

reperimento dei mezzi finanziari necessari alla sua realizzazione, è configurabile l'ipotesi della concessione di lavori pubblici.

Conseguentemente il Giudice di appello, nel condividere le argomentazioni già svolte dal Giudice di primo grado, ha rilevato nel caso di specie la mancanza dei connotati essenziali dell'istituto della concessione di costruzione e gestione, in quanto la tariffa posta a carico dei fruitori - lungi dal collegarsi sinallagmaticamente ed unicamente (*ex art. 19, comma 2, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.*) all'investimento necessario per realizzare i lavori - è in realtà volta a remunerare un servizio unitario e più complesso, ossia il servizio di gestione di un sistema integrato dei rifiuti, (oltre che di raccolta, di compostaggio, smaltimento, recupero e riutilizzo energetico), che costituisce il vero oggetto primario e centrale dell'intervento, rispetto al quale le realizzazioni infrastrutturali assumono funzione ontologicamente subordinata.

b) L'ambito soggettivo della disciplina

Sotto il profilo dell'ambito soggettivo di applicazione della normativa sugli appalti di lavori pubblici si segnala la sentenza della Corte di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana, Sezione giurisdizionale, del 4 ottobre 2005, n. 668, che ha affermato l'obbligo in capo al Consorzio per le Autostrade Siciliane di applicare integralmente le norme della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m., come recepita in Sicilia dalla legge 2 agosto 2002, n. 7 e s.m., in virtù dell'appartenenza del soggetto stesso alla categoria degli organismi di diritto pubblico, categoria normativamente equiparata alle amministrazioni aggiudicatrici.

Nello specifico, stante la duplice qualifica del Consorzio in esame, di organismo di diritto pubblico e di concessionario di lavori pubblici, era stata posta la questione se lo stesso, nel caso in cui non eseguisse direttamente i lavori ma, per sua scelta o per obbligo giuridico, li appaltasse a terzi, dovesse rispettare *in toto* la legge n. 109/1994 e s.m. (come previsto per gli organismi di diritto pubblico) o se, invece, in qualità di concessionario di lavori pubblici fosse esonerato dall'applicazione di quelle disposizioni della legge stessa ritenute dal legislatore tipiche del

modo di essere e di agire delle amministrazioni aggiudicatrici e dei soggetti ad esse equiparati (quali la programmazione triennale, gli incentivi alla progettazione, la nomina del responsabile del procedimento, la conferenza dei servizi, la concessione, la direzione dei lavori ed infine le norme sulla segretezza).

In ordine a tale problematica la Corte di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana ha concluso per la prevalenza, ai fini della disciplina applicabile, della qualifica di organismo di diritto pubblico, sulla base del rilievo che, nel rapporto tra regola generale (equiparazione totale tra amministrazioni aggiudicatrici ed organismi di diritto pubblico) ed eccezione (equiparazione solo parziale dei concessionari di lavori alle amministrazioni aggiudicatrici) non sembra dubbio che l'eccezione debba - come peraltro è sua natura - interpretarsi con esclusivo riferimento allo specifico caso contemplato e cioè al soggetto che riveste esclusivamente la veste di concessionario e non già anche a quello che, pur potendo divenire tale, è prima di tutto inquadrato nella categoria delle amministrazioni aggiudicatrici.

a) Il bando di gara ed il c.d. Patto di integrità

**Scelta del
contraente**

Sulla controversa questione concernente la natura e le finalità del c.d. Patto di integrità, si è recentemente pronunciata la Sez. V del Consiglio di Stato, con sentenza 8 febbraio 2005, n. 343.

Riformando la sentenza 11 marzo 2003, n. 439 della Sez. III del T.A.R. Lombardia, il Consiglio di Stato ha sostenuto che, con la sottoscrizione del Patto di integrità all'atto della presentazione della domanda, l'impresa concorrente ad una procedura di evidenza pubblica accetta in sostanza regole del bando che rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara (nella specie, la regola di non compiere atti limitativi della concorrenza) e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza ordinaria, comune a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara.

