscono lo strumento privilegiato attraverso cui perseguire questa molteplicità di obiettivi.

Pertanto, al di fuori delle fasi di acquisizione disciplinate dal Mepa e dalle convenzioni il problema si pone in relazione alle restanti fasi dell'intera procedura.

A ben vedere, le modalità di centralizzazione degli acquisti, istituite per conseguire un maggiore risparmio economico e incentivare la qualità del servizio, non possono essere definite come un autonomo procedimento di scelta del contraente.

Ulteriore problema legato all'applicazione delle tecnologie ICT al procedimento ad evidenza pubblica si pone, in limitata parte, relativamente all'automazione della valutazione delle offerte in particolare negli appalti di lavori.

Ci si domanda, quindi, in che modo la Pubblica Amministrazione possa realizzare un procedimento di gara totalmente digitalizzato.

Il problema può essere studiato proprio in relazione alla *ratio* sottesa alle riforme soprattutto del 2012, verificando se i fattori economici possano divenire l'elemento trainante verso un maggiore ricorso alle tecniche digitali nell'evidenza pubblica.

In questo modo la procedura di acquisizione sarebbe regolamentata dall'utilizzo congiunto di strumenti giuridici e tecnici in grado di contemperare il fattore temporale, economico e burocratico ed innovare, così, l'intera attività amministrativa. Resterebbero fuori dall'applicazione degli strumenti telematici le

³²⁹ CROOM S., JONES A. B., *Impact of e-procurement: Experiences*, p. 295.

³³⁰ BASSI, M. GRECO, A. MASSARI, *Gli appalti pubblici dopo i decreti Spending review e Crescita*, 2012, p. 25. Il documento di Economia e Finanza 2012 indica l'esercizio di attività di analisi e revisione della spesa quale strategia di medio termine della politica economica, volta a ridurre il complesso della spesa pubblica, in particolare di quella corrente, favorendo al contempo una maggiore qualità della stessa in settori chiave e una allocazione più efficiente delle risorse. Nello stesso senso CROOM S., JONES A. B., *Impact of e-procurement: Experiences*, p. 295 il quale considera gli appalti elettronici come strumento in grado di produrre un impatto sulla natura del soggetto fornitore di beni e servizi e al tempo stesso sul governo rafforzando le relazioni di mercato migliorando la funzione degli acquisti all'interno delle amministrazioni e incidendo sulla struttura delle organizzazioni.

valutazioni discrezionali che per ovvie ragioni non possono rientrare in un'automazione della procedura, ma sarebbero comunque parte di un generale procedimento digitalizzato.

Proprio per raggiungere tale obiettivo si rende necessaria una comparazione tra gli strumenti predisposti dall'amministrazione digitale e il procedimento ad evidenza pubblica.

Alla luce di quanto si è sostenuto in precedenza, pertanto, non soltanto le procedure residuali, non rientranti nel mercato elettronico e nelle convenzioni, necessitano di essere digitalizzate, ma anche le fasi precedenti all'acquisto telematico in quanto fasi del procedimento ad evidenza pubblica. Si sostiene pertanto che ogni singola fase necessiti di essere integrata con gli strumenti digitali e che questi trovino in esse una effettiva applicazione per rendere effettivi i principi generali sia dell'attività amministrativa sia dell'attività amministrativa informatizzata al fine di ottemperare ad una esigenza legata all'evoluzione economico e sociale del Paese.

L'analisi in ordine alla digitalizzazione delle diverse fasi della procedura tradizionale ed all'applicazione ad essa degli strumenti presenti nel CAD procede attraverso l'individuazione di alcune fasi fondamentali della procedura ad evidenza pubblica nelle quali il ricorso agli strumenti telematici può essere ritenuto fondamentale per addivenire ad una digitalizzazione del procedimento e in cui le ICT hanno presentato punti di discussione e criticità spesso legate ad un intervento poco chiaro del Legislatore.

Secondo quanto disposto dall'art. 11 del D. lgs. n. 163/2006³³¹ la Pubblica Amministrazione adotta la determina a contrarre: essa rappresenta l'atto con cui l'amministrazione manifesta la volontà di stipulare un contratto e costituisce la fase preliminare della procedura. Essa deve essere richiamata nel successivo bando di gara.

Anche ai fini della digitalizzazione del procedimento occorre mettere in evidenza come l'atto preliminare della procedura dia inizio al procedimento d'ufficio, pertanto nella determina a contrarre potrà essere individuato il primo atto di natura

³³¹ Per gli enti locali, la determinazione a contrarre è disciplinata dall'articolo 192 del Testo Unico degli Enti locali di cui al decreto legislativo n. 267/2000 che stabilisce il contenuto minimo essenziale (la determina a contrarre era stata già disciplinata dalla legge n. 142/1990 dove si usava il termine di "*deliberazione*" a contrattare), in www.gazzettaufficiale.it.

programmatica, con efficacia interna da inserire nel fascicolo informatico. Questo potrebbe rappresentare, alla luce del significato attribuito al fascicolo informatico *ex art. 41 del CAD*, la chiave di svolta del procedimento ad evidenza pubblica digitalizzato.

Esso, infatti, potrebbe racchiudere tutti i documenti connessi con la procedura e consentirebbe ai diversi uffici della Stazione appaltante di potervi attingere in qualsiasi momento e contestualmente.

Malgrado si debba fare menzione nel bando della delibera a contrarre, tra i due atti emerge una significativa differenza: la determina a contrarre spiega effetti meramente interni all'amministrazione, mentre il bando è il primo atto della procedura che produce effetti nei confronti della collettività, instaurando un rapporto tra il privato e l'amministrazione che si consoliderà nel momento della presentazione delle offerte.

L'atto così formato andrà a comporre il fascicolo informatico e conterrà, secondo quanto previsto dall'art. 11 del D. lgs. n. 163/2006, gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte.

In sostanza, con tale atto devono essere individuati l'oggetto dell'appalto, il suo valore economico, la procedura di scelta del contraente, i requisiti di partecipazione, il criterio di aggiudicazione³³².

In sostanza, l'attuazione della determina a contrarre è rappresentata dal bando di gara. La digitalizzazione del bando, ma soprattutto la sua pubblicazione telematica, costituisce una problematica discussa in dottrina, soprattutto in relazione al valore giuridico da attribuire alla pubblicità *on line*.

³³² Dal combinato disposto dell'articolo 11 del decreto legislativo n. 163/2006 e dell'articolo 192 del T.U.E.L. n. 267/2000, deriva che la determinazione a contrarre deve obbligatoriamente indicare: a) il fine di pubblico interesse che con il contratto si intende perseguire; b) l'oggetto del contratto; c) il valore economico; d) la forma del contratto; e) le clausole ritenute essenziali; f) le modalità di scelta del contraente e le ragioni di tale scelta. Si precisa che la sua mancata adozione, in quanto atto amministrativo, la sua nullità o la presenza di un vizio di legittimità che la renda annullabile, determinando un vizio dell'iter procedimentale che riguarda la formazione della volontà contrattuale del soggetto pubblico, si riflette su tutti gli atti del procedimento di gara compreso il provvedimento di aggiudicazione ed il successivo contratto, invalido per effetto di un vizio derivato (secondo alcuni, di annullabilità, secondo altri, di nullità o di inesistenza), in www.gazzettaufficiale.it.

Inoltre la giurisprudenza, argomentando sulla pubblicità del bando di gara, ha spesso esteso la risoluzione delle questioni anche al collegato e più generale settore delle comunicazioni tra la Stazione appaltante ed i concorrenti nelle diverse fasi della procedura - prima fra tutte la modifica dei termini per la presentazione delle offerte - che soggiacciono alle stesse regole previste per la pubblicità del bando di gara³³³.

L'analisi del valore giuridico della pubblicazione *on line* del bando non è una questione priva di conseguenze pratiche soprattutto in relazione alla tutela esperibile nei confronti di coloro che affermano essere lesi dalle disposizioni del bando e quindi in relazione alla decorrenza dei termini processuali.

Il bando di gara, disciplinato dall'art. 64 e seguenti del D. lgs. n. 163/2006, rappresenta l'atto con il quale la Pubblica Amministrazione manifesta l'intenzione di aggiudicare un appalto e si attegga quale strumento di attuazione della determina a contrarre. In particolare, rileva il contenuto dei comma 7 e 8 dell'art. 66 riguardanti le sue modalità di pubblicazione³³⁴.

La norma prevede in maniera analitica e dettagliata la disciplina individuando gli effetti giuridici, tempi, durata e modalità di pubblicazione. Sintetizzando, può affermarsi che la disposizione citata prevede un regime obbligatorio di pubblicità molto ampio che ricomprende la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica, sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea, sul sito informatico del Ministero delle Infrastrutture, sul sito informatico dell'Osservatorio istituito presso

³³³ MORACA L., *Valore giuridico della pubblicazione on line dei bandi di gara negli appalti pubblici*, in *Giur. It.*, 2008, p. 12; si veda altresì il testo dell'art. 124 del D.lgs. n. 163/2006.

