



Consiglio di Stato
Tribunali Amministrativi Regionali

Rassegna di dottrina

Agosto 2020

Sommario

Contratti della pubblica amministrazione

Consiglio di Stato

Covid-19

Edilizia

Processo amministrativo

Contratti della pubblica amministrazione

C. Buonauro, *“Disciplina antitrust e procedure di affidamento dei contratti pubblici”*. *“Per un nuovo ruolo dell’AGCM nella vigilanza e regolazione degli appalti pubblici”*, in sito giustizia amministrativa - dottrina, 20 agosto 2020;

A.di Cagno, *“Il motivo di esclusione relativo ad un subappaltatore come causa di esclusione del concorrente”*, in Urbanistica e appalti 4/2020;

S. Cocchi, *“Il conflitto di interessi dei componenti delle commissioni di gara - Criticità e conseguenze”*, in Azienditalia 8-9/2020;

M. Ferlini, *“Le riserve nell’appalto di opera pubblica”*, in Azienditalia 8-9/2020;

S.R. Masera, *“Procedura negoziata senza pubblicazione del bando e valutazione del requisito dell’assenza di adeguata concorrenza”*, in Urbanistica e appalti 4/2020;

M. Santini, *“L’Adunanza plenaria sul termine di decorrenza per l’impugnazione degli atti di gara”*, in Urbanistica e appalti 4/2020;

Consiglio di Stato

V. Neri, *“La funzione consultiva del Consiglio di Stato dall’editto di Racconigi ai pareri resi su richiesta dell’ANAC”*, in Urbanistica e appalti, 4/2020;

Covid-19

A. Ruffini, *“Le procedure di gara ai tempi del coronavirus tra rallentamenti ed accelerazioni”*, in Urbanistica e appalti 4/2020;

Edilizia

P. Urbani, *“La ristrutturazione edilizia “ricostruttiva” secondo la Corte costituzionale”*, in Urbanistica e appalti 4/2020;

Processo amministrativo

F. D’ Alessandri, *“Le conseguenze della violazione delle regole del processo amministrativo telematico”*, in Urbanistica e appalti 4/2020;

L. Viola, *“Il P.A.T. dopo l’emergenza Covid-19”*, in Urbanistica e appalti 4/2020;

Disciplina antitrust e procedure di affidamento dei contratti pubblici

Per un nuovo ruolo dell'AGCM nella vigilanza e regolazione degli appalti pubblici

abstract

This paper aims to outline the effects of anti-competitive conduct in the context of the awarding and execution procedures of public contracts.

There is a growing awareness, in the administrative jurisprudence and in the doctrine, of refining the related tools and in a perspective way of concentrating the supervisory and regulatory role of the public contracts sector on the AGCM.

abstract

Il presente contributo mira a delineare gli effetti delle condotte anti-concorrenziali nell'ambito delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici.

Si evidenzia la crescente consapevolezza, nella giurisprudenza amministrativa e nella dottrina, di affinare i relativi strumenti ed, in chiave prospettica, di concentrare in capo all'AGCM il ruolo di vigilanza e regolazione del settore dei contratti pubblici.

Sommario: 1. Premessa. La parziale sovrapposibilità tra disciplina antitrust e procedure di affidamento dei contratti pubblici. - 2. Il quadro d'insieme dei fenomeni anticoncorrenziali nel settore degli appalti pubblici. - 3. Condotte anticoncorrenziali e partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici. - 4. Conclusioni. Verso un nuovo assetto di vigilanza e regolazione dei contratti pubblici.

1. Premessa. La parziale sovrapposibilità tra disciplina antitrust e procedure di affidamento dei contratti pubblici. - La stretta contiguità tra la normativa (legge 10 ottobre 1990, n. 287 e successivi sviluppi) posta a presidio dell'azione dell'Autorità per la concorrenza ed il mercato (d'ora in poi per semplicità AGCM o Antitrust) e la disciplina dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e ss.mm.ii.) è posta con evidenza dal comune dato teleologico: la tutela e la promozione della concorrenza nel mercato (anche) degli operatori economici nei confronti delle pubbliche amministrazioni¹.

¹ La bibliografia sul tema è sterminata. Il quadro d'insieme, anche per ulteriori riferimenti di letteratura, è esaustivamente delineato in M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid Rassegna* – N. 19/2015, il quale, già in esordia, chiarisce il decisivo punto per cui “La concorrenza è ritenuta generalmente un elemento fondante la disciplina dei contratti pubblici, soprattutto quella di derivazione europea. Quest'ultima ha comportato infatti già da decenni il superamento della matrice “contabilistica” che caratterizzava la normativa nazionale sulla contabilità dello Stato”.

Ulteriori indicazioni in M. Di Carlo, *La concorrenza nelle procedure di gara degli appalti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2008, 577 ss.; S. Ponzio, *Capitolati negli appalti pubblici*, Napoli, 2006, 9 ss. S. Simone e L. Zanettini, *Appalti pubblici e concorrenza*, in *Lo Stato compratore, L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di L. Fiorentino, Bologna, 2007, 142 ss.; G.L. Albano, F. Dini e G. Spagnolo, *Strumenti a sostegno della qualità negli acquisti pubblici*, in *Quaderni Consip*, 2008, I, 3.

Questo dato sostanziale, già riflesso nel quadro assiologico costituzionale² ed euro-unitario originario³, spiega quindi i molteplici profili di intersezione e sovrapposibilità che i due settori ordinamentali registrano, in ragione della (parziale) comunanza di *ratio*.

Nondimeno e con altrettanta evidenza, emerge una prima e fondamentale differenziazione tra i due ambiti di regolazione in relazione ad una significativa divergenza, quantitativa e qualitativa, di questo pur comune substrato teleologico:

- a) Per un verso e sul versante qualitativo, non pare revocabile in dubbio che la tutela della concorrenza, da un lato e sul versante Antitrust, costituisca il fine ultimo e assorbente dell'azione della relativa Authority, sia pure nel superiore intento di un complessivo miglioramento della qualità e dei costi dei servizi e dei beni offerti ai consumatori; dall'altro lato e sul versante dei contratti pubblici, la concorrenza nel mercato pubblico dei lavori, servizi e forniture delle stazioni appaltanti si pone più come un mezzo per permettere a queste ultime la selezione in modo imparziale della migliore offerta tra gli operatori economici coinvolti nelle diverse forme procedurali dell'evidenza pubblica, solo indirettamente ponendosi come fattore di implementazione della qualità degli standard produttivi e di riduzione dei relativi costi da parte delle imprese di settore con mediato beneficio sulla complessiva comunità degli utenti;
- b) Per altro verso e sul versante quantitativo, è altrettanto indubbio come la concorrenza nel mercato delle commesse pubbliche, profilo esclusivamente posto a fondamento della disciplina dei contratti pubblici, rappresenti un importante ma solo parziale spettro di intervento dell'Antitrust, chiamata a vigilare su ben più ampi spettri di forme distorsive della concorrenza e di tutela dei consumatori.