Ricostruendo la fattispecie in questione nei suddetti termini, il Giudice di appello ha individuato innanzitutto un onere in capo al concorrente, consistente nella sottoscrizione per adesione delle regole contenute nel Patto di Integrità, configurando l'accettazione delle regole in questo contenute come condizione imprescindibile per poter partecipare alla gara. Al contempo lo stesso Collegio ha ravvisato dei doveri comportamentali, di cui il Patto stesso è fonte, accompagnati dalla previsione di una responsabilità patrimoniale, aggiuntiva all'esclusione dalla gara, e assunti su base pattizia, ossia attraverso l'accettazione da parte del concorrente del Patto di integrità con la sua sottoscrizione.

Ciò chiarito, il Consiglio di Stato ha ritenuto di potere affermare che la previsione, come ulteriore prescrizione dei bandi di gara, dei doveri stabiliti dal Patto d'integrità con le correlative responsabilità di ordine patrimoniale, sia del tutto legittima, in quanto si inquadra, sotto il profilo dell'autonomia negoziale dell'amministrazione, nell'invito a contrattare e, sotto il profilo di chi aspiri a diventare titolare di un futuro contratto, nell'accettazione dell'invito. In merito il Giudice di appello non ha ravvisato preclusioni nell'ordinamento positivo, atteso che il Patto d'integrità contiene regole conformi a principi già considerati dall'ordinamento e già assistiti da responsabilità patrimoniale (quali la buona fede e la correttezza nelle trattative contrattuali). Conseguentemente, l'escussione della cauzione provvisoria nella fattispecie in esame vale unicamente ad identificare e a quantificare fin dall'origine la conformazione e la misura della responsabilità patrimoniale del partecipante alla gara conseguente all'inadempimento dell'obbligo assunto con la sottoscrizione del Patto d'integrità.

b) la licitazione privata semplificata

Le problematiche interpretative ed applicative sorte in merito alle modalità di invito delle imprese alla licitazione privata semplificata sono state recentemente risolte dal Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza 3 ottobre 2005, n. 5248.

Si tratta di quella particolare procedura di licitazione privata che consente alle stazioni appaltanti di avvalersi, per gli appalti concernenti lavori di importo inferiore a 750.000 ECU, IVA esclusa, di appositi elenchi, formati annualmente dalle amministrazioni stesse sulla base delle domande avanzate dalle imprese interessate in considerazione della programmazione annuale dei lavori. In tal caso l'amministrazione aggiudicatrice può astenersi dalla pubblicazione dei bandi di gara ed invitare alle gare stesse, di volta in volta, "almeno trenta concorrenti" (art. 23, comma 1 *bis*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.).

Al riguardo il Consiglio di Stato ha innanzitutto chiarito che con l'espressione "almeno trenta concorrenti", contenuta nella norma citata, il legislatore ha inteso indicare manifestamente un limite minimo di concorrenti da invitare e non prescrivere un numero massimo oltre il quale non sia legittimo andare. Quanto alla disposizione di cui all'art. 77 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m., che prevede, a sua volta, l'invito di trenta concorrenti "nel rispetto dell'ordine in cui sono inseriti nell'elenco, e sempre che siano in possesso dei requisiti di qualificazione necessari per l'affidamento dei lavori", il Collegio ha evidenziato che, trattandosi di disposizione attuativa di quella primaria di cui al richiamato art. 23, comma 1 *bis*, della legge quadro, essa va interpretata in senso conforme alla norma primaria stessa. Conseguentemente, anche l'art. 77 implica l'invito di almeno trenta imprese, ma non esclude che ne possa essere invitato un numero maggiore o che possano essere tutte indistintamente invitate. E se quello di trenta costituisce un minimo e non un massimo nel numero di imprese da invitare, ne discende, conclude il Giudice di appello, che legittimamente la stazione appaltante può invitare tutte le imprese in elenco, senza procedere necessariamente alla turnazione delle stesse, anche perché, estendendo oltre le trenta il numero delle concorrenti da invitare, la procedura semplificata viene resa più concorrenziale e questo costituisce un vantaggio per l'amministrazione, poiché un più vasto ventaglio di concorrenti agevola, normalmente, la formulazione di più consistenti ribassi.