³³⁴ Art. 66 comma 7 del D. lgs. n. 163/2006, "Gli avvisi e i bandi sono altresì pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana serie speciale relativa ai contratti pubblici, sul «profilo di committente» della stazione appaltante, e, non oltre due giorni lavorativi dopo, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, n. 20, e sul sito informatico presso l'Osservatorio, con l'indicazione degli estremi di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. Gli avvisi e i bandi sono altresì pubblicati, dopo dodici giorni dalla trasmissione alla Commissione, ovvero dopo cinque giorni da detta trasmissione in caso di procedure urgenti di cui all'articolo 70, comma 11, 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. La pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana viene effettuata entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell'Ufficio inserzioni dell'Istituto poligrafico e zecca dello Stato." (comma così modificato dall'art. 3 del d.lgs. n. 6 del 2007; per la cessazione degli obblighi delle pubblicazioni cartacee si veda l'art. 32 della legge n. 69 del 2009). Gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.

l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici³³⁵ e sui quotidiani (pubblicità cosiddetta “obbligatoria”) ma riconnette alla sola pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale effetti legali³³⁶.

Dal che, *a contrario*, pare potersi desumere che le altre forme di pubblicazione, pur doverose, perseguono una mera finalità di divulgazione della notizia.

La norma prevede diverse modalità di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, una cartacea e una telematica nei siti delle amministrazioni coinvolte.

Pertanto, appare opportuno operare un raffronto tra le diverse norme coinvolte, anche alla luce di alcune pronunce giurisprudenziali in merito al valore da attribuire alla pubblicazione telematica.

Il problema può essere ricondotto alla più generale questione relativa al valore giuridico da attribuire agli atti telematici affrontato dal Legislatore a partire dagli novanta, nei quali si è dato avvio al processo di dematerializzazione nel tentativo di operare un radicale sostituzione del documento cartaceo³³⁷.

³³⁵ Oggi, l’ANAC.

³³⁶ Per completezza si segnalano due disposizioni contenute nel d.lgs. n. 163 del 2006: l’articolo 66, comma 15 che consente ulteriori forme di pubblicità e l’articolo 255, in virtù della quale ogni modifica, o abrogazione di disposizioni del codice dei contratti dovrebbe avvenire mediante esplicita modificazione delle disposizioni ivi contenute (cosiddetta clausola di “rinforzo”).

³³⁷ MONARCA L., *Valore giuridico della pubblicazione, op. cit.* Volendo ricostruire sinteticamente il quadro normativo, tra le prime norme d’interesse vi è sicuramente il D.Lgs. n. 39/1993, che ha posto le basi per la nascita della RUPA (Rete Unitaria Pubblica Amministrazione), ha istituito l’Autorità per l’Informatica (AIPA, poi CNIPA, poi DigitPA, ora AGID) e previsto che le pubbliche amministrazioni potessero elaborare elettronicamente i propri atti. L’art. 3, D. Lgs. n. 39/1993 prevede l’istituto del c.d. *atto amministrativo informatico*. Successivamente, la L. 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. legge Bassanini) ha riconosciuto il valore giuridico del documento informatico e dell’atto amministrativo elettronico, adottando una disciplina che è poi confluita nel Testo Unico sulla Documentazione Amministrativa (TUDA). È, infatti, l’art. 9 del predetto Testo unico ad affermare che gli atti amministrativi informatici “*costituiscono informazione primaria ed originale*”, sancendo il principio di piena equiparazione, sul piano giuridico, tra atti amministrativi cartacei e atti amministrativi elettronici. Tuttavia, la svolta legislativa si è verificata con l’entrata in vigore del “*Codice dell’amministrazione digitale*” (CAD), il quale, raccogliendo in modo organico e con intenti programmatici l’ormai ingente produzione normativa in materia, ha riscritto alcuni istituti fondamentali del procedimento amministrativo, tenendo in considerazione le potenzialità offerte dai nuovi strumenti informatici e telematici. Tra l’altro, il Codice ribadisce l’importanza del documento informatico (art. 20 e segg.), prevedendone la rilevanza a tutti gli effetti di legge e precisando che, qualora sia sottoscritto con firma digitale o altro tipo di firma elettronica qualificata, il documento fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza della dichiarazione da chi l’ha sottoscritto. Sul punto si veda anche DUNI G., *La teleamministrazione*, in *www. astrid.it*.

La legge 24 novembre 2000, n. 340, "Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione 1999", testo poi abrogato dal Codice dei contratti, ha consentito alla dottrina e alla giurisprudenza di potersi esprimere sulla portata applicativa dell'art. 24³³⁸.

La questione affrontata a suo tempo era tutt'altro che secondaria in quanto incideva sul regime legale degli adempimenti comunicativi in tema di procedure ad evidenza pubblica.

La norma aveva un forte impatto rivoluzionario in quanto istituiva la sostituzione delle tradizionali modalità di comunicazione cartacee per far luogo a forme di pubblicità unicamente telematiche già a partire dal 2001.

In realtà, a far data dal 1° gennaio 2001, le stazioni appaltanti avrebbero dovuto pubblicare tutti gli atti di indizione delle procedure selettive su un sito da individuare con un emanando decreto del Presidente del Consiglio dei ministri.

Relativamente ai soli appalti sotto soglia comunitaria, a partire dal 1° luglio 2001, tale forma di pubblicità, eccezion fatta per gli obblighi di comunicazione su giornali

³³⁸ Art. 24. (Gare informatiche e supporto ai programmi informatici delle pubbliche amministrazioni) "1. A decorrere dal 1° gennaio 2001, le amministrazioni pubbliche sono tenute a pubblicare tutti i bandi e gli avvisi di gara su uno o più siti informatici individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, che stabilisce altresì le necessarie modalità applicative. 2. A decorrere dal 30 giugno 2001 gli obblighi di cui al comma 1 sono estesi alle società concessionarie di lavori e servizi pubblici, alle società, alle aziende speciali e ai consorzi che gestiscono servizi pubblici, nonché agli altri soggetti obbligati ad osservare la normativa nazionale e comunitaria sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici. 3. A decorrere da 1° luglio 2001 la pubblicazione di cui al comma 1, limitatamente ai bandi ed avvisi di gara di importo inferiore a quello di applicazione della disciplina comunitaria, sostituisce ogni altra forma di pubblicazione prevista da norme di legge o di regolamento, fatta salva la normativa di origine comunitaria e fatti salvi gli obblighi di pubblicazione sui giornali quotidiani o periodici previsti dalle leggi vigenti. 4. Con uno o più regolamenti emanati ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono definite le procedure di scelta del contraente e le modalità di utilizzazione degli strumenti informatici che le pubbliche amministrazioni possono utilizzare ai fini dell'acquisizione in via elettronica ed informatica di beni e servizi. 5. I regolamenti assicurano la parità di condizioni dei partecipanti, la segretezza, ove necessaria, la trasparenza e la semplificazione delle procedure, comprese quelle relative alle modalità di collaudo e pagamento, nonché la completezza delle offerte. 6. Per la definizione e attuazione dei programmi di informatizzazione delle pubbliche amministrazioni, ivi compresa l'assistenza ai soggetti che utilizzano la rete unitaria della Pubblica Amministrazione, il Governo si avvale del Centro tecnico di cui al comma 19 dell'articolo 17 della legge 15 maggio 1997, n. 127, che è collocato presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, in posizione di autonomia amministrativa e funzionale, ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 303. Sono soppressi i primi due periodi del medesimo comma 19 dell'articolo 17 della legge n. 127 del 1997. 7. Le spese relative al servizio informatico di cui al presente articolo sono ricomprese negli ordinari stanziamenti di bilancio. 8. Restano ferme le competenze delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e di Bolzano ai sensi dei rispettivi statuti e delle relative norme di attuazione".

e periodici, avrebbe dovuto essere considerata sostitutiva di ogni altro adempimento comunicativo. Tuttavia la portata precettiva della norma è stata ostacolata dalla mancata emanazione del provvedimento del Consiglio dei ministri che non ha individuato la disciplina di dettaglio³³⁹, che invece avrebbe potuto consentire l'individuazione di disposizioni sufficientemente precise e dettagliate. Tali caratteristiche, come ha affermato la giurisprudenza, non si rinvencono nell'art. 24 che possiede un tale grado di indeterminatezza da non poter essere applicato in assenza del decreto ministeriale di individuazione dei siti informatici.

La necessità di individuare una disciplina di dettaglio sufficientemente precisa, d'altronde, risponde all'esigenza di perseguire l'efficacia conoscitiva insita nella comunicazione che deve essere idonea a garantire la percettibilità delle notizie veicolate e la fruibilità delle stesse³⁴⁰.

Questo in ragione del fatto che i principi sottesi alla comunicazione cartacea e alle sue forme di conoscibilità devono potersi estendere anche alle comunicazioni tramite Internet.

La comunicazione tramite Internet, allo stesso modo di quella cartacea, per poter essere efficace deve essere svolta secondo determinate regole, conosciute dagli operatori del settore; tra queste, le più importanti sono quelle relative all'allocazione dei siti su cui diffondere i documenti pubblicati.

Conseguentemente, la mancata adozione della normativa di dettaglio, consentendo alle stazioni appaltanti di compiere, come meglio credono, gli adempimenti pubblicitari, crea evidenti incertezze nei destinatari della norma, che non sanno in

³³⁹ MARINO M., OROFINO A. G., *La pubblicazione on line degli atti di indizione delle procedure infracomunitarie*, *Giur. merito* 2005, p. 1944; MONARCA L., *Valore giuridico della pubblicazione*, cit.. L'adozione della disciplina di dettaglio per mezzo di un decreto ministeriale e non di un decreto del Consiglio dei ministri, tuttavia, non ha consentito all'art. 24, legge n. 340/2000 di spiegare piena efficacia precettiva. Al fine di superare tale ostacolo e dare attuazione a tale norma, in data 17 maggio 2003, il Consiglio dei Ministri aveva approvato lo "Schema di decreto del Presidente della Repubblica concernente il regolamento recante norme per la pubblicazione di bandi ed avvisi di gara su siti informatici". Il testo dello schema, rimasto tale e mai confluito in un atto normativo, prevedeva, tra l'altro, che i dati resi disponibili sul sistema informativo dovessero essere firmati digitalmente e che la pubblicazione sul sito scelto dall'amministrazione assolvesse gli effetti di pubblicità legale.