Utili argomenti, anche per la spesso trascurata ma egualmente strategica fase dell'esecuzione del contratto, in A. Fonzi, *Il principio di concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2019.

Infine, anche in chiave comparative, cfr. tra tanti, G.M. Racca, *Collaborative procurement and contract performance in the Italian healthcare sector: illustration of a common problem in European procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, n. 3. UK Government's, *Operational efficiency programme: collaborative procurement report*, maggio 2009. S. Arrowsmith, *Framework Purchasing and Qualification Lists under the European Procurement Directives*, in *Public Procurement Law Review*, 1999, 115-146 e 168-186. G.M. Racca, *Aggregate models of public procurements and secondary considerations*, rel. al Seminario: *Secondary considerations in public procurements*, Orta San Giulio - Novara, 11-12 September 2009.

² Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, in Foro it., 2008, I, 1787, con nota di G. Corso e G. Fares, *Il codice dei contratti pubblici: tra tutela della concorrenza ed ordinamento civile*; Corte giust. CE, 8 giugno 2000, causa C-258/98, Giovanni Carra e altri, in cui la Corte chiarisce che le disposizioni contenute nell'art. 86 TCE hanno effetto diretto negli stati nazionali aggiungendo che i diritti contenuti in tale norma devono essere tutelati dai giudici nazionali

³ Sull'evoluzione della disciplina degli appalti pubblici e sull'impatto del diritto europeo con l'emersione dell'interesse all'apertura alla concorrenza, cfr. M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in Dir. Amm., 2008, pag. 297 e seg.; A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, pag. 398 e seg.; S. Simone- L. Zanettini, cit., pag. 119 e seg.

Questo rapporto a geometria variabile, tra tutela assoluta della concorrenza affidata alla legislazione antitrust e promozione mediata della stessa nell'ambito della regolazione dei contratti pubblici, probabilmente spiega anche la scelta di diritto positivo di assegnare la vigilanza su quest'ultimo settore ad un'autorità amministrativa indipendente distinta dall'Antitrust⁴ (astrattamente ben attrezzata per operare direttamente anche su questo versante⁵) per attribuirla dapprima ad una specifica struttura organizzativa (AVCP), poi soppressa e confluita nell'ANAC, a riprova della coesistenza, in quel settore, di esigenze finalistiche e valori assiologici ulteriori (e non sempre perfettamente coincidenti) con la tutela assoluta della concorrenza nel mercato delle commesse pubbliche, quale, in specie, la prevenzione e la repressione di forme di illegittimità e corruzione nell'ambito delle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici⁶.

Eppure, i tratti di prossimità appaiono essere sempre più avvertiti, nei due settori ordinamentali ed attraverso l'attività vivifica delle strutture chiamate a dar voce alle rispettive discipline (AGCM nella sua funzione di vigilanza sul corretto

⁴ Peraltro, nel già citato scritto di M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza* cit., si osserva come “Una terza dimensione della rilevanza giuridica della concorrenza nel settore dei contratti pubblici alla quale occorre accennare è legata al ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. E ciò sotto un doppio versante: il primo, legato ai poteri tradizionali dell'Autorità, aventi per oggetto i comportamenti delle imprese che partecipano alle procedure; il secondo, che costituisce una novità, relativo al monitoraggio sulle stazioni appaltanti soprattutto nella fase di predisposizione della *lex specialis* delle singole gare”.

⁵ La stessa dottrina prima citata segnala che – ricordando che l'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea e l'art. 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 pongono il divieto di intese restrittive della concorrenza e legittimano l'avvio di procedimenti volti ad accertare e sanzionare le condotte assunte in violazione - un ambito nel quale questo divieto trova applicazione è proprio quello delle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici che sono esposte a rischi collusivi da parte delle imprese partecipanti in relazione alla modalità di presentazione, ai contenuti delle offerte e alla ripartizione dei lotti disponibili (cosiddetto *bid rigging*). Ancora, anche il divieto di abuso di posizione dominante posto dall'art. 103 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea e dall'art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 può trovare applicazione nella materia dei contratti pubblici. Infine, nel solco dei poteri tradizionali si colloca anche l'attività di *advocacy* posta in essere dall'Autorità attraverso l'invio al Governo e al Parlamento di segnalazioni aventi per oggetto procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici e che sono volte a mettere in evidenza distorsioni della concorrenza derivanti da atti normativi o amministrativi (specie i bandi di gara) sollecitando misure correttive (indicazioni generali in G. Bruzzone, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M. D'alberti-A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati – Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2012, pag. 302 e seg).

⁶ La potenziale ed esplosiva miscela tra forme di comportamenti anticoncorrenziali e condotte *lato sensu* corruttive nel settore dei contratti pubblici emerge, a livello sovranazionale, dalla considerazione per cui interessanti indicazioni per l'individuazione di casi sospetti in violazione del diritto antitrust emergono dalla consultazione del documento a cura dell'OECD “Linee guida per la lotta contro le turbative d'asta negli appalti pubblici” scaricabile al seguente link: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/4416211.pdf>.

Peraltro, la criticità di tale assetto è ben evidenziata già da M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza* cit., secondo cui “va peraltro sottolineato che considerare la disciplina dei contratti pubblici prevalentemente dall'angolo di visuale della lotta alla corruzione rischia di far perdere di vista gli altri obiettivi della disciplina e in particolare quello dell'efficienza.

andamento dei mercati, ANAC/Magistratura amministrativa sul versante del codice dei contratti pubblici), nella condivisa concezione per cui, da un lato, occorre prestare una crescente e più raffinata attenzione all'esigenza di evitare la presenza di fenomeni anticoncorrenziali nel settore degli appalti pubblici; e, dall'altro, nella fondamentale considerazione per cui gli accordi anticoncorrenziali aventi ad oggetto gare per l'assegnazione di appalti pubblici costituiscono forme particolarmente offensive di infrazione delle regole della concorrenza⁷.

2. Il quadro d'insieme dei fenomeni anticoncorrenziali nel settore degli appalti pubblici. - I fenomeni che, all'interno delle diverse dinamiche di svolgimento delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, tradizionalmente sono risultati essere associati a comportamenti anticoncorrenziali possono essere inquadrati in due categorie di fondo:

- a) Da un lato, fattispecie oggettive che riguardano il momento di presentazione delle offerte e di formulazione dei loro contenuti sostanziali, quali, rispettivamente, il boicottaggio della gara conseguente alla mancata presentazione di offerte da parte di una o più imprese al fine di prolungare il contratto con il fornitore abituale o di far ripartire pro quota il lavoro o la fornitura tra tutte le imprese interessate al contratto⁸; la presentazione di

⁷ Già nell'ormai non recentissimo (e, prim'ancora si consideri "*Il rapporto Autorità garante della concorrenza e del mercato "Appalti pubblici e concorrenza"*" pubblicato nel 1992 e disponibile sul sito istituzionale dell'Autorità) "*Vademecum per le stazioni appaltanti individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici*", adottato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella sua adunanza del 18 settembre 2013 e riportato nel sito della stessa, si evidenzia con efficace sintesi che gli "accordi anticoncorrenziali aventi ad oggetto gare per l'assegnazione di appalti pubblici costituiscono forme particolarmente offensive di infrazione delle regole della concorrenza, in primo luogo, per la loro rilevanza economica, in quanto gli appalti pubblici rappresentano una quota assai significativa del prodotto nazionale. In secondo luogo, comportando una lievitazione dei costi per lavori o forniture, essi costituiscono un danno diretto per l'intera collettività. E' anche in ragione di questo che l'attuazione di intese anticoncorrenziali in gara è assoggettata non solo a sanzioni amministrative in capo alle imprese ma anche a sanzioni penali in capo alle persone fisiche".