c) la procedura negoziata

In ambito comunitario, con riferimento ai limiti entro i quali si può fare ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione preliminare di un bando di gara per l'affidamento di una concessione di lavori pubblici, si segnala la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. I, del 27 ottobre 2005, resa nelle cause riunite C-187/04 e C-188/04.

Chiarito preliminarmente che, *ex art. 3, n. 1*, della direttiva 93/37/CEE, le norme di pubblicità relative agli appalti di lavori pubblici si applicano anche ai casi - come quello di specie - in cui le amministrazioni aggiudicatrici concludono un contratto di concessione di lavori pubblici, la Corte ha precisato che è consentito fare ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione preliminare di un bando di gara solo in presenza di una delle situazioni eccezionali tassativamente elencate dall'art. 7, n. 3, della citata direttiva - non ritenute sussistenti nel caso concreto - e che, secondo una costante giurisprudenza, le disposizioni di una direttiva che autorizzano deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia di diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti di lavori pubblici devono essere interpretate restrittivamente, gravando sul diretto interessato l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza di circostanze eccezionali che giustificano una deroga.

d) l'affidamento c.d. "in house"

Sempre a livello comunitario si segnala, per la sua valenza di carattere generale anche se concernente l'affidamento di un appalto di servizi, la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. I, dell'11 gennaio 2005, resa nella causa C-26/03, secondo la quale l'affidamento a società mista, pubblico-privata, non può essere definito "*in house*" e, pertanto, le procedure di affidamento con gara previste dalle direttive devono essere sempre applicate.

Con tale pronuncia, la Corte è intervenuta a delimitare l'ambito di operatività del principio già espresso nella nota sentenza "Teckal" del 18 novembre 1999, causa C-107/98, nella quale la Corte stessa aveva ammesso l'esistenza di circostanze nelle quali il ricorso alla concorrenza non è

obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridica distinta dall'amministrazione aggiudicatrice.

Dopo aver ribadito che tali circostanze sussistono solo qualora l'autorità pubblica, qualificabile come amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano, la Corte ha ricordato, nella sentenza in rassegna, che nel caso deciso dalla sentenza "Teckal" l'entità distinta era interamente detenuta da autorità pubbliche. Di contro, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche un'amministrazione aggiudicatrice, secondo la Corte esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che l'amministrazione stessa esercita sui propri servizi.

Al riguardo la recente sentenza in esame ha rilevato, innanzitutto, che il rapporto tra un'autorità pubblica, qualificabile come amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, mentre qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente.

In secondo luogo, la Corte ha posto l'accento sul fatto che l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza fare appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessati, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti.

Tale orientamento è stato, da ultimo, ribadito dalla stessa Sez. I della Corte di Giustizia con la sentenza 10 novembre 2005, resa nella causa C-29/04.

La citata pronuncia, peraltro, non si è limitata a confermare che l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad applicare le procedure di gara

di appalto previste dalle direttive a causa del solo fatto che un'impresa privata detiene una partecipazione, sia pure di minoranza, nel capitale della società controparte contrattuale, a cui partecipa anche l'amministrazione aggiudicatrice stessa.

Nella sentenza in commento, infatti, la Corte ha sostenuto un ulteriore rilevante principio per cui, qualora l'appalto pubblico venga affidato ad un'impresa mista pubblico-privata, anche con partecipazione privata minoritaria, attraverso un'operazione artificiale, comprendente più fasi distinte e tendente sostanzialmente a celare l'affidamento a società ad economia mista, l'aggiudicazione di detto appalto deve essere esaminata tenendo conto dell'insieme di tali fasi, nonché il loro obiettivo e non in funzione dello svolgimento cronologico in senso stretto di esse, poiché ciò comprometterebbe l'effetto utile delle direttive comunitarie.