³⁴⁰ MARINO M., OROFINO A. G., *La pubblicazione on line degli atti cit.*, p. 1944.

quali spazi telematici affiggere (e quindi ricercare) i documenti di indizione delle procedure concorsuali resi disponibili in Rete³⁴¹.

Pertanto, nell'ipotesi in cui si proceda alla pubblicazione sul sito informatico del comune sia dell'atto indittivo della procedura sia del provvedimento di aggiudicazione, *“questi non hanno alcun valore giuridico, se non accompagnati dall'affissione all'albo pretorio³⁴²”*.

Anche l'emanazione del CAD non ha risolto tale profilo di criticità in quanto esso, più che regolare la pubblicazione telematica, si è preoccupato di dettare le norme sulla struttura e sul contenuto dei siti web pubblici. L'art. 54 del citato provvedimento si occupa di disciplinare il contenuto minimo dei portali, prevedendo che i siti debbano recare necessariamente alcune informazioni e che sugli stessi devono essere pubblicati l'elenco dei bandi di gara e di concorso. Al comma 4 del medesimo articolo, poi, si individuano i dati pubblici che i siti delle pubbliche amministrazioni devono obbligatoriamente contenere e si dispone che *“le pubbliche amministrazioni garantiscono che le informazioni contenute sui siti siano conformi e corrispondenti alle informazioni contenute nei provvedimenti amministrativi originali dei quali si fornisce comunicazione tramite sito”*.

Nonostante la disposizione, il CAD non indica le tecniche di garanzia della correttezza delle informazioni pubblicate e non si fa più riferimento alla sottoscrizione digitale, lasciando libere le amministrazioni di utilizzare le forme e le modalità di pubblicazione ritenute più idonee.

Appare significativa la mancata presa di posizione circa il valore di tale forma di pubblicazione.

Si prevede che le amministrazioni debbano garantire l'esattezza delle informazioni e la conformità all'originale dei provvedimenti, per così dire, *“affissi”* in Internet, ma non nulla viene indicato in relazione alle ipotesi di possibili errori.

Lo stesso Consiglio di Stato, Sezione consultiva, 7 febbraio 2005, n. 11995/2004, nell'esprimere il proprio parere sullo schema del Codice, ha evidenziato che *“ove la pubblicazione sul sito venga intesa come mera forma pubblicitaria integrativa con funzione notiziale”*, la disposizione *“dovrebbe chiarire che la pubblicazione del bando sul sito*

³⁴¹ RICCIARDI D., *Le comunicazioni elettroniche della Pubblica Amministrazione*, in www.lexitalia.it

³⁴² T.A.R. Puglia Lecce Sez. III, 13 febbraio 2008, n. 515, in www.giustizia-amministrativa.it.

istituzionale non sostituisce le altre forme di pubblicità previste dalla legge, fra cui la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale”.

In termini più generali, il Consiglio di Stato ha chiesto al Legislatore di individuare le conseguenze giuridiche di un’eventuale omissione di tempestiva pubblicazione sul sito delle informazioni di cui al 1° comma ovvero di errori in tale pubblicazione, chiarendosi, ad esempio, se l’omissione di tale forma pubblicitaria o eventuali difformità rispetto al contenuto originale del provvedimento o altre inesattezze, rilevino ai fini dell’eventuale rimessione in termini per errore scusabile o ad altro fine.

Di particolare interesse è, anche, il parere precedentemente reso dal Consiglio di Stato proprio in merito all’art. 66 del Codice. Secondo il supremo Collegio *“non trova alcuna giustificazione ed appare, anzi, in contrasto con il principio generale di semplificazione la previsione che meccanicamente reintroduce, a livello di fonte legislativa (e non di regolamento), la pubblicazione degli avvisi e dei bandi sui quotidiani. Essa suscita, inoltre, perplessità anche sotto il profilo dell’incremento dei costi e va pertanto espunta dal testo”.*

Peraltro, anche la contestuale pubblicazione sul sito informatico dell’Osservatorio presso l’Autorità e su quello previsto dal D.M. n. 20/2001 appare un appesantimento non del tutto comprensibile. In via generale, sarebbe comunque necessario attuare, in questa sede, la previsione di cui all’art. 24 della legge n. 340/2000, disponendo l’abolizione della pubblicazione dei bandi sulla Gazzetta Ufficiale e la loro pubblicazione su un unico sito informatico, che dovrebbe essere individuato dallo stesso Codice³⁴³.

Come risulta evidente, tali indicazioni non sono state recepite dal Legislatore il quale nel 2006, con il D. lgs. 159, ha introdotto il comma 4 *bis* all’art. 54, specificando che la pubblicazione telematica produce effetti di pubblicità legale *“nei casi e nei modi espressamente previsti nell’ordinamento”*. Si continua a non riconoscere, quindi, un valore giuridico alle pubblicazioni telematiche, ma si offre la base su cui poggiare nuove norme legislative o regolamentari che prevedano una qualche valenza giuridica per tali pubblicazioni.

³⁴³ Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza del 6 febbraio 2006, in www.giustizia-amministrativa.it.

Il Ministro per le riforme e le innovazioni, con Dir. 20 febbraio 2007, n. 2, ha precisato che la pubblicazione *on line* di provvedimenti o atti amministrativi, ovvero la loro comunicazione con le medesime modalità, implica l'assunzione di una garanzia di conformità delle informazioni da parte degli enti che ne assumono la responsabilità civile, penale ed amministrativa³⁴⁴.

Solo con la legge n. 69 del 2009 si registra un'inversione di tendenza e una previsione esplicita del legislatore in materia di pubblicità dei bandi di gara. L'art. 32³⁴⁵ incide sull'assetto normativo delineato dall'articolo 66 del d.lgs. n. 163/2006 prevedendo, in via generale, che le pubbliche amministrazioni adempiano agli

³⁴⁴ MONARCA L., *Valore giuridico*, cit.

³⁴⁵ Legge n. 69/2009, Art. 32. *“Eliminazione degli sprechi relativi al mantenimento di documenti in forma cartacea”* “1. A far data dal 1° gennaio 2010, gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale si intendono assolti con la pubblicazione nei propri siti informatici da parte delle amministrazioni e degli enti pubblici obbligati. La pubblicazione è effettuata nel rispetto dei principi di eguaglianza e di non discriminazione, applicando i requisiti tecnici di accessibilità di cui all'articolo 11 della legge 9 gennaio 2004, n. 4. La mancata pubblicazione nei termini di cui al periodo precedente è altresì rilevante ai fini della misurazione e della valutazione della performance individuale dei dirigenti responsabili. 1-bis. Per le finalità di cui al comma 1, gli elaborati tecnici allegati alle delibere di adozione o approvazione degli strumenti urbanistici, nonché delle loro varianti, sono pubblicati nei siti informatici delle amministrazioni comunali, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. 2. Dalla stessa data del 1° gennaio 2010, al fine di promuovere il progressivo superamento della pubblicazione in forma cartacea, le amministrazioni e gli enti pubblici tenuti a pubblicare sulla stampa quotidiana atti e provvedimenti concernenti procedure ad evidenza pubblica o i propri bilanci, oltre all'adempimento di tale obbligo con le stesse modalità previste dalla legislazione vigente alla data di entrata in vigore della presente legge, ivi compreso il richiamo all'indirizzo elettronico, provvedono altresì alla pubblicazione nei siti informatici, secondo modalità stabilite con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la Pubblica Amministrazione e l'innovazione. 3. Gli adempimenti di cui ai commi 1 e 2 possono essere attuati mediante utilizzo di siti informatici di altre amministrazioni ed enti pubblici obbligati, ovvero di loro associazioni. 4. Al fine di garantire e di facilitare l'accesso alle pubblicazioni di cui ai commi 1 e 2 il CNIPA realizza e gestisce un portale di accesso ai siti di cui al medesimo comma 1. 5. A decorrere dal 1° gennaio 2011 e, nei casi di cui al comma 2, dal 1° gennaio 2013, le pubblicazioni effettuate in forma cartacea non hanno effetto di pubblicità legale, ferma restando la possibilità per le amministrazioni e gli enti pubblici, in via integrativa, di effettuare la pubblicità sui quotidiani a scopo di maggiore diffusione, nei limiti degli ordinari stanziamenti di bilancio. (comma così modificato dall'articolo 2, comma 5, legge n. 25 del 2010). 6. Agli oneri derivanti dalla realizzazione delle attività di cui al presente articolo si provvede a valere sulle risorse finanziarie assegnate ai sensi dell'articolo 27 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, e successive modificazioni, con decreto del Ministro per l'innovazione e le tecnologie 22 luglio 2005, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 226 del 28 settembre 2005, al progetto «PC alle famiglie» non ancora impegnate alla data di entrata in vigore della presente legge. 7. È fatta salva la pubblicità nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e i relativi effetti giuridici, nonché nel sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 100 del 2 maggio 2001, e nel sito informatico presso l'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, prevista dal codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.”.

obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti posti dalla legge mediante pubblicazione sul proprio sito istituzionale.