Ivi si precisa ulteriormente che, per un verso, "i fenomeni anticoncorrenziali si presentano soprattutto in particolari contesti di mercato, che in estrema sintesi si caratterizzano nel modo seguente: a) pochi concorrenti; b) concorrenti caratterizzati da analoga efficienza e dimensione; c) prodotti omogenei; d) perdurante partecipazione alle gare delle stesse imprese; e) appalto ripartito in più lotti dal valore economico simile", di talché viene rivolto alle stazioni appaltanti l'invito a prestare una particolare attenzione ai casi in cui ricorre almeno una di queste condizioni. Per altro verso e prudentemente si soggiunge che "si tratta di condizioni assai generali che devono essere valutate alla luce degli elementi di cui ai punti successivi" con la condivisa conclusione per cui "l'assenza di una di queste condizioni, o la presenza del suo contrario, non implica necessariamente l'assenza di fenomeni anticoncorrenziali".

⁸ Le principali manifestazioni, come indicate nel Vademecum di cui alla nota che precede cui fanno riferimento le indicazioni di dettaglio anche delle note successive, che potrebbero essere indizio di questa strategia sono le seguenti: 1) nessuna offerta presentata; 2) presentazione di un'unica offerta o di un numero di offerte comunque insufficiente per procedere all'assegnazione dell'appalto (quando la stazione appaltante stabilisce un numero minimo per la regolarità della gara); 3) presentazione di offerte tutte caratterizzate

offerte di comodo (o ‘di cortesia’ o ‘fasulle’), finalizzata a conferire un’apparente regolarità concorrenziale alla gara e a celarne l’innalzamento dei prezzi di aggiudicazione⁹.

- b) Per altro verso e sul versante soggettivo delle modalità di partecipazione alle procedure, vengono in rilievo, *in primis*, forme di abuso di strumenti di cooperazione tra imprese¹⁰ attraverso un improprio uso, con finalità anticoncorrenziali degli istituti (pur concepiti, per favorire la concorrenza sul versante dinamico del *favor participationis*, per ampliare il novero dei soggetti che possono partecipare a meccanismi di gara, consentendo il superamento di limiti dimensionali e di specializzazione delle imprese più piccole, accanto alla dimensione statica della *par condicio participationis*) dell’avvalimento, del subappalto e dell’associazione/raggruppamento di operatori economici¹¹, piegati patologicamente ad un uso distorto in quanto elusivamente idonei a favorire la spartizione del mercato o addirittura della singola commessa¹². *In secundis*, rileva il fenomeno della cd. “rotazione delle offerte e ripartizione del mercato”, posto che l’analisi anche dei soli pattern di vittoria può segnalare la presenza di un cartello¹³ e soprattutto il

dal medesimo importo (soprattutto quando le procedure di gara fissate dalla stazione appaltante prevedono in queste circostanze l’annullamento della gara o la ripartizione dell’appalto pro quota)

⁹ Ci si riferisce, nel dettaglio, alle offerte presentate dalle imprese non aggiudicatarie, che si caratterizzano per importi palesemente troppo elevati o comunque superiori a quanto gli stessi soggetti hanno offerto in analoghe procedure di appalto. Rientrano in questa categoria anche offerte contenenti condizioni particolari e notoriamente inaccettabili per la stazione appaltante così da determinarne l’esclusione. Una sequenza di gare in cui risulta aggiudicataria sempre la stessa impresa può, ad esempio, destare il sospetto che i concorrenti presentino offerte di comodo. Sono ugualmente da considerarsi segnali d’allarme la presentazione di offerte più elevate rispetto ai prezzi di listino.

¹⁰ Sia consentito il rinvio, per maggiori indicazioni anche bibliografiche, a C. Buonauro, *Brevi note sulla rilevanza della concorrenza nella contrattazione con le pubbliche amministrazioni tra diritto comunitario e diritto interno. In particolare, il concetto di “operatore economico” con riferimento alle procedure di evidenza pubblica*, in *Gazzetta Forense* 1/2010, 121 ss.

¹¹ Sia consentito il rinvio, per maggiori indicazioni anche bibliografiche, a C. Buonauro, *Tipologie e criticità dell’avvalimento. Il regime probatorio nell’avvalimento di attestazione*, in *Il contratto di avvalimento e i suoi aspetti interdisciplinari, opera collettanea sull’avvalimento*, a cura di Roberto Dante Cogliandro 2017 e 2020.

¹² Un indizio di tale meccanismo spartitorio può essere rinvenuto laddove imprese, singolarmente in grado di partecipare a una gara, scelgono di astenersi in vista di un successivo subappalto o optano per la costituzione di un’ATI. L’evidenza della possibilità di partecipazione autonoma ad una gara può essere tratta dalla storia delle precedenti aggiudicazioni. L’attenzione degli enti appaltanti si dovrebbe rivolgere soprattutto ai casi di ATI o subappalto perfezionati da imprese accomunate dalla medesima attività prevalente. Particolarmente sospetti sono i casi nei quali un’impresa decide inizialmente di partecipare ad una gara, ritirando l’offerta in un secondo momento, per poi risultare beneficiaria di un subappalto relativo alla medesima gara. Infine, nei casi di aggiudicazione basata sull’offerta economicamente più vantaggiosa, l’ATI (tra i maggiori operatori) può essere anche il frutto di una strategia escludente, tesa ad impedire a imprese minori di raggiungere il necessario punteggio qualitativo.

¹³ Certamente se esso riguarda una pluralità di gare bandite da differenti stazioni

fenomeno delle cc.dd. situazioni di controllo/collegamento di fatto, legato a segnali di allarme nelle modalità di partecipazione all'asta connesse alla non infrequente evenienza per cui gli aderenti ad un cartello presentino le domande di partecipazione all'asta con modalità tali da tradire la comune formulazione¹⁴.

3. Condotte anticoncorrenziali e partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

La questione delle condizioni di rilevanza delle condotte anticoncorrenziali ai fini della partecipazione alle gare pubbliche costituisce una delle tematiche più dibattute nel contesto giurisprudenziale amministrativo che non ha mancato di coinvolgere da ultimo anche i giudici comunitari¹⁵.

Ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lett. c) del codice rilevano, quali possibili cause di esclusione di un'impresa per la commissione degli illeciti professionali gravi accertati, tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento, i provvedimenti definitivi dell'AGCM di condanna per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi, aventi effetti sulla contrattualistica pubblica che siano stati posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare.

appaltanti, una sola di queste non ha spesso gli elementi sufficienti per rendersi conto di un pattern sospetto. Al contrario, quando la pratica spartitoria interessa uno specifico committente, quest'ultimo avrà ben più indizi per riconoscere regolarità sospette nella successione temporale delle imprese aggiudicatrici o nella ripartizione in lotti delle vincite. Si noti che le richiamate regolarità potrebbero riguardare non solo il numero di aggiudicazioni ma anche la somma dei relativi importi. Esse inoltre potrebbero essere associate a particolari caratteristiche dell'appalto o delle aziende che pongono in essere comportamenti anticoncorrenziali.

¹⁴ E' questo il caso di: 1) comuni errori di battitura; 2) stessa grafia; 3) riferimento a domande di altri partecipanti alla medesima gara; 4) analoghe stime o errori di calcolo; 5) consegna contemporanea, da parte di un soggetto, di più offerte per conto di differenti partecipanti alla medesima procedura di gara. In giurisprudenza, su posizioni tendenzialmente conformi, cfr., da ultimo, Cons. St. V, 10.1.2017, n. 39, per cui sono state ritenute tali le offerte che avessero identico o assimilabile contenuto; che avessero identica o assimilabile struttura, anche espositiva; che nello stesso modo e secondo affini modalità avessero programmato i lavori o lo svolgimento dei servizi; che avessero utilizzato le stesse società di progetto o gli stessi professionisti.

¹⁵ Utili indicazioni, oltre ad un commento di prima lettura sulla giurisprudenza infra citata, in I. Picardi, *Aggiornamento delle linee guida sull'illecito professionale: la "palla" alle stazioni appaltanti sull'esclusione per sentenze di primo grado*, in *Appalti & Contratti*; in argomento, cfr. anche le osservazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con commento di I. Picardi, *Positiva la scelta di ricomprendere fra "i gravi illeciti professionali" anche gli illeciti antitrust, ma l'accertamento deve essere definitivo*, ivi. Infine dello stesso autore e nel medesimo contesto sitografico, *Violazione delle norme in materia di concorrenza e partecipazione alle gare pubbliche*.

La norma è stata inizialmente interpretata in senso restrittivo per cui potevano rilevare come cause di esclusione per “grave errore professionale” solo gli accertamenti dell’AGCM divenuti definitivi. In tal modo, si garantiva che i fatti oggetto di accertamento fossero imm modificabili e di conseguenza si evitava che un operatore economico potesse subire pregiudizi irreparabili sulla base di un provvedimento dell’ANAC suscettibile di annullamento in sede giurisdizionale. Così si contemperava equamente il principio della certezza del diritto e la garanzia di affidabilità del concorrente.

Il predetto orientamento è stato poi con la deliberazione n. 1008 dell’11 ottobre 2017, modificato in senso ampliativo, riconoscendo alle stazioni appaltanti il potere di tenere conto, ai fini dell’esclusione delle imprese dalle gare pubbliche, dei provvedimenti meramente esecutivi di condanna emessi dall’AGCM a prescindere dalla loro stabilità, fermo restando il solo requisito dell’identità del mercato di riferimento¹⁶.

In senso conforme a ricomprendere nella nozione di “errore professionale” qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell’operatore di cui trattasi, vi è la Corte di Giustizia con l’ordinanza del giugno 2019, causa C-425/18. La Corte ha ritenuto che la commissione di un’infrazione alle norme in materia di concorrenza, in particolare quando tale violazione è stata sanzionata con un’ammenda, costituisce una causa di esclusione rientrante nell’articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18.

La Corte di Giustizia si è interessata anche al profilo se l’esclusione dalla gara avvenisse automaticamente, in presenza di un provvedimento sanzionatorio

¹⁶ Con deliberazione n. 1008 dell’11 ottobre 2017 il Consiglio dell’ANAC ha definitivamente aggiornato le linee guida n. 6 recanti “*l’indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c), del codice*” tenendo conto delle osservazioni formulate dai soggetti interessati e del parere del Consiglio di Stato (parere n. 2042/2017, già analizzato in data 29 settembre 2017). Ai fini che qui maggiormente interessano, giova rilevare l’ampliamento dei margini della discrezionalità delle stazioni appaltanti in merito all’esclusione degli operatori economici dalle gare, che già il nuovo Codice aveva notevolmente rafforzato, con particolare riferimento ai provvedimenti non solo dell’a stessa ANAC ma anche dell’AGCM: in tal senso viene esplicitato che le stazioni appaltanti devono valutare, ai fini dell’esclusione delle imprese, i provvedimenti esecutivi di condanna emessi dall’AGCM e dei provvedimenti sanzionatori esecutivi dell’ANAC, che nella precedente edizione delle linee guida rilevavano solo se divenuti inoppugnabili o se confermati da sentenze passate in giudicato.

Sul punto, la dottrina da ultimo citata (Picardi, *Aggiornamento cit.*) precisa però criticamente che “non si comprende a pieno la scelta di attribuire rilevanza solo ai provvedimenti di condanna emessi per pratiche commerciali scorrette o per gravi illeciti antitrust ‘posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare’. Tale limitazione non appare coerente con la ratio sottesa alla disposizione in esame, che richiede alle stazioni appaltanti di valutare la moralità professionale degli operatori nel complesso, tenendo, quindi, conto di tutte le condotte idonee ad alterare la concorrenza, a prescindere dal mercato di riferimento”.

dell'AGCM, o se invece fosse una potestà rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante. Sul punto, la Corte richiamando il rispetto del principio di proporzionalità, ha precisato che la decisione dell'AGCM che accerta una violazione in materia di concorrenza <<non può comportare l'esclusione automatica di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico>>.

Nuovi sviluppi sulla questione arrivano dal Consiglio di Stato con la sentenza del 21 febbraio 2020, n. 1321 che ha segnato ulteriori passi in avanti rispetto a quanto affermato dalla Corte europea. I giudizi di Palazzo Spada hanno addirittura ritenuto che la decisione da parte della stazione appaltante di aggiudicare la procedura di gara quando era già possibile, per il dettaglio e la compiutezza degli elementi indiziari a disposizione, maturare giustificato convincimento dell'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza tra gli operatori concorrenti, è scelta non ragionevole¹⁷.