Conseguentemente, nel caso di specie la Corte ha ritenuto non rispettate le norme di procedura e di pubblicità previste dal diritto comunitario, benché il contratto di appalto fosse stato formalmente concluso quando le quote sociali della società affidataria erano ancora interamente in mano pubblica, proprio in considerazione del fatto che questo costituiva solo un momento intermedio di un'operazione artificiale - a fini elusivi della normativa comunitaria - conclusasi con l'assunzione di una partecipazione nella società affidataria da parte di un'impresa privata.

a) i requisiti speciali

In merito alla dimostrazione della capacità economico-finanziaria e tecnica da parte dei partecipanti alle gare per l'affidamento di appalti pubblici, la Sez. V del Consiglio di Stato, con sentenza 28 settembre 2005, n. 5194 ha precisato che la potestà di avvalimento costituisce un principio di fonte comunitaria non limitato al solo settore degli appalti di servizi, ma di portata generale.

Sia la direttiva "servizi" 92/50/CEE sia la direttiva "lavori" 93/37/CEE, infatti, consentono, ai fini della valutazione dei criteri cui deve soddisfare un'impresa concorrente, di tenere conto - nell'esaminare una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di

**Requisiti dei
concorrenti**

un gruppo - delle società che appartengono a tale gruppo, purché la persona giuridica in questione provi di avere effettivamente a disposizione i mezzi di dette società, necessari per l'esecuzione degli appalti. Mentre la recente direttiva unificata 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, prevede espressamente (artt. 47 e 48) che un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità economico-finanziarie e/o tecniche di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, purché dimostri di disporre dei mezzi necessari a tal fine.

Ciò premesso, il Consiglio di Stato, nella sentenza in esame ha affermato, in primo luogo, che il principio dell'avvalimento debba operare anche con riguardo alle attestazioni S.O.A., in quanto sostituiscono ogni altra certificazione o dichiarazione che il concorrente deve rendere in merito alla documentazione dei requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria e dimostrano il possesso da parte dello stesso di una serie di requisiti utili e necessari ai fini della partecipazione alle gare in relazione ai relativi importi. Conseguentemente, l'impresa che dichiara di avvalersi delle capacità tecniche o economico-finanziarie di altra impresa può anche avvalersi, ai fini della partecipazione alla gara e dell'espletamento dei lavori previsti, delle prestazioni di quella medesima impresa, da rendersi in forza delle attestazioni S.O.A. di cui la stessa è dotata.

In secondo luogo, il Giudice di appello ha sostenuto che l'avvalimento, attesa la sua natura di "principio", può essere invocato non solo dalla "società madre" del gruppo che partecipa direttamente alla gara di appalto - fattispecie tipica su cui si è sviluppata la giurisprudenza comunitaria - ma anche da una società del gruppo che sia in grado, per i collegamenti in seno al gruppo stesso, di avvalersi delle prestazioni e dei requisiti di altra società facente capo al gruppo medesimo, dovendosi ritenere indifferente la natura del rapporto che lega le imprese in questione.

In terzo luogo, al fine della prova, la sentenza in rassegna ha ritenuto sufficiente "un principio di prova", volto a dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice la disponibilità dei mezzi dell'impresa di cui il partecipante

alla gara intende avvalersi, offerto dall'esistenza dei vincoli del gruppo. Ciò, in quanto la disciplina comunitaria sull'avvalimento rimette alla discrezione delle amministrazioni appaltanti le valutazioni in merito alla verifica della concreta esistenza di rapporti tra imprese validi per attestare la reale sussistenza delle condizioni utili all'avvalimento, senza imporre una valutazione basata su presupposti specifici e predeterminati né che la valutazione stessa preceda necessariamente l'espletamento della gara. Conseguentemente, laddove, come nella specie, la concorrente abbia fornito elementi che l'amministrazione ha ritenuto sufficienti a corroborare il ricorso all'avvalimento (e tali elementi non sono stati in concreto contestati in sede giudiziale) deve ritenersi pienamente rispettata la disciplina comunitaria di settore.