Secondo un'interpretazione dottrinale, dal tenore letterale della norma essa sembrerebbe incompatibile con la previsione del comma 7, secondo periodo, dell'articolo 66 del citato decreto, in quanto il comma 5 dell'art. 32 prevede che *"resta ferma la possibilità³⁴⁶ per le amministrazioni e gli enti pubblici, in via integrativa, di effettuare la pubblicità sui quotidiani a scopo di maggiore diffusione, nei limiti degli ordinari stanziamenti di bilancio"*, intendendosi pertanto la pubblicità sui quotidiani come facoltativa e non più doverosa. Si arriverebbe a tale conclusione sulla base della qualifica di doverosità e di facoltatività dello stesso comportamento da parte di due norme diverse, ma di pari rango, per cui il contrasto andrebbe risolto applicando i normali criteri di successione delle leggi nel tempo, in applicazione del quale la norma anteriore dovrebbe essere abrogata da quella posteriore.

Pertanto, come indicato dalla legge n. 69 del 2009, dal 1° gennaio 2013, la pubblicazione per estratto sui quotidiani dei bandi e degli avvisi di gara è, quindi, facoltativa.

Non sembrerebbero in contrasto con il contenuto dell'art. 32 neppure le disposizioni introdotte con la legge 190 del 2012. Quest'ultima, in materia di corruzione, fa salva la disciplina sulla pubblicazione dei bandi e degli avvisi nella sua attuale configurazione che non contempla più una pubblicità obbligatoria sui giornali per estratto³⁴⁷.

³⁴⁶ ROSATI S., *E' facoltativa per la stazione appaltante la pubblicazione sui quotidiani dei bandi di gara e degli avvisi pubblici*, 2012, in www.lexitalia.it.

³⁴⁷ Pare, allo stesso modo, potersi escludere che incida sulla disciplina relativa alla pubblicazione sui quotidiani degli atti di gara il decreto legge n. 179 del 2012. L'articolo 34, comma 35, del decreto citato ha introdotto l'obbligo per l'aggiudicatario di rimborsare alla Stazione appaltante le spese sostenute per la pubblicazione sui quotidiani degli estratti di bandi di gara e avvisi pubblici entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione. Precisamente la disposizione citata dispone che, *"a partire dai bandi e dagli avvisi pubblicati successivamente al 1° gennaio 2013, le spese per la pubblicazione di cui al secondo periodo del comma 7 dell'articolo 66 e al secondo periodo del comma 5 dell'articolo 122 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sono rimborsate alla stazione appaltante dall'aggiudicatario entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione"*. La disposizione richiamata non pare innovare il regime sostanziale relativo degli obblighi di pubblicazione di bandi e avvisi, incidendo solo sull'allocatione dei relativi costi. La disposizione in commento è, infatti, fonte di un'obbligazione legale di restituzione delle somme pagate dalla Stazione appaltante per la pubblicazione sui giornali degli estratti di bandi di gara e avvisi, con le ovvie ricadute in punto di strumenti di tutela attivabili a fronte dell'inadempimento dell'obbligato.

La questione relativa alla valenza giuridica della pubblicità dei bandi di gara offre, inoltre, lo spunto per una riflessione critica sulla portata fattuale della comunicazione tramite Internet e sulla adeguatezza di tale forma pubblicitaria a garantire i principi fondamentali quali la concorrenza e la competitività. Ci si chiede, in particolare, se le modalità pubblicitarie non debbano essere in qualche modo graduate anche in relazione all'oggetto e all'importo della procedura³⁴⁸ evitando formalismi particolarmente onerosi nel caso di incarichi esigui economicamente e se tale ipotesi non si ponga in contrasto con il rispetto del principio di concorrenza, sovrano nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica.

Il problema di fondo che può essere ravvisato nell'analizzare la valenza della pubblicità telematica non può non essere connesso con la *ratio* stessa della comunicazione.

In materia di appalti, come in ogni altro settore procedimentale del diritto amministrativo, la pubblicità assolve la funzione di portare a conoscenza l'operato della amministrazione perseguendo sia un obiettivo partecipativo sia un obiettivo concorrenziale: essa, pertanto, si deve svolgere secondo regole precise ed idonee al raggiungimento delle finalità comunicative ad esse affidate, che i mezzi utilizzati per la diffusione posseggano una adeguata capacità divulgativa³⁴⁹.

I temi, pertanto, ineriscono una dimensione telematica più ampia in quanto coinvolgono anche la generale attività della Stazione appaltante la quale deve rendere edotti i cittadini e tutti coloro che interloquiscono con le amministrazioni della circostanza che essa sia solita avvalersi del mezzo comunicativo informatico e quindi tutti siano indotti a consultare periodicamente il sito, al fine di verificare se siano stati inseriti nuovi atti o provvedimenti.

In tale prospettiva, assume anche fondamentale importanza il fatto che il sistema informatico sul quale l'Amministrazione proceda a pubblicare i propri atti sia implementato nel rispetto della disciplina sull'accessibilità ed usabilità dei siti

³⁴⁸ In termini, Tar Puglia, Lecce, sez. I, 28 gennaio 2005, n. 335, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁴⁹ OROFINO A. G., *L'informatizzazione dell'attività amministrativa nella giurisprudenza e nella prassi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p.1376.

Web³⁵⁰ ovvero che, comunque, l'eventuale violazione di tale disciplina non abbia comunque inciso sulle possibilità dell'interessato di accedere all'atto divulgato in Rete.

Sul delicato tema del valore giuridico della pubblicità telematica, utilizzata nello svolgimento di procedure ad evidenza pubblica, e agli effetti della stessa, si è pronunciata spesso la giurisprudenza³⁵¹.

Secondo il Consiglio di Stato, nonostante la pubblicità telematica non abbia valore legale, questa consente di ampliare in modo sorprendente la conoscibilità delle notizie pubblicate nelle procedure concorrenziali con possibili rilevanti conseguenze qualora queste siano erroneamente divulgate. In particolare il problema potrebbe porsi e si pone in caso di discrasia tra la versione del bando pubblicato sulla fonte cartacea e sul sito web dell'amministrazione. Non sempre tuttavia la giurisprudenza può dirsi costante nell'interpretazione delle fonti normative, nel caso in esame, infatti, il Consiglio di Stato decide in maniera difforme dal tribunale di primo grado, il quale aveva disposto l'annullamento del provvedimento ritenendo la versione cartacea l'unica a far fede per i concorrenti. Le argomentazioni fondamentali su cui basa il suo ragionamento il Consiglio di Stato attengono, alla ormai pacifico riconoscimento della dirompente forza comunicativa di internet, la prevalenza del bando soggetto alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea non esclude che la conoscenza della versione informatica, dotata di «capillare capacità di penetrazione» possa aver indotto i potenziali partecipanti a confidare nella conformità all'originale del bando pubblicato sul sito».

Un'ulteriore fase sulla quale è sembrato opportuno interrogarsi in relazione ai rapporti tra codice dei contratti pubblici e amministrazione digitale attiene alla presentazione e valutazione delle offerte. Tale fase, come descritto in maniera

³⁵⁰ Per avere contezza degli interventi normativi (anche recenti) in materia di accessibilità ed usabilità dei siti Internet si consiglia la consultazione del portale www.pubbliaccesso.it

³⁵¹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 maggio 2007, n. 1949,, in www.giustizia-amministrativa.it, nel caso sottoposto all'attenzione del giudice vi era una mancata corrispondenza tra le versioni pubblicate sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea e il sito web del comune. In quest'ultimo erano stati richiesti ulteriori requisiti a pena di esclusione e, alla luce del vizio formale, l'amministrazione precedente aveva deciso di annullare d'ufficio la gara, in www.giustiziamministrativa.it.

compiuta dal Consiglio di Stato, sez. III, 11 giugno 2013, n. 3228³⁵², consiste nelle operazioni preliminari di verifica della regolarità dell'invio dell'offerta e del rispetto delle disposizioni generali e di quelle speciali contenute nel bando (o nella lettera di invito) e nel disciplinare di gara (e l'osservanza delle regole sulla produzione dei documenti).

Le problematiche inerenti l'uso delle ICT in tale fase rilevano soprattutto in relazione agli appalti per l'affidamento di lavori, settore escluso dall'applicazione delle convenzioni Consip e dal Mercato elettronico.