¹⁷ Ai fini che qui maggiormente rilevano in quanto incidenti sui complessi rapporti tra condotte anticoncorrenziali e procedimenti di affidamento dei contratti pubblici, la decisione si segnala, per un verso, per aver ribadito il principio di diritto per cui la condotta della stazione appaltante va valutata alla luce delle circostanze esistenti al momento in cui era adottato il provvedimento di aggiudicazione impugnato con il ricorso introduttivo del giudizio e, dunque, senza tener conto degli atti sopravvenuti dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato. Ed, in vero, in linea con la costante giurisprudenza amministrativa, a voler tener conto di fatti e circostanze che, intervenute nel corso di un giudizio avente ad oggetto l'impugnazione di atti di una procedura di gara, potrebbero comportare l'adozione di provvedimenti di esclusione nei confronti di taluni dei concorrenti, si finirebbe per pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati in violazione del divieto posto dall'art. 34, comma 2, Cod. proc. amm., salva l'ipotesi in cui la stazione appaltante medio tempore a ciò provveda e i provvedimenti siano introdotti in giudizio attraverso motivi aggiunti (cfr. Cons Stato, sez. V, 15 maggio 2019, n. 3151; V, 4 febbraio 2019, n. 827). Donde la prima conclusione per cui va escluso, pertanto, ogni profilo di pregiudizialità ex art. 79 Cod. proc. amm. e art. 295 Cod. proc. civ. tra l'odierno giudizio e il giudizio nel quale è impugnato il provvedimento sanzionatorio adottato dall'Agcm nei confronti degli operatori concorrenti.

Per altro verso e dopo aver evidenziato la sequenza dei fatti rilevanti (in particolare il dato per cui la commissione giudicatrice segnalava l'esistenza di una possibile intesa restrittiva della concorrenza tra alcuni degli operatori in gara, l'Agcm decideva di avviare un'indagine nei confronti degli operatori segnalati per aver rintracciato il *fumus* dell'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza in relazione alla gara), il giudice amministrativo d'appello precisa che – posto che la stazione appaltante, una volta segnalati all'Autorità gli elementi indiziari dell'intesa restrittiva, ha reputato opportuno non procedere essa stessa all'esclusione degli operatori per assenza di “mezzo di prova” adeguato per l'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 163, come pure, e per le stesse ragioni, si è astenuta dal disporre l'esclusione dalla procedura per falsa dichiarazione - era ragionevole attendersi dalla stazione appaltante una diversa decisione in merito al prosieguo della procedura, di soprassedere all'aggiudicazione fino a che non fossero stati noti gli esiti del procedimento sanzionatorio avviato dall'Autorità sulla propria segnalazione, previa eventuale adozione di adeguati provvedimenti interinali, non di procedere con l'aggiudicazione, così da favorire essa stessa quel risultato frutto dell'alterazione dalla concorrenza che, con i propri atti, e sin dal disciplinare di gara, intendeva scongiurare.

Da ultimo, si deve segnalare la pronuncia del Tar Lazio del 6 aprile 2020, n. 3789 che giunge a riassumere la complicata questione delle condizioni di rilevanza delle condotte anticoncorrenziali ai fini della partecipazione alle gare pubbliche in tre punti.

- i) Innanzitutto, il concetto normativo di *errore professionale*, essendo posto a presidio dell'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della Pubblica Amministrazione, deve essere inteso in senso ampio come comprensivo di tutte quelle scorrettezze idonee ad incidere sulla credibilità professionale, integrità o affidabilità dell'operatore economico, e quindi anche della commissione di un'infrazione alle norme in materia di concorrenza.
- ii) In secondo luogo, le stesse stazioni appaltanti devono ritenersi autorizzate ad accertare la commissione dei *gravi errori professionali* prendendo in esame *qualsiasi mezzo di prova*. Non è quindi necessaria l'esistenza di *provvedimenti inoppugnabili o confermati da sentenze passate in giudicato*, ma la stessa decisione dell'AGCM può costituire un indizio dell'esistenza di un *grave errore professionale* anche se non accertato in via definitiva in sede giurisdizionale.
- iii) Infine, l'esclusione da una procedura di gara non può comunque conseguire automaticamente ad un provvedimento sanzionatorio dell'AGCM, ma deve derivare da una *valutazione specifica e concreta* del comportamento illecito da parte della stazione appaltante.

4. Conclusioni. Verso un nuovo assetto di vigilanza e regolazione dei contratti pubblici. - La lenticolare ricostruzione operata nel precedente paragrafo, anche attraverso i faticosi e non lineare percorso di ricerca di una linea ermeneutica

Infine, molto interessanti i passaggi conclusivi della decisione in commento laddove, - premesso sul piano assiologico che (enfasi nostra) **la procedura di evidenza pubblica è diretta alla scelta del contraente più affidabile per l'esecuzione di un determinato contratto d'appalto, è qui, dunque, irragionevole il risultato dell'azione amministrativa che ha finito con il premiare con l'aggiudicazione un concorrente che la stessa stazione appaltante, per il quadro fornito dagli elementi raccolti nella propria attività istruttoria, avrebbe già ritenuto gravemente indiziato di essere complice dell'accordo illecito** – conclude nel senso che “se, dunque, è vero che il *Vademecum* fornito alle stazioni appaltanti dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, espressamente precisa che le segnalazioni non vanno “intese come manifestazioni di una raggiunta consapevolezza, da parte della stazione appaltante, dell'esistenza di criticità concorrenziali, nell'ambito della propria procedura di gara”, cionondimeno è la stazione appaltante a doversi regolare a seconda delle circostanze del caso, con l'obiettivo, questo imprescindibile, di evitare che il supposto accordo illecito possa avere concreta attuazione incidendo sull'azione amministrativa; se del caso, tale determinazione sarà sottoposta al controllo giurisdizionale”.

Per i Giudici di Palazzo Spada dunque è chiaro che quel che si intende censurare è la scelta della stazione appaltante di procedere all'aggiudicazione quando aveva a disposizione elementi tali da fare ragionevolmente sospettare – come in effetti essa stessa aveva fatto: quivi, pertanto, una evidente discrepanza tra le premesse e le conseguenze della sua condotta – l'intervenuta alterazione della concorrenza nell'ambito della procedura indetta.

stabile e definitiva in un settore in cui il valore della certezza delle regole è assolutamente imprescindibile, testimonia, proiettata sul piano generale, la crescente consapevolezza che la dimensione di contrasto a condotte anticoncorrenziali rappresenta un momento fondamentale e strategico nella policy dei contratti pubblici, sia nel momento *nobile* delle procedure di affidamento, sia in quello meno appariscente ma altrettanto rilevante, della fase di esecuzione prestazionale¹⁸.

Proprio questa maturata consapevolezza potrebbe dunque stimolare, *de jure condendo* o attraverso protocolli d'intesa a regime¹⁹, una considerazione sui conseguenti riflessi sul piano organizzativo-strutturale: in una stagione riformatrice – anche a livello costituzionale – sembrano in altri termini maturi i tempi per una più razionale ed efficiente allocazione dei poteri di vigilanza (anche in chiave pre-contenziosa o di ADR) e regolazione del settore (attraverso un più sapiente uso della *soft law*) dei contratti pubblici che - tenendo anche conto, da un lato, della inevitabile agonia dell'Anac legata (anche) all'eccessiva e cancerogena ipertrofia dei propri compiti e, dall'altro, dell'anacronismo di una nuova ed autonoma *authority* sul modello della scomparsa (e troppo poco rimpiaanta) AVCP – passi anche attraverso la proposta di concentrare (*absit injuria verbis*) in capo all'AGCM siffatte competenze.