Sulla diversa problematica delle false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione, si segnala la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, del 24 gennaio 2005, n. 129.

Con tale pronuncia il Consiglio di Stato, dopo aver ribadito il proprio ormai consolidato orientamento affermativo circa la sussistenza in capo all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici del potere di annullare le attestazioni S.O.A., ha sostenuto che le false dichiarazioni sui requisiti per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione costituiscono un fatto di tale gravità da essere di per sé ostativo dell'ottenimento dell'attestazione stessa, a prescindere dal numero e dall'entità dei documenti falsi. Conseguentemente, a fronte di documentazione di cui è stata accertata la falsità, e dunque preclusiva dell'ottenimento dell'attestazione, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici correttamente procede all'annullamento dell'attestazione medesima.

Il Collegio ha inoltre chiarito che l'attestazione di qualificazione rilasciata sulla base di falsi documenti va annullata anche se in ipotesi la falsità non sia imputabile all'impresa che ha conseguito l'attestazione, perché ciò che rileva, al fine dell'annullamento dell'attestazione, è il fatto oggettivo della falsità dei documenti sulla base dei quali la stessa è stata conseguita, quali che siano i soggetti che hanno dato causa alla falsità e,

quindi, indipendentemente da ogni ricerca sull'imputabilità soggettiva del falso.

Il Giudice di appello ha, tuttavia, precisato che la non imputabilità della falsità all'impresa che ha conseguito l'attestazione acquista rilevanza ai fini del rilascio di una nuova attestazione. Ciò in quanto, in caso di falso non imputabile, ai sensi dell'art. 17, lett. m), del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 e s.m. sussisterà il requisito di ordine generale di non aver reso false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti per l'ammissione agli appalti e per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione.

b) i requisiti generali

In tema di requisiti generali significativa è la decisione assunta dal Consiglio di Stato, Sez. IV, con sentenza 20 settembre 2005, n. 4817, sulla specifica problematica concernente il momento al quale riferire il possesso del requisito della correntezza contributiva.

Procedendo all'esegesi del contenuto precettivo dell'art. 75 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m., il quale prevede, tra l'altro, che "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti...", i soggetti "che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro..." (lett. e del primo comma), il Consiglio di Stato ha osservato che la *ratio* della disposizione in esame non è solo quella di garantire all'amministrazione la conclusione del contratto con un'impresa che osservi la normativa sul diritto del lavoro, ma anche, se non prevalentemente, quella di assicurare e di perseguire il più ampio rispetto di quest'ultima.

In proposito il Collegio ha ritenuto indubbio che la suddetta finalità risulti conseguita con maggiore efficacia ove la disposizione in questione venga letta nel senso che il rispetto della normativa a tutela del lavoro debba essere attestato al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara. Quest'ultima interpretazione, infatti, favorisce in maniera significativa l'osservanza della normativa in parola, condizionando al suo rispetto la stessa possibilità di partecipare alle procedure selettive.

La diversa opzione ermeneutica, che ammette l'efficacia di una regolarizzazione successiva alla manifestazione della volontà di concorrere alla gara, garantisce, invece, con minore efficacia la tutela dei lavoratori, in quanto il carattere eventuale e futuro della sanzione dell'esclusione potrebbe indurre le imprese partecipanti a rinviare ad un momento successivo a quello dell'instaurazione del rapporto partecipativo la regolarizzazione della propria posizione e, quindi, a non conseguire e a non conservare la condizione di ordinario adempimento delle obbligazioni previdenziali, in via generale ed a prescindere dal concreto interesse derivante dalla partecipazione ad una determinata procedura (che è proprio l'atteggiamento che la disposizione intende evitare).