L'assenza di disposizioni in tale settore può riguardare tanto l'aspetto giuridico (e, cioè, il vuoto normativo in materia di gare telematiche di lavori) ovvero di carattere tecnico, dovute al fatto che la legislazione attuale, pur non affermandolo

³⁵² "La Stazione appaltante provvede quindi, in seduta pubblica, all'apertura dei plichi delle diverse offerte che (di norma) contengono tre buste: la busta A (documentazione amministrativa), la busta B (documentazione tecnica) e la busta C (offerta economica). 3.2. - La stazione appaltante, disposta l'idonea conservazione delle buste (C) contenenti le offerte economiche, procede quindi all'apertura delle buste (A) contenenti la documentazione amministrativa per verificarne il contenuto e per consentire la successiva verifica dei requisiti generali previsti dalla normativa sugli appalti pubblici (artt. 38 e 39 del codice degli appalti) e dei requisiti speciali, dettati dagli atti di gara (artt. 41 e 42 del codice), nonché di tutte le altre condizioni dettate per la partecipazione alla gara. 4.- L'amministrazione procede poi, sempre in seduta pubblica (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 28 luglio 2011, n. 13 e poi art. 12 del d.l. 7 maggio 2012, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 luglio 2012, n. 94) all'apertura delle buste (B), contenenti la documentazione tecnica, per prendere atto del relativo contenuto e per verificare l'effettiva presenza dei documenti richiesti nel bando (o nella lettera di invito) e nel disciplinare di gara (schede tecniche, relazioni tecniche illustrative, certificazioni tecniche etc.). Anche tale documentazione è poi conservata in plico sigillato. 5.- Tali attività, preliminari alla valutazione delle offerte, sono eseguite dal seggio di gara o direttamente dal responsabile del procedimento unico (RUP), di norma il dirigente preposto alla competente struttura organizzativa della stazione appaltante (che si avvale anche dei funzionari del suo ufficio), che, ai sensi dell'art. 10, comma 2 del Codice, "svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti" e, ai sensi del comma 3, lettera c) "cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure". Dopo la preliminare fase di verifica dei contenuti dell'offerta, si passa alla seconda fase di valutazione delle offerte tecniche. A tale seconda fase provvede l'apposita Commissione tecnica che è nominata ai sensi dell'art. 84 del Codice dei contratti e dell'art. 283, comma 2 del Regolamento di cui al D.P.R. n. 207 del 2010. In una o più sedute riservate, la Commissione verifica quindi la conformità tecnica delle offerte e valuta le stesse, assegnando i relativi punteggi sulla base di quanto previsto dal disciplinare di gara (e delle altre regole che la stessa Commissione si è data). 7. -Completato l'esame dell'offerta tecnica, l'amministrazione procede, nuovamente in seduta pubblica, ad informare i partecipanti delle valutazioni compiute, a dare notizia di eventuali esclusioni e a dare lettura dei punteggi assegnati dalla Commissione sulle offerte tecniche dei concorrenti non esclusi. Quindi, verificata l'integrità del plico contenenti le buste con le offerte economiche (e l'integrità delle singole buste), l'amministrazione procede all'apertura delle stesse con la lettura delle singole offerte, con l'indicazione dei ribassi offerti e dei conseguenti prezzi netti e la determinazione (matematica) dei punteggi connessi ai prezzi", in www.giustizia-amministrativa.it.

esplicitamente, non consente per i lavori il metodo d'asta (tradizionale ovvero elettronico) sperimentato e rodato per gli affidamenti di appalti di forniture.

Alla luce delle esposte considerazioni, dunque, occorre chiedersi se ed in che modo gli strumenti predisposti per le altre modalità esplicitamente regolate siano applicabili all'appalto di lavori nella fase di valutazione delle offerte.

Uno degli aspetti che potrebbe ostacolare l'utilizzo delle tecnologie digitali nella fase della valutazione dell'offerta potrebbe essere individuata nell'oggetto stesso della procedura di affidamento, e nello svolgimento dell'attività discrezionale che l'amministrazione è chiamata a compiere nella valutazione dell'offerta e che emerge in maniera preponderante qualora l'appalto si aggiudicato secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In tale ipotesi, infatti, l'amministrazione è chiamata ad effettuare una valutazione che si estende oltre il mero dato economico coinvolgendo elementi quali il pregio tecnico, i criteri ambientali, di qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali³⁵³.

Queste ultime in particolare, divengono gli elementi caratterizzanti un appalto di progettazione ed esecuzione di lavori nel quale la creatività non si accompagna soltanto ad elementi economici, considerati non prevalenti rispetto agli altri³⁵⁴.

L'inserimento dei criteri di qualità comporta per l'amministrazione lo svolgimento di un'attività discrezionale che non può essere catalogata secondo pesi predeterminati ed espressi in cifre o punti percentuali³⁵⁵.

³⁵³ SCIAUDONE F., *Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici: la tutela della concorrenza e la "nuova" discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici*, in *Foro Amm. TAR*, 2005, p. 36.

³⁵⁴ OROFINO A. G., *L'informatizzazione*, cit., Di talché, mentre la scelta di attribuire determinati pesi ponderali ai vari elementi presi in considerazione, costituendo esercizio di attività amministrativa discrezionale, è soggetta al sindacato giurisdizionale di legittimità solo in presenza di figure sintomatiche dell'eccesso di potere come la manifesta illogicità, la novità regolamentare introduce la possibilità del vizio di violazione di legge in cui l'amministrazione aggiudicatrice può incorrere ove, nelle fattispecie *de quibus*, attribuisca all'elemento prezzo un peso ponderale superiore al 35%. Su tale rilevante questione, l'art. 120 d.P.R. n. 207/2010 ha limitato in modo drastico la discrezionalità della stazione appaltante nel definire il peso ponderale da attribuire all'elemento prezzo quando la gara è svolta per l'affidamento di un c.d. appalto integrato, vale a dire appalti relativi a lavori aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice ovvero, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base di un progetto preliminare dell'amministrazione aggiudicatrice.

³⁵⁵ CAPONIGRO R. *Valutazione delle offerte e verifica delle anomalie 2011*, in www.giustiziaamministrativa.it, Il bando di gara, ai sensi del secondo comma dello stesso art.

Si può quindi affermare, ragionando *a contrario*, che se in base alla fonte normativa di cui all'art. 295 possono essere gestite con sistemi interamente telematici tutte quelle gare in cui le specifiche tecniche possono essere espresse in punti percentuali, nel caso l'oggetto dell'appalto richieda una valutazione maggiormente complessa che tenga conto non solo del mero dato economico, ma anche di ulteriori fattori, la procedura non può essere interamente gestita telematicamente ed affidata ad un *software*, ma richiede, invece, ancora, l'esercizio di abilità umane³⁵⁶.

Alla luce di tali considerazioni potrebbe ritenersi che il ricorso alle tecnologie digitali non possa estendersi alla fase di valutazione delle offerte nella procedura di affidamento di lavori, comportando un'automazione della procedura come avviene per i sistemi gestiti totalmente con modalità informatiche, dovendosi necessariamente fermare alla fase precedente relativa alla loro presentazione.

La presentazione delle offerte consente di instaurare un rapporto diretto con la amministrazione e necessita di garanzie circa la provenienza delle stesse e la loro riconducibilità ad un soggetto determinato nonché la loro segretezza.

83, elenca i criteri di valutazione e precisa la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato e, qualora le stazioni appaltanti ritengano impossibile la ponderazione per ragioni dimostrabili, indicano nella *lex specialis* di gara l'ordine decrescente di importanza dei criteri.

³⁵⁶ IDEM, L'offerta economicamente più vantaggiosa, pertanto, discende dalla valutazione comparativa di più fattori previamente e discrezionalmente individuati dalla stazione appaltante e resi noti nel bando di gara, il quale, peraltro, nel rispetto anche delle norme regolamentari, precisa la ponderazione relativa a ciascuno di essi. La ponderazione relativa di ciascun criterio indica il "peso" di quell'elemento rispetto ad ogni altro e, quindi, la rilevanza (*id est*: l'incidenza percentuale) dello stesso nell'ambito della complessiva valutazione da attribuire all'offerta. Il 46^o considerando della direttiva CE 2004/18 - nell'affermare che l'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza - indica anche che le amministrazioni aggiudicatrici, quando scelgono di aggiudicare l'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa, valutano le offerte per determinare quella che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo. Peraltro, è l'amministrazione che decide, sulla base di proprie valutazioni discrezionali, quale "peso" attribuire all'elemento prezzo e quale agli elementi afferenti alla qualità della prestazione, sicché, il principio del miglior rapporto qualità/prezzo va inteso nel senso che, ad un certo prezzo, la stazione appaltante dovrebbe individuare la prestazione che presenta i migliori aspetti qualitativi, laddove è intuitivo che, al crescere del rilievo attribuito all'elemento prezzo, decresce il rilievo attribuito agli elementi qualitativi.

La disposizione di riferimento è da individuarsi nell'art. 77 del D.lgs. n. 163/2006³⁵⁷, ed in particolare nei comma 5 e 6, che dettano le modalità attraverso le quali dovrebbero avvenire le comunicazioni telematiche prescrivendo l'obbligo della firma digitale quale modalità di sottoscrizione delle offerte. La norma, secondo la dottrina prevalente, ha natura imperativa e prevale sulle contrastanti prescrizioni legislative anteriori e su quelle di natura regolamentare.

Si tratta, in verità, di una interpretazione supportata anche da alcune pronunce giurisprudenziali³⁵⁸ che hanno messo in evidenza la necessità che la presentazione dell'offerta sia corredata da idonee garanzie richieste dalla legge in merito all'integrità, paternità, autenticità, immutabilità e sicurezza del documento elettronico³⁵⁹.