Come sempre, non si tratta di rinnegare le esperienze pregresse o proporre astratti modelli totalmente innovativi²⁰, ma trarre insegnamenti - anche dal versante euro-unitario - per costruire un modello di autorità di regolazione che, anche sullo strategico versante dei contratti pubblici, sappia a tutto tondo inervare il valore della concorrenza nel mercato delle PP.AA., a tutela dei cittadini-utenti dei pubblici servizi e del corretto utilizzo delle risorse pubbliche, in un momento storico-economico paradossalmente connotato da forti rischi legati alle

¹⁸ Cfr., da ultimo, A. Fonzi, *Il principio di concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici cit.* Ulteriori indicazioni In R. Cavallo Perin – G. M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo* ANNO XVIII - FASCICOLO 2 - 2010 (*Servizi pubblici, contratti e concorrenza*), Giuffrè Editore 2/2010.

¹⁹ Riprendendo la collaborazione disciplinata da protocolli di intesa tra Autorità garante della concorrenza e del mercato e Autorità nazionale anticorruzione, come già accaduto in un non più recente passato: il riferimento è al protocollo sottoscritto nel dicembre 2014 sulle attività di contrasto alla corruzione negli appalti pubblici e sui nuovi criteri per l'attribuzione del rating di legalità alle imprese che prevede uno scambio di informazioni anche in tema di appalti pubblici. Su di esso cfr. la Relazione Annuale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sull'attività svolta nel 2014, pag. 257 e seg. pubblicata sul sito.

²⁰ È stato efficacemente notato (M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza cit*) che “contrasto alla corruzione e concorrenzialità delle gare pubbliche sembrano costituire, entro certi limiti, due facce della stessa medaglia. Infatti le regole di matrice europea, peraltro presenti in parte nella legislazione nazionale della contabilità pubblica, volte a rendere trasparenti e competitive le procedure di per sé scoraggiano azioni corruttive. Simmetricamente, anche le regole specifiche di matrice nazionale introdotte dalla recente normativa anticorruzione concorrono a migliorare il monitoraggio e a rendere ancor più trasparenti e competitive le medesime procedure e dunque mirano a realizzare ancor più pienamente gli obiettivi posti dalle direttive europee. La disciplina generale delle gare pubbliche e la disciplina anticorruzione innescano dunque un circuito virtuoso di rafforzamento reciproco. Analogamente gli strumenti a disposizione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e quelli a disposizione dell'Autorità nazionale anticorruzione possono operare in modo sinergico”.

conseguenze secondarie della pandemia, ma al contempo ricco di potenti virtuosità prospettiche sull'intero Sistema-Paese.

E, per competenze, risorse ed esperienze, l'Autorità per la concorrenza ed il mercato e la sua significativa composizione (nell'attuale e prospettico assetto), integrata con le professionalità delle altre *authorities* che hanno militato sul campo, pare porsi come la soluzione ottimale.

Carlo Buonauro
Consigliere Tar

Publicato il 20 agosto 2020

Cause di esclusione

Corte di Giustizia UE, Sez. II, 30 gennaio 2020, causa C-395/18 - Pres. A. Arabadjiev - Rel. C. Vajda - Avv. M. Campos Sánchez-Bordona - T. S.p.a - Direzione e coordinamento V. SA c. C. S.p.a. ed altri

L'art. 57, par. 4, lett. a), della direttiva 2014/24 non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di detto operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata. Per contro, tale disposizione, letta in combinato disposto con l'art. 57, par. 6, della medesima direttiva, nonché il principio di proporzionalità, ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

La Corte (*omissis*)

Fatto e diritto

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 57, paragrafo 4, e dell'articolo 71, paragrafo 6, 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 (GU 2014, L 94, pag. 65).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia che oppone T. SpA - Direzione e coordinamento V. SA (in prosieguo: "T.") a C. SpA e al Ministero dell'Economia e delle Finanze (Italia), in merito all'esclusione di T. da una procedura di gara d'appalto aperta indetta da C.

Contesto normativo
Diritto dell'Unione

3 I considerando 40, 101 e 102 della direttiva 2014/24 enunciano quanto segue:

"(40) La vigilanza sull'osservanza delle disposizioni in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro dovrebbe essere svolta 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 nell'applicare le disposizioni riguardanti le offerte anormalmente basse. (...)

(...)

(101) Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali, comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, o di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale. (...)

(...)

Nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare

attenzione al principio di proporzionalità. Lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali. Tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificare l'esclusione.

(102) Tuttavia, è opportuno consentire che gli operatori economici possano adottare misure per garantire l'osservanza degli obblighi volte a porre rimedio alle conseguenze di reati o violazioni e a impedire efficacemente che tali comportamenti scorretti si verifichino di nuovo. Tali misure potrebbero consistere, in particolare, in misure riguardanti il personale e l'organizzazione quali la rottura di tutti i rapporti con le persone o con le organizzazioni coinvolte nel comportamento scorretto, in misure adeguate per la riorganizzazione del personale, nell'attuazione di sistemi di rendicontazione e controllo, nella creazione di una struttura di audit interno per verificare la conformità e nell'adozione di norme interne di responsabilità e di risarcimento. Qualora tali misure offrano garanzie sufficienti, l'operatore economico interessato non dovrebbe più essere escluso solo sulla base di tali motivi. Gli operatori economici dovrebbero avere la possibilità di chiedere che siano esaminate le misure adottate per garantire l'osservanza degli obblighi ai fini di una possibile ammissione alla procedura di aggiudicazione. Occorre tuttavia lasciare agli Stati membri la facoltà di determinare le esatte condizioni sostanziali e procedurali applicabili in tali casi. Essi dovrebbero essere liberi, in particolare, di decidere se consentire alle singole amministrazioni aggiudicatrici di effettuare le pertinenti valutazioni o affidare tale compito ad altre autorità a livello centrale o decentrato".

4 L'articolo 2, paragrafo 1, punti da 10 a 12, di detta direttiva così dispone:

"Ai fini della presente direttiva si applicano le seguenti definizioni:

(...)

10. "operatore economico": 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;

11) "offerente": un operatore economico che ha presentato un'offerta;

12) "candidato": un operatore economico che ha sollecitato un invito o è stato invitato a partecipare a una procedura ristretta, a una procedura competitiva con negoziazione, a una procedura negoziata senza previa pubblicazione, a un dialogo competitivo o a un partenariato per l'innovazione".

5 L'articolo 18 di detta direttiva, intitolato "Principi per l'aggiudicazione degli appalti" e costituente la prima disposizione del capo II della direttiva stessa, dal titolo "Disposizioni generali", stabilisce quanto segue:

"1. Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata. La concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici.

2. Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X".

6 L'articolo 56, paragrafo 1, lettera b), della medesima direttiva recita:

"Gli appalti sono aggiudicati sulla base di criteri stabiliti conformemente agli articoli da 67 a 69, purché l'amministrazione aggiudicatrice abbia verificato conformemente agli articoli da 59 a 61 che siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

(...)

b) l'offerta proviene da un offerente che non è escluso conformemente all'articolo 57 (...)".