Attesa la richiamata *ratio* dell'art. 75, comma 1, lett. e) del D.P.R. n. 554/1999 e s.m., il Giudice di appello ha quindi concluso che l'interpretazione della predetta disposizione maggiormente conforme alla sua finalità - e, peraltro, significativamente avvalorata e corroborata dal dato letterale della disposizione medesima - risulta senz'altro quella che identifica nella domanda di partecipazione alla gara la fase procedimentale alla quale riferire il possesso del requisito in questione.

c) il collegamento ed il controllo

Sempre in materia di condizioni ostative alla partecipazione alle gare si segnalano alcune decisioni sulla rilevanza di eventuali situazioni di controllo e/o collegamento tra concorrenti, indicative di un non univoco orientamento giurisprudenziale sul tema.

Il Consiglio di Stato, Sez. VI, con sentenza 13 giugno 2005, n. 3089 ha precisato che la disposizione contenuta nell'art. 10, comma 1 *bis*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., secondo cui "non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo previste dall'articolo 2359 del codice civile", costituisce una norma di ordine pubblico che trova applicazione indipendentemente da una specifica previsione in tale senso da parte della stazione appaltante.

In proposito il Giudice di appello ha evidenziato che l'oggetto giuridico tutelato dalla norma è quello del corretto e trasparente

svolgimento delle gare di appalto di lavori pubblici, nelle quali il libero gioco della concorrenza e del libero confronto, finalizzati alla scelta del “giusto” contraente, risulterebbero irrimediabilmente alterati dalla eventuale presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da due o più imprese giuridicamente diverse, siano sostanzialmente riconducibili ad un medesimo centro di interessi, tale essendo quello che - secondo la previsione del legislatore - si realizza concretamente nelle ipotesi controllo o collegamento societario indicato dall’art. 2359 del codice civile.

Richiamando proprie precedenti pronunce, il Consiglio di Stato ha poi precisato, nella sentenza in rassegna, che ciò non esclude che possano esistere altre ipotesi di collegamento o controllo societario atte ad alterare una gara di appalto, per cui è legittimo che l’amministrazione appaltante possa introdurre clausole di esclusione dalla gara in presenza di tali ulteriori ipotesi di fatto, con il limite della loro ragionevolezza e logicità rispetto alla tutela che intende perseguire e cioè la corretta individuazione del “giusto” contraente.

Al riguardo, il Collegio ha peraltro evidenziato che, proprio in considerazione della peculiarità della materia e degli interessi pubblici tutelati, sarebbe irragionevole e contraddittorio richiedere nel bando la tipizzazione del fatto del collegamento o del controllo societario diverso da quello di cui all’art. 2359 del c.c., poiché una tale previsione ridurrebbe il perseguimento dell’interesse pubblico alla scelta del “giusto” contraente al mero controllo della regolarità formale del procedimento, esponendo quindi l’interesse protetto al pericolo di situazioni concrete di fenomeni di effettivo controllo o di altre situazioni societarie capaci di alterare la gara, non facilmente prevedibili o ipotizzabili.

Sulla base di tali premesse il Giudice di appello ha concluso che la circostanza per cui il bando di gara faccia esplicito riferimento, come nel caso di specie, solo alla situazione di controllo di cui all’art. 2359 e non anche ad ipotesi ulteriori non può precludere all’amministrazione di disporre l’esclusione di imprese che vengano reputate in una situazione di collegamento sostanziale, se gli elementi che connotano il caso concreto

facciano ritenere violati i principi generali in materia di pubbliche gare posti a garanzia della correttezza delle procedure.

Radicalmente diverse sono le valutazioni giuridiche espresse sulla problematica in esame dalla Sez. III del T.A.R. Lazio, la quale, nella sentenza del 25 maggio 2005, n. 4170 ha, invece, giudicato illegittimo il bando di gara per il conferimento di un appalto di lavori pubblici nella parte in cui ha previsto il divieto di partecipare alla gara a carico di imprese che si trovino tra di loro in condizioni di collegamento diverso dalle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c. e ne ha stabilito l'esclusione.