³⁵⁷ Art. 77 comma 5 D. lgs. n. 163/2006, "Quando le stazioni appaltanti chiedano o acconsentano alle comunicazioni per via elettronica, gli strumenti da utilizzare per comunicare per via elettronica, nonché le relative caratteristiche tecniche, devono essere di carattere non discriminatorio, comunemente disponibili al pubblico e compatibili con i prodotti della tecnologia dell'informazione e della comunicazione generalmente in uso. Le stazioni appaltanti che siano soggetti tenuti all'osservanza del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (codice dell'amministrazione digitale), operano nel rispetto delle previsioni di tali atti legislativi e successive modificazioni, e delle relative norme di attuazione ed esecuzione. In particolare, gli scambi di comunicazioni tra amministrazioni aggiudicatrici e operatori economici deve avvenire tramite posta elettronica certificata, ai sensi dell'articolo 48, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, del d.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68 e del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. Comma 6 6. Ai dispositivi di trasmissione e ricezione elettronica delle offerte e ai dispositivi di ricezione elettronica delle domande di partecipazione si applicano le seguenti regole: a) le informazioni concernenti le specifiche necessarie alla presentazione di offerte e domande di partecipazione per via elettronica, ivi compresa la cifratura, sono messe a disposizione degli interessati. Inoltre i dispositivi di ricezione elettronica delle offerte e delle domande di partecipazione sono conformi ai requisiti dell'allegato XII, nel rispetto, altresì, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, per le stazioni appaltanti tenute alla sua osservanza; b) le offerte presentate per via elettronica possono essere effettuate solo utilizzando la firma elettronica digitale come definita e disciplinata dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82; c) per la prestazione dei servizi di certificazione in relazione ai dispositivi elettronici della lettera a) e in relazione alla firma digitale di cui alla lettera b), si applicano le norme sui certificatori qualificati e sul sistema di accreditamento facoltativo, dettate dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82; d) gli offerenti e i candidati si impegnano a che i documenti, i certificati e le dichiarazioni relativi ai requisiti di partecipazione di cui agli articoli da 38 a 46 e di cui agli articoli 231, 232, 233, se non sono disponibili in formato elettronico, siano presentati in forma cartacea prima della scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione."

³⁵⁸ TAR Puglia - Bari, Sez. I, sentenza 24 maggio 2012 n. 1019; Tar di Bolzano con la sentenza n. 285/2013, in www.giustiziamministrativa.it.

³⁵⁹ L'utilizzo della firma digitale del resto è necessario anche nella sottoscrizione e nell'invio di istanze o documenti informatici finalizzati anche all'avvio di procedimenti amministrativi. Tant'è che ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis d.lgs. n. 163/2006 (comma introdotto dall'art. 4 decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni nella legge 12 luglio 2011, n. 106), il difetto di sottoscrizione (si deve intendere anche digitale) è considerato legittima causa di esclusione dalla gara.

Non appare sufficiente, pertanto, neppure che a monte vi sia un sistema di firma elettronica costituito dall'inserimento dell'indirizzo di posta elettronica del referente e di un codice PIN da parte dell'azienda concorrente (c.d. *log in*) presso la piattaforma informatica della stazione appaltante, risultando tale procedura inidonea in quanto riferibile, tecnicamente, alla sola categoria della "*firma elettronica semplice*".

Anche la giurisprudenza non ritiene che il richiamo all'art. 64 comma 2 del d.lgs. n. 82/2005 sia sufficiente per affermare che l'autenticazione (intesa come identificazione informatica) da parte del fornitore nell'Albo e il suo ingresso nel sistema attraverso il PIN così ricevuto costituisca procedura che possa consentire l'individuazione del soggetto che richiede il servizio. L'articolo a tal fine citato, appunto, riguarda l'erogazione e l'accesso dei cittadini ai servizi che la PA eroga telematicamente, non, invece, la ben più delicata partecipazione a gare telematiche.

In sostanza, nell'ambito di una gara di appalto, solo la firma digitale può essere considerata lo strumento che, nel caso di invio di offerta nell'ambito di una gara telematica, sia in grado di garantire la provenienza, l'integrità e, quindi, la serietà, l'affidabilità e l'insostituibilità dell'offerta stessa³⁶⁰.

La sottoscrizione dell'offerta, sia essa cartacea sia essa digitale, è considerata elemento essenziale finalizzato a comprovare l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva dell'offerta al concorrente e, nel momento in cui si procede ad inviare l'offerta telematicamente, non si può prescindere dal sottoscriverla digitalmente.

Anche la fase della segretezza delle offerte rappresenta un momento delicato della procedura di gara.

Come più volte ribadito dalla dottrina³⁶¹ e dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato³⁶² "*il principio della segretezza dell'offerta economica è, infatti, presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati*

³⁶⁰ In tal senso, preme evidenziare come sulle piattaforme telematiche sarebbe auspicabile anche l'utilizzo congiunto di strumenti quali la Posta Elettronica Certificata e la Firma digitale, poiché sono in grado di offrire garanzie legalmente riconosciute in tema di verifica della provenienza e validità della trasmissione dei documenti, e, di conseguenza, anche sulla validità delle istanze e delle dichiarazioni e sulla conformità agli originali della documentazione inviata.

³⁶¹ D. SILVESTRIS, *Scelta del contraente nelle gare d'appalto: tutela della par condicio e della segretezza dell'offerta a garanzia della regolarità della procedura*, in Riv., Trim app, 1999, p. 324.

³⁶² Consiglio di Stato, 11 maggio 2012 n. 2734, in www.giustiziaamministrativa.it.

dall'articolo 97 della Costituzione, sub specie della trasparenza e della par condicio dei concorrenti, intendendosi così garantire il corretto, libero ed indipendente svolgimento del processo intellettuale - volitivo che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica ed in particolare con l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri attraverso cui quest'ultima viene valutata".

L'art. 120, comma. 2, del Regolamento, in materia di lavori, specifica che, in una o più sedute riservate, la commissione valuta le offerte tecniche e procede alla assegnazione dei relativi punteggi applicando i criteri e le formule indicati nel bando di gara o nella lettera d'invito, mentre, successivamente, in seduta pubblica, dà lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procede alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche e, data lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse, procede secondo quanto previsto dall'art. 121 in tema di offerte anomale³⁶³.

A tale proposito la giurisprudenza del Consiglio di Stato³⁶⁴ evidenziando che non vi è alcuna norma che vieti di inserire alcuni elementi economici nell'offerta tecnica, precisa che la valutazione delle offerte tecniche deve precedere la valutazione delle offerte economiche e che queste devono essere contenute in buste separate e debitamente sigillate, e che la commissione non deve aprire le buste delle offerte economiche prima di aver terminato la valutazione delle offerte tecniche.

Si rende pertanto necessario rispettare le regole sulla concorrenza e sulla segretezza delle offerte anche in presenza di una procedura telematica, possibile attraverso l'utilizzo dello strumento informatico che consiste in un file crittografato che accompagna i documenti da inviare.

Operativamente, il fornitore, scaricato il documento, dovrà compilare lo schema d'offerta, firmarlo digitalmente e marcarlo temporalmente³⁶⁵ entro l'ora e la data previste come termine ultimo perentorio di detta operazione. Tutta questa fase avviene in locale sul computer del fornitore senza nessun collegamento diretto con

³⁶³ R. CAPONIGRO *Valutazione delle offerte*, cit.

³⁶⁴ Consiglio di Stato 5928 novembre 2012, in www.giustiziamministrativa.it

³⁶⁵ Art. 20, comma 3 del CAD. La marca temporale è un servizio che permette di datare in modo certo e legalmente valido un documento informatico consentendo di associare una validazione temporale opponibile a terzi. Apporre la marca temporale significa certificare temporalmente un documenti utilizzando il proprio pc con un notevole risparmio di tempo, l'orario mostrato nel certificato fa sempre riferimento all'ora UTC, in <http://www.firma-digitale.eu/marca-temporale.html>.

il server della Stazione appaltante o del gestore del servizio che riceverà in un momento successivo le offerte. Successivamente, il fornitore provvederà ad inserire il numero di serie della marcatura temporale. Tale operazione garantisce, durante la fase di *upload*, il caricamento di uno specifico file di offerta firmato e marcato.

Dopo la chiusura del periodo di ricevimento delle offerte, il sistema provvede alla verifica della correttezza formale delle stesse attraverso apposita procedura che controlla la correttezza della firma digitale apposta, la validità del certificato e la data e ora di marcatura, segnalando le anomalie di firma e le offerte con marcatura temporale non accettabile³⁶⁶.

A questo punto sembra opportuno chiedersi se, terminata questa fase di verifica, la valutazione delle offerte possa essere fatta manualmente eliminando l'ultima fase della procedura che consisterebbe nella pubblicazione in automatico della graduatoria. Il problema della custodia della buste può portare all'annullamento della gara³⁶⁷: rischio, questo, che non si verifica con la conservazione telematica delle offerte che è tra le funzionalità garantite dall'uso delle piattaforma telematica. Pertanto la scelta delle Stazioni Appaltanti, tra l'altro, di raccogliere tutta la documentazione prodotta dalle ditte concorrenti in un fascicolo elettronico, senza rischi di alterazione dei relativi contenuti, sia in fase di gara sia anche per eventuali verifiche e controlli successivi alla stessa nel pieno rispetto di quanto disposto dal

³⁶⁶ Le regole inerenti la busta telematica possono essere così riassunte: l'offerta viene compilata su un file direttamente dal fornitore, preventivamente scaricato dal sito del gestore, e viene firmata digitalmente e marcata temporalmente dal fornitore entro un limite perentorio <http://www.albofornitori.it/garetelematiche.php>. In questo modo la firma digitale assicura la provenienza del documento e la marcatura temporale ne garantisce la non manomissione e la contestualizzazione temporale. Il fornitore invia nel modo previsto (PEC o *upload* con ricevuta) il file al gestore. Quando il gestore riceve l'offerta, la marca temporale assicura che il file non è più stato modificato dopo il termine perentorio, quindi anche se il gestore conosce il contenuto dell'offerta, nessun fornitore può avvalersi della sua conoscenza per aggiustare la propria offerta. In questo modo dovrebbe essere garantita la non modificabilità del contenuto delle buste né da parte della commissione o di altro soggetto.