7 L'articolo 57 della direttiva 2014/24, intitolato "Motivi di esclusione", enuncia, ai paragrafi da 4 a 7, quanto segue:

"4. Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni:

a) ove l'amministrazione aggiudicatrice possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la violazione degli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2;

(...)

5. (...)

Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere oppure gli Stati membri possono esigere che le amministrazioni aggiudicatrici escludano un operatore economico in qualunque momento della procedura qualora risulti che

l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui al paragrafo 4.

6. Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d'appalto.

(...)

Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito. (...)

(...)

7. In forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, gli Stati membri specificano le condizioni di applicazione del presente articolo. (...)".

8 L'articolo 71, paragrafo 6, lettera b), della direttiva in parola è così formulato:

"Al fine di evitare violazioni degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2, possono essere adottate misure adeguate quali le seguenti:

(...)

b) le amministrazioni aggiudicatrici possono, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, verificare o essere obbligate dagli Stati membri a verificare se sussistono motivi di esclusione dei subappaltatori a norma dell'articolo 57. In tali casi le amministrazioni aggiudicatrici impongono all'operatore economico di sostituire i subappaltatori in merito ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi obbligatori di esclusione. Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre o essere obbligate da uno Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca i subappaltatori in relazione ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi non obbligatori di esclusione".

Diritto italiano

9 L'articolo 17 della L. del 12 marzo 1999, n. 68 - Norme per il diritto al lavoro dei disabili (supplemento ordinario alla GURI n. 68, del 23 marzo 1999), così dispone:

"Le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione".

10 L'articolo 80, comma 5, lettera i), del D.Lgs. del 18 aprile 2016, n. 50 - Codice dei contratti pubblici (supplemento ordinario alla GURI n. 91, del 19 aprile 2016; in prosieguo: il "codice dei contratti pubblici"), enuncia quanto segue:

"Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora:

(...)

i) l'operatore economico non presenti la certificazione di cui all'articolo 17 della L. (...) n. 68, ovvero non auto-certifichi la sussistenza del medesimo requisito (...)"

11 L'articolo 105, commi 6 e 12, del codice dei contratti pubblici è così formulato:

"6. È obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori, qualora gli appalti di lavori, servizi o forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione. In tal caso il bando o avviso con cui si indice la gara prevedono tale obbligo. Nel bando o nell'avviso la stazione appaltante può prevedere ulteriori casi in cui è obbligatoria l'indicazione della terna anche sotto le soglie di cui all'articolo 35.

(...)

12. L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80".

Procedimento principale, questioni pregiudiziali e procedimento dinanzi alla Corte

12 Con un bando di gara pubblicato il 3 agosto 2016 nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, C., la centrale di acquisti dell'amministrazione pubblica italiana, ha indetto una procedura aperta ai fini dell'aggiudicazione di un appalto relativo alla fornitura di un sistema di comunicazione ottica, denominato "sistema *Wavelength Division Multiplexing* (WDM)", per l'interconnessione del centro di trattamento dei dati di vari dipartimenti del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

13 T. ha presentato un'offerta nella quale venivano menzionati tre subappaltatori dei quali essa intendeva avvalersi in caso di aggiudicazione dell'appalto in discussione nel procedimento principale, allegando per ciascuno di essi il Documento di Gara Unico Europeo (DGUE).

14 Nel corso del procedimento, l'amministrazione aggiudicatrice ha constatato che uno dei subappaltatori menzionati da T. nella sua offerta era risultato non in regola con le norme che disciplinano l'accesso al lavoro dei disabili. C. ha pertanto escluso T. dalla procedura di gara, in applicazione dell'articolo 80, comma 5, lettera i), del codice dei contratti pubblici.

15 T. ha proposto un ricorso dinanzi al giudice del rinvio, evidenziando il carattere ingiusto e sproporzionato della sua esclusione. Secondo T., risulta dalla direttiva 2014/24 che la constatazione di un motivo di esclusione riguardo ad un subappaltatore non può condurre all'applicazione di una sanzione più grave della sostituzione dello stesso subappaltatore. T. aggiunge che avrebbe potuto comunque avvalersi, per l'esecuzione dell'appalto in discussione nel procedimento principale, degli altri due subappaltatori in relazione ai quali non era stata riscontrata alcuna causa di esclusione, tenendo peraltro presente che il ricorso al subappalto non era indispensabile per eseguire l'appalto, dato che T. era in possesso di tutti i requisiti necessari per eseguire, da sola, le prestazioni in questione.

16 Il giudice del rinvio osserva che l'esclusione di T. risulta conforme all'articolo 80, comma 5, lettera i), del codice dei contratti pubblici, dato che la sostituzione di un

subappaltatore può essere pretesa, a norma dell'articolo 105, comma 12, del codice suddetto, soltanto nel caso in cui il motivo di esclusione venga constatato nei confronti di tale subappaltatore dopo l'aggiudicazione dell'appalto. 17 Il giudice del rinvio si chiede tuttavia se, stabilendo che l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta, in presenza di un motivo di esclusione constatato in fase di gara nei confronti di un subappaltatore, ad escludere dal procedimento l'offerente che abbia espresso la propria intenzione di avvalersi di tale subappaltatore, l'articolo 80, comma 5, lettera i), del codice dei contratti pubblici sia conforme all'articolo 57, paragrafi 4 e 5, e all'articolo 71, paragrafo 6, lettera b), della direttiva 2014/24.

18 In particolare, il giudice del rinvio si chiede se i motivi di esclusione previsti dall'articolo 57, paragrafi 4 e 5, della direttiva 2014/24 possano determinare l'esclusione dell'offerente soltanto qualora essi riguardino quest'ultimo, oppure se tale esclusione sia possibile anche quando i motivi di esclusione suddetti si riferiscano ad un subappaltatore designato dall'offerente. Inoltre, il giudice del rinvio desidera sapere se l'articolo 71, paragrafo 6, della direttiva 2014/24 osti ad un'esclusione automatica dell'offerente, come quella prevista dall'articolo 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici, nel momento in cui la suddetta disposizione della direttiva sembra soltanto prevedere, quale sanzione massima irrogabile all'offerente a seguito della constatazione di un motivo di esclusione nei confronti di un subappaltatore, la sostituzione di quest'ultimo.

19 In subordine, il giudice del rinvio si chiede se, nel caso in cui la Corte ritenesse che le disposizioni della direttiva 2014/24 non ostano ad una normativa nazionale quale l'articolo 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici, una normativa siffatta sia conforme al principio di proporzionalità, per il fatto che l'esclusione dell'offerente è prevista in modo automatico e senza eccezioni, senza consentire in nessun caso la sostituzione del subappaltatore o la rinuncia dell'offerente ad avvalersene, neppure laddove il ricorso al subappalto non sia strettamente necessario ai fini dell'esecuzione dell'appalto.