Al riguardo, il Giudice Amministrativo ha ritenuto che il riferimento, contenuto nel comma 1 *bis* dell'art. 10 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., alla sola situazione di controllo, tra le situazioni di cui all'art. 2359 c.c., e non anche a quella di collegamento, debba essere inteso in senso tecnico come volontà di includere l'una e di escludere l'altra e che il comma medesimo non possa applicarsi analogicamente a situazioni diverse da quelle di controllo.

A sostegno di tale opzione ermeneutica il Giudice di primo grado ha addotto due argomentazioni. In primo luogo, ha rilevato che, attesa la consapevole esclusione delle situazioni di collegamento tra imprese dall'ambito oggettivo della norma, manca il presupposto (una lacuna dell'ordinamento) per procedere all'analogia. In secondo luogo, ha evidenziato che una norma che fa divieto di partecipare alla medesima gara a imprese in situazione di controllo è una norma che introduce un'eccezione ai principi costituzionali della libertà di iniziativa economica privata e di uguaglianza e, pertanto, non è suscettibile di applicazione estensiva o analogica.

a) le modalità di presentazione

Con riferimento alle modalità di presentazione delle offerte, si segnala la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, del 13 gennaio 2005, n. 82, con la quale è stata ritenuta tutt'altro che irrazionale la prescrizione del bando di gara, assistita da espressa comminatoria di esclusione in caso di inosservanza, di servirsi esclusivamente del servizio pubblico postale per la

L'offerta

presentazione delle offerte, quando l'amministrazione stabilisca un termine congruo per la presentazione delle stesse.

Al riguardo il Collegio ha evidenziato che il servizio postale non solo costituisce il mezzo più tradizionale e sperimentato di cui si serve l'Amministrazione per la ricezione degli atti, ma è anche quello che consente, a parità di condizioni, una più ampia partecipazione di concorrenti e che, per la sua neutralità nei confronti della gara, può meglio garantire i concorrenti stessi sul rispetto dei termini stabiliti per la presentazione delle offerte.

La suddetta prescrizione è apparsa, inoltre, senz'altro rispondente ad un particolare interesse della pubblica amministrazione appaltante, rinvenuto nell'esigenza di conseguire pubblica certezza circa gli estremi della spedizione (data di invio, identificazione del mittente e data della ricezione) e l'onere che ne deriva non è stato giudicato particolarmente vessatorio, costoso, discriminatorio o di difficile attuazione, ma piuttosto riconducibile ad una prassi diffusissima, ragionevole e perfettamente attendibile.

Conseguentemente, il Giudice di appello ha ritenuto, nel caso di specie, sanzionabile con la prescritta esclusione dalla gara un'impresa che, invece di utilizzare unicamente il servizio postale, come previsto dal bando, aveva presentato la propria offerta a mezzo di corriere privato.

In tema di recapito plichi, si segnala anche la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, del 16 marzo 2005, n. 1080, nella quale la clausola del bando, sempre più frequente nella prassi, che consente la consegna del plico contenente l'offerta anche "tramite agenzia di recapito autorizzata dal Ministero delle poste e telecomunicazioni", è stata interpretata nel senso di abilitare il concorrente ad avvalersi di qualsiasi agenzia, debitamente autorizzata da detto ministero.

Nello specifico, il Collegio non ha ritenuto di operare alcuna distinzione, nell'ambito delle tipologie di autorizzazioni al recapito previste dalla legge, a seconda che si tratti dell'autorizzazione generale ovvero della licenza individuale, ed ha assunto tale posizione richiamando un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui le prescrizioni del

bando, ove risultino equivoche e diano adito a dubbi interpretativi, devono essere interpretate nel senso di favorire la più ampia partecipazione alla gara e di realizzare, così, il relativo preminente interesse pubblico.

b) i criteri di valutazione ed il giudizio di anomalia

Relativamente ad un appalto di lavori da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il Consiglio di Stato, Sez. IV, con la sentenza 15 febbraio 2005, n. 476, ha ritenuto illegittima la previsione nel capitolato speciale di appalto dell'esclusione automatica degli offerenti che non abbiano raggiunto nel giudizio di qualità almeno il 50% del punteggio attribuibile.