³⁶⁷ TAR Campania Napoli, sez. I, con la sentenza n. 5549/2013, rinviando al consolidato orientamento del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato Sez. III, 25 novembre 2011, n.6266; sez. III, 13 maggio 2011, n. 2908; sez. V, 7 luglio 2011, n. 4055; sez. V, 5 ottobre 2011, n. 5456) Il giudice ha rilevato che le circostanze che accertino l'inadeguatezza della custodia dei plichi "*rende l'intera procedura illegittima per contrasto con gli evocati principi di pubblicità e trasparenza, e quindi, con essa, i successivi atti di gara, ivi compresa l'aggiudicazione*", in www.giustiziaamministrativa.it.

D.Lgs. n. 163/2006, sarebbe in linea con il rispetto dei principi concorrenziali e con la legislazione nazionale e comunitaria.

L'obiettivo del sigillo telematico consente quindi di salvaguardare l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione, non consentendo alle Stazioni appaltanti di prendere visione del contenuto delle offerte e delle domande di partecipazione prima della scadenza del termine previsto per la loro presentazione.

Terminata la fase della valutazione delle offerte, l'amministrazione aggiudicatrice redige una graduatoria e procede con l'aggiudicazione provvisoria e poi definitiva. In tale fase, potrebbero applicarsi le normali regole sulla comunicazione digitale tra amministrazione e cittadino.

La formalizzazione del contratto prevista dall'art. 11 comma 13 del Codice dei contratti³⁶⁸ è stata recentemente modificata dall'art. 6 del decreto legge 18 ottobre 2012 n. 179, convertito in Legge n. 221 del 2012 con il quale è stato introdotto l'obbligo del contratto pubblico informatico. La norma è stata oggetto di criticità interpretative circa l'ambito oggettivo di applicazione.

Le divergenze interpretative hanno condotto all'elaborazione di due distinte tesi: una restrittiva ed una estensiva della norma in esame. Secondo la prima tesi, la modalità elettronica è obbligatoria solo per gli atti notarili, la seconda, al contrario, afferma la perentorietà della sottoscrizione di tutti i contratti in modalità informatica.

Tali divergenze hanno ormai trovato risposta innanzitutto nel Dossier di documentazione della Camera dei deputati XVI Legislatura³⁶⁹ nel quale si precisa che *"La disposizione precisa inoltre che la "forma elettronica" del contratto non è in alternativa alla forma pubblica amministrativa, ma ne rappresenta una delle modalità. Dal testo della disposizione novellata, quindi, si ricava che la stipula conseguente all'atto di aggiudicazione può avere una delle seguenti forme: l'atto pubblico notarile informatico; la forma pubblica amministrativa, con modalità elettronica secondo le norme vigenti per*

³⁶⁸ "Il contratto è stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice o mediante scrittura privata".

³⁶⁹ AC n. 5626/XVI del 10.12.2012 redatto dal servizio del Dipartimento attività produttive, dove, in relazione all'art. 6, comma 3 del decreto legge n. 179/2012, si legge, in www.gov.it.

ciascuna stazione appaltante, a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice; la scrittura privata".

L'intento del Legislatore non è, dunque, di mantenere in capo alla PA la possibilità di scelta tra modalità informatica e cartacea per la stipulazione dei contratti, in quanto la "modalità elettronica" non rappresenta un *tertium genus* di forma rispetto all'atto pubblico notarile o alla scrittura privata, (come invece risultava nella vecchia formulazione della norma in questione), ma solo una modalità alternativa a quella cartacea che ora diventa obbligatoria sicuramente per il primo tipo di atti e per i contratti in forma pubblica amministrativa. Da ultimo, la stessa Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture è intervenuta³⁷⁰ per fornire un'interpretazione chiarificatrice della norma aderendo alla tesi dell'obbligatorietà della "forma elettronica" per la stesura degli atti in forma pubblica amministrativa (oltre che per gli atti notarili, per i quali l'obbligatorietà della modalità elettronica è pacifica), affermando, però, che la forma cartacea resta legittima in caso di scrittura privata. Laddove la stipulazione per scrittura privata sia ammessa, sarebbe nelle facoltà delle parti sottoscrivere il contratto con firma digitale, oppure consentire che lo scambio delle lettere *ex art. 334* del Regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice dei contratti (DPR del 5 ottobre 2010 n. 207) avvenga mediante "modalità elettroniche" (ad esempio, mediante invio con PEC).

Resta, in ogni caso, evidente che la realizzazione di un procedimento ad evidenza pubblica digitalizzato viene comunque ostacolato nella difficoltà di coinvolgimento delle diverse articolazioni amministrative e dei diversi livelli di governo, aspetto particolarmente rilevante per il ruolo svolto dalle regioni a seguito della riforma del titolo V della Costituzione. Esse, a partire dagli anni settanta, svolgono un ruolo di promozione, indirizzo e coordinamento indispensabile nel processo di riforma amministrativa anche nell'ottica della digitalizzazione³⁷¹.

Infine, la necessità di predisporre un adeguato sistema normativo nonché una struttura tecnologica di supporto diventano elementi fondamentali nello sviluppo della digitalizzazione delle procedure accompagnato da un adeguato livello di alfabetizzazione informatica sia all'interno sia all'esterno della amministrazione.

³⁷⁰ Provvedimento del 19 febbraio 2013, in www.avcp.it.

³⁷¹ D'ELIA I., PIETRANGELO M., *Il codice dell'amministrazione*, cit., p. 17.

Solo l'adeguata conoscenza e partecipazione all'uso degli strumenti informatici potrà garantire il successo di una completa digitalizzazione,
E dunque, l'attribuzione di un diritto al cittadino all'uso delle nuove tecnologie deve trovare un riscontro in una procedura amministrativa in grado di darvi concreta attuazione.

Bibliografia

- **AA.VV.**, *Appalti pubblici di forniture*, REALFONZO U., GALTIERI C., DELI CASTILLO I. (a cura di), Milano, Il Sole 24 ore, 2004.
- **AA.VV.**, *Il nuovo regolamento appalti pubblici*, GAROFOLI R., FERRARI G. (a cura di), Nel Diritto, Roma, 2011.
- **AA.VV.**, *La trasparenza amministrativa*, MERLONI F., ARENA G., CORSO G., GARDINI G., MARZUOLI C. (a cura di), Milano, Giuffrè, 2008.
- **AA.VV.**, *Manuale di diritto dell'informatica*, VALENTINO D. (a cura di), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.
- **ALESIO M.**, *Le centrali di committenza obbligatorie: lo scenario teorico e le delicate implicazioni pratiche*, in *Rivista Comuni d'Italia*, n. 1/2015.
- **ALPA G.**, *Il disordine legislativo, la creatività della giurisprudenza e il caso della giustizia civile*, in *Pol. Civ.*, 1986.
- **BELISARIO E.**, *La nuova pubblica amministrazione digitale*, Rimini, Maggioli, 2009.
- **BERTI G.**, *La Pubblica Amministrazione come organizzazione*, Padova, CEDAM, 1968.
- **BRUNETTI D.**, *La gestione informatica del protocollo, dei documenti e degli archivi*, Rimini, Maggioli, 2005.
- **CAFAGNO M.**, *Lo Stato banditore*, Milano, Giuffrè, 2001.
- **CARANTA R.**, *Diritto comunitario e tutela dinanzi al giudice amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 2000.
- **CARANTA R.**, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2005.
- **CARDARELLI F.**, *L'uso della telematica*, in SANDULLI M.A., *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2010.
- **CARINGELLA F.**, *Il congelamento al 1° febbraio 2007 non vale per le gare già avviate*, in *Guida al Diritto*, 7, 2006.
- **CARINGELLA F.**, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005, II.
- **CARLONI E.**, *Il Decreto crescita*, in *Giornale di Dir., Amm.*, 2012.
- **CARULLO A.**, *Libertà di concorrenza, interessa al ricorso e scelta del contraente*, nota a Consiglio di Stato, V, 18 gennaio 1984, in *Riv. Trim. appalti*, 1986, p. 211 ss.

- CASSESE S., *Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali*, in VANDELLI L. BOTTARI C., DONATI D. (a cura di), *Diritto Amministrativo Comunitario*, Rimini, Maggioli, 1994.
- CAVALLO PERIN R., *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. Amm.*, 2000.
- CERULLI IRELLI V., *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008.
- CERULLI IRELLI V., *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *Relazione al 47° Convegno di studi amministrativi su Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Varenna, 20-22 settembre 2001; e *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, in *Appunti per la relazione introduttiva al Convegno di Roma del 22 marzo 2002 su Innovazioni del diritto amministrativo e riforma della amministrazione*.
- CINTIOLI F., *Fonti interne e norme comunitarie tra unità e pluralità di ordinamenti: recenti tensioni e prospettive di sviluppo*, in *Diritto e Formazione*, 2001, 1.
- CINTIOLI F., *Giudice Amministrativo, Tecnica e Mercato*, Milano, Giuffrè, 2005.
- CORSO G., *L'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1999.
- CROOM S., JONES A. B., *Impact of e-procurement: Experiences*, in *The UK Public Sector, Journal of Purchasing and Supply Management* 13 (2007).
- CUTAJAR O., MASSARI A., *Codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza*, Maggioli Editore, 2014.
- D'ALBERTI M., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2/2008.
- DI LASCIO F., *La centralizzazione degli appalti, la spending review e l'autonomia organizzativa locale*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 2/2014.
- EDLER J., GEORGHIOU L., *Public procurement and innovation – Resurrecting the demand side*, in *Research Policy*, 2007.
- FALCON G., *Alcune osservazioni sullo sviluppo del diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl. Com.*, 1993.
- FIORIGLIO G., *Temi di informatica giuridica*, Aracne, Roma, 2004.