20 Alla luce di tali circostanze, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Italia) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se [l'articolo] 57 e [l'articolo] 71, paragrafo 6, della direttiva [2014/24] ostino a una normativa nazionale, quale quella di cui all'articolo 80, comma 5, del [codice dei contratti pubblici], la quale prevede l'esclusione dell'operatore economico offerente nel caso di accertamento, in fase di gara, di un motivo di esclusione relativo a un subappaltatore facente parte della tema indicata in sede di offerta, in luogo di imporre all'offerente la sostituzione del subappaltatore designato.

2) In subordine, laddove la [Corte] ritenga che l'opzione dell'esclusione dell'offerente rientri tra quelle consentite allo Stato membro, se il principio di proporzionalità, enunciato all'articolo 5 TUE, richiamato al considerando 101 della direttiva [2014/24] e indicato quale principio generale del diritto dell'Unione europea dalla [Corte], osti

a una normativa nazionale, quale quella di cui all'articolo 80, comma 5, del [codice dei contratti pubblici], la quale prevede che, in caso di accertamento in fase di gara di un motivo di esclusione relativo a un subappaltatore designato, venga disposta l'esclusione dell'operatore economico offerente in ogni caso, anche laddove vi siano altri subappaltatori non esclusi e in possesso dei requisiti per eseguire le prestazioni da subappaltare oppure l'operatore economico offerente dichiara di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni".

21 Il 27 febbraio 2019, la Corte, in applicazione dell'articolo 101 del proprio regolamento di procedura, ha trasmesso al giudice del rinvio una richiesta di chiarimenti, al fine di sapere, segnatamente, se T. fosse tenuta ad indicare tre subappaltatori nella propria offerta e, in caso affermativo, se essa fosse tenuta ad avvalersi di questi tre subappaltatori o, quantomeno, di uno di essi nel caso in cui l'appalto in questione nel procedimento principale le fosse stato attribuito. Il giudice del rinvio è stato altresì invitato a indicare se, nell'elaborazione della sua offerta, T. fosse tenuta a verificare, ai sensi della normativa italiana, che i subappaltatori che essa intendeva designare nella propria offerta non erano interessati dal motivo di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, trasposto nell'ordinamento italiano mediante l'articolo 80, comma 5, lettera i), del codice dei contratti pubblici, e se essa avesse la possibilità concreta di farlo.

22 Nella sua risposta, pervenuta nella cancelleria della Corte il 26 marzo 2019, il giudice del rinvio ha, anzitutto, precisato che T. era obbligata ad indicare un numero fisso di tre subappaltatori soltanto laddove essa intendesse riservarsi la possibilità di avvalersi del subappalto in caso di aggiudicazione dell'appalto in questione nel procedimento principale. Detto giudice ha poi indicato che T. non era tenuta ad avvalersi dei tre subappaltatori menzionati nella propria offerta, e neppure di uno di essi, in caso di aggiudicazione di tale appalto. Infine, il giudice nazionale ha chiarito che T. non era tenuta, a norma della legislazione italiana, a verificare che i subappaltatori che essa intendeva designare nella propria offerta non fossero interessati dal motivo di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, e che una verifica siffatta esigeva comunque la cooperazione dei subappaltatori coinvolti.

Sulla domanda di riapertura della fase orale del procedimento

23 Con lettera del 15 luglio 2019 inviata alla cancelleria della Corte, il governo austriaco ha chiesto la riapertura della fase orale del procedimento a norma dell'articolo 83 del regolamento di procedura. A questo proposito, esso ha fatto valere che il paragrafo 52 delle conclusioni dell'avvocato generale non rispecchia fedelmente il ragionamento che sta alla base della tesi sviluppata da detto governo nelle proprie osservazioni scritte.

24 Ai sensi dell'articolo 83 del regolamento di procedura, la Corte può, in qualsiasi momento, sentito l'avvocato generale, disporre l'apertura o la riapertura della fase orale del procedimento, in particolare se essa non si ritiene sufficientemente edotta, o quando, dopo la chiusura di

tale fase, una parte ha addotto un fatto nuovo, tale da influenzare in modo decisivo la decisione della Corte, oppure quando la causa dev'essere decisa in base a un argomento che non è stato oggetto di discussione tra le parti o gli interessati menzionati dall'articolo 23 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea.

25 Nel caso di specie, la Corte, sentito l'avvocato generale, si reputa in possesso di tutti gli elementi necessari per rispondere ai quesiti sollevati dal giudice del rinvio e ritiene che la presente causa non debba essere esaminata alla luce di un fatto nuovo idoneo ad esercitare un'influenza decisiva sulla sua decisione o di un argomento che non è stato discusso dinanzi ad essa.

26 Nella misura in cui la domanda di riapertura della fase orale del procedimento deve essere intesa nel senso che la Corte sarebbe insufficientemente edotta in merito alla tesi del governo austriaco in ragione delle considerazioni espresse dall'avvocato generale al paragrafo 52 delle sue conclusioni, occorre ricordare, da un lato, che lo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea ed il regolamento di procedura non prevedono la facoltà per le parti interessate di presentare osservazioni in risposta alle conclusioni presentate dall'avvocato generale (sentenza del 22 novembre 2018, MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia, C-295/17, EU:C:2018:942, punto 26 e la giurisprudenza ivi citata).

27 Dall'altro lato, ai sensi dell'articolo 252, secondo comma, TFUE, l'avvocato generale ha il compito di presentare pubblicamente, con assoluta imparzialità e in piena indipendenza, conclusioni motivate riguardo alle cause che, conformemente allo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, richiedono il suo intervento. In proposito, la Corte non è vincolata né alle conclusioni dell'avvocato generale, né alle motivazioni sulla scorta delle quali egli perviene a tali conclusioni (sentenza del 16 settembre 2015, Société des P.N., C-215/14, EU:C:2015:604, punto 32 e la giurisprudenza ivi citata).

28 Ciò premesso, dato che la tesi del governo austriaco risulta chiaramente dalle osservazioni scritte di quest'ultimo e che le conclusioni dell'avvocato generale non vincolano la Corte riguardo all'esposizione o all'interpretazione della tesi suddetta, occorre considerare che la Corte non è insufficientemente edotta ai sensi dell'articolo 83 del regolamento di procedura.

29 Pertanto, occorre respingere la domanda di riapertura della fase orale del procedimento.

Sulle questioni pregiudiziali

30 Con i suoi quesiti, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 2014/24 e il principio di proporzionalità ostino ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad escludere automaticamente un operatore economico dalla procedura di aggiudicazione di appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di tale operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dall'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), di detta direttiva.

31 Ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura di affidamento d'appalto qualora esse possano dimostrare, con qualunque mezzo adeguato, una violazione degli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2, di detta direttiva.

32 Occorre rilevare, in via preliminare, che dall'articolo 2, paragrafo 1, punto 10, della direttiva 2014/24 risulta che l'"operatore economico" è definito 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.

33 Riguardo ad un motivo di esclusione facoltativo quale quello previsto dall'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, occorre rilevare