Il Collegio ha sostenuto l'illegittimità di siffatte "clausole di sbarramento" anche alla luce del noto principio secondo cui, in materia di esclusione da gare di appalto, deve prevalere l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione e selezione dei concorrenti, in vista del perseguimento dell'interesse dell'amministrazione al confronto tra le offerte ed alla scelta di quella più vantaggiosa.

La clausola in questione, in particolare, è stata reputata dal Giudice di appello atta a determinare un effetto distorsivo tale da attenuare sensibilmente ed ingiustificatamente il rilievo della valutazione economica. La stessa entità così elevata della soglia (pari al 50%) stabilita nel capitolato speciale per il giudizio di qualità è stata giudicata, inoltre, illogica rispetto all'interesse dell'amministrazione, poiché consente, nell'ipotesi in cui un partecipante alla gara non raggiunga, seppure di poco, la soglia stessa, di dover aggiudicare ad altri, indipendentemente dall'entità del compenso richiesto.

Con riferimento, invece, ad un appalto avente ad oggetto servizi di progettazione, da aggiudicarsi sempre tramite il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il Consiglio di Stato, Sez. V, con sentenza 30 agosto 2005 n. 4423 ha chiarito che il punteggio numerico può essere considerato sufficiente a motivare gli elementi dell'offerta economicamente più vantaggiosa soltanto nell'ipotesi in cui il bando di gara abbia espressamente predefinito specifici obiettivi e puntuali criteri di

valutazione. Ciò in ragione del fatto che tale criterio di aggiudicazione svincola l'amministrazione da una valutazione meccanica, attribuendole un potere fortemente discrezionale.

Tale esigenza è stata ritenuta rispondente al principio di correttezza dell'azione amministrativa, ineludibile per tutte le procedure di evidenza pubblica, e volta a garantire l'imparziale svolgimento di tali procedimenti, in ordine ai quali deve essere sempre consentita, sia ai privati interessati sia al Giudice Amministrativo, la verifica del comportamento dell'amministrazione, rendendo possibile la ricostruzione dell'iter logico seguito dalla stazione appaltante nella valutazione dell'offerta e nell'attribuzione del relativo punteggio.

Nella diversa materia della valutazione dell'anomalia delle offerte si segnala la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, del 5 ottobre 2005 n. 5315, con la quale è stato ribadito, sulla base dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia con la sentenza 27 novembre 2001, resa nelle cause C-285/1999 e C-286/1999, che la previsione di giustificazioni preventive, contemplata dall'art. 21, comma 1 *bis*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., non deve incidere sul diritto dell'offerente, sospettato di avere presentato un'offerta anormalmente bassa, di presentare successivamente giustificazioni, in ossequio al principio del contraddittorio che ispira la disciplina comunitaria nella specifica materia.

Muovendo da tale assunto il Consiglio di Stato ha, innanzitutto, affermato che la pretesa insufficienza delle giustificazioni preliminari, lamentata nel caso di specie, non poteva incidere sull'esplicazione di una successiva fase di approfondimento delle giustificazioni stesse, al fine di consentire l'integrazione delle originarie indicazioni. In secondo luogo, il Collegio stesso ha ribadito la possibilità di rimodulare gli elementi economici dell'offerta in sede di giustificazioni sull'anomalia, con il solo ovvio limite di non alterare il *quantum* iniziale dell'offerta medesima - considerata nella sua globalità - pena la violazione della *par condicio* tra i concorrenti. Ciò che deve rimanere immutato non sono, infatti, i singoli elementi dell'offerta o prezzi unitari praticati, ma - tenuto conto della realtà economica all'interno della quale si svolge la procedura di gara - il *quantum*