- **GALETTA D.U.**, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte essenziale di garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comm.*, 851.
- **GALETTA D.U.**, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1998.
- **GALLI D., GENTILE D., PAOLETTI GUALANDI V.**, *Appalti pubblici, Itinera Guide Giuridiche IPSOA*, Wolter Kluwers, 2015.
- **GIANNINI M.S.**, *I contratti ad evidenza pubblica*, in *Dir. Amm.* 1998.
- **GIANNINI, M.S.**, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970.
- **GIARDETTI A.**, *Il modello consip: Evoluzione e funzioni della centrale di committenza nazionale*, Key Editore, 2015.
- **GRECO G.**, *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl. Com.*, 1993.
- **GRECO, G.**, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, Giuffrè, 1986.
- **GUASTINI R.**, *Legalità (principio di)*, *Dig. Disc. Pubbl.*, Vol. IX, Utet, Torino, 1994.
- **IANGRO - DI CORCIA**, *Commento art. 2 D.Lgs. n. 163/2006*, in *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2012.
- **INVERNIZZI R.**, *Le specifiche tecniche*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), in *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008.
- **LEDDA F.**, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1964, ora in *Scritti giuridici*, Padova, CEDAM, 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, 8.
- **LENOCI C.**, *La simbiosi tra aste elettroniche e procedure telematiche*, in *Urbanistica e appalti* n. 3/2015.
- **LIPARI M.**, *I principi di trasparenza e pubblicità*, in **AA.VV.**, *Appalti pubblici e servizi di interesse generale*, Trento, 2005.
- **MANGANARO F.**, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, 2000.

- **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.
- **MARINO M., OROFINO A. G.**, *La pubblicazione on line degli atti di indizione delle procedure infracomunitarie*, *Giur. Merito*, 2005.
- **MASSARI A., USAI S.**, *Il mercato elettronico e gli acquisti di beni e servizi dopo la Spending Review*, Maggioli Editore, 2013.
- **MASSERA A.**, *I contratti*, in CASSESE S., (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto Amministrativo Generale*, Tomo II, Milano, 2000.
- **MASUCCI A.**, *Le aste elettroniche e la modernizzazione delle procedure di aggiudicazione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 3.
- **MASUCCI A.**, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Torino, Giapicchelli, 2011.
- **MERUSI F.**, *Buona fede 3 affidamento nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2001.
- **MERUSI F.**, *Disciplina e organizzazione dei finanziamenti pubblici nelle leggi per il mezzogiorno*, Milano, Giuffrè, 1968.
- **MERUSI F.**, *Il diritto privato della Pubblica Amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir.Amm.*, 2004, n. 4.
- **MEZZACAPO S.**, *Procedure di evidenza pubblica (voce)*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, M. CLARICH, G. FONDERICO (a cura di), Milano, Il Sole 24 ore, 2007.
- **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, Giuffrè, 2005.
- **MORACA L.**, *Valore giuridico della pubblicazione on line dei bandi di gara negli appalti pubblici*, in *Giur. It.*, 2008.
- **MORBIDELLI G., ZOPPOLATO M.**, voce *Appalti pubblici*, in CHITI M.P., GRECO G., a cura di, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 1997, 262.
- **MORBIDELLI G. - ZOPPOLATO M.**, *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, Giuffrè, 2007.
- **NATALINI A., TIBERI G.**, *La tela di Penelope, primo rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica*, Bologna, il Mulino, 2010.

- **OLIVIERI PANNESI G., LUCIDI C.**, *Centrale uniche di committenza, le proposte dei Comuni*, in *Quotidiano Enti Locali e PA*, Luglio 2015.
- **OROFINO A. G.**, *L'informatizzazione dell'attività amministrativa nella giurisprudenza e nella prassi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004.
- **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, Università degli studi di Trento, 2005.
- **PICOZZA E.**, *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Studi in memoria di F.Piga*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1992.
- **SANDULLI A.**, *Il principio di proporzionalità*, Padova, CEDAM, 1998.
- **SANDULLI A.**, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, CEDAM, 1998.
- **SANDULLI M.A.**, nel *Trattato sui Contratti pubblici*, Vol. I, *I principi generali, i contratti pubblici, I soggetti, sezione I, l'oggetto*, diretto da M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, Milano, Giuffrè, 2008.
- **SANNA C., PANI M., BRAGLIA A.**, *Appalti e trasparenza nella normativa anticorruzione*, CESDA, 2014.
- **SANTI ROMANO**, *Principi di diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1901.
- **SCIAUDONE F.**, *Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici: la tutela della concorrenza e la "nuova" discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici*, in *Foro Amm. TAR*, 2005.
- **SORACE D.**, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- **SORRENTINO G.**, *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato*, Napoli, Editoriale scientifica, 2003.
- **TENTONI F.**, *Organizzazione e nuove tecnologie nel "nuovo" codice dell'amministrazione digitale*, in *Azienda Italia*, 2011.
- **TORCHIA L.**, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, Il Mulino, 2006.
- **TOZZI, F.**, *La scelta del contraente privato nell'attività contrattuale della p.a. Posizioni soggettive tutelabili*, in *Foro Amm.*, 1975, III.
- **USAI S.**, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, Maggioli Editore, 2014.

- **VALENTE P., IANNI G., ROCCATAGLIATA F.,** *Economia digitale e commercio elettronico*, Wolters Kluwers, 2015.
- **VENTURI S.,** *Gli acquisti di beni e servizi tramite le centrali uniche di committenza*, 2014 EDK editore.
- **VINTI S.,** *L'evidenza pubblica*, in *I contratti con la Pubblica Amministrazione*, a cura di FRANCHINI C., I, Torino, UTET, 2007.

Sitografia

- **BIAMONTE A.**, *L'amministrazione digitale e la digitalizzazione procedimentale. Verso un nuovo esercizio della funzione. Problematiche e prospettive*, in www.giustamm.it.
- **CACACE S.**, *Clausole abusive e pubbliche amministrazioni*, in www.giustiziaamministrativa.it/studiecontributi, 2006.
- **CACACE S.**, *Codice dell'amministrazione digitale*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- **CAMILLETTI F.**, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per violazione del diritto all'uso delle tecnologie*, 2008, in www.federalismi.it
- **CAPONIGRO R.**, *Valutazione delle offerte e verifica delle anomalie 2011*, in www.giustiziaamministrativa.it.
- **CASALINO D.**, *L'acquisto di beni e servizi da parte della Pubblica Amministrazione – RS Tavolo Orizzontale “Beni e Servizi*, 20 febbraio 2014, www.consip.it.
- **COLACCINO D.**, *Gare telematiche e processi di innovazione*, 2005, in www.formez.it.
- **COLACCINO D.**, *L'e-procurement*, in www.Consip.it.
- **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.
- **DE ANGELIS P.**, *Le nuove norme in materia di azione amministrativa dopo le leggi 11 febbraio 2005, n. 15 e 14 maggio 2005, n. 80*, in www.lexitalia.it.
- **DUNI G.**, *La teleamministrazione*, in www.astrid.it.
- **DUNI G.**, *Verso una amministrazione integrata nei procedimenti amministrativi*, in www.astrid.it.
- **DUNI G.**, *Verso una amministrazione integrata nei procedimenti amministrativi*, in www.astrid.it.
- **GIURDANELLA C., GUARNACCIA E.**, *Il diritto all'uso delle nuove tecnologie*, in www.giurdanella.it
- **LELI A.**, *Gli effetti mancati del dpr 101/2002*, in www.formez.it
- **MANGANARO F.**, *L'evoluzione del principio di trasparenza*, 2011, in www.astrid.it.
- **MASTRAGOSTINO F.**, *La riforma del procedimento amministrativo e i contratti della P.A.*, in www.lexitalia.it/articolienote/n.4/2006.

- **PANI M., SANNA C.**, *L'ambito applicativo del diritto all'uso delle tecnologie di cui all'art. 3 del codice dell'amministrazione digitale e il ruolo della posta elettronica certificata nel procedimento amministrativo elettronico*, in www.lexitalia.it.
- **POLI, V.**, *Principi generali e regime giuridico dei contratti stipulati dalle Pubbliche Amministrazioni*, in www.giustiziamministrativa.it.
- **RICCIARDI D.**, *Le comunicazioni elettroniche della Pubblica Amministrazione*, in www.lexitalia.it.
- **ROSATI S.**, *E' facoltativa per la stazione appaltante la pubblicazione sui quotidiani dei bandi di gara e degli avvisi pubblici*, 2012, in www.lexitalia.it.
- **SANDULLI M. A.**, *Il procedimento amministrativo e la semplificazione report annuale-2013*, in www.iuspublicum.it.
- **SPASIANO M. R.**, *L'Interesse pubblico e l'attività della p.a. nelle sue diverse forme alla luce della novella della l. 241 del 1990*, in www.lexitalia.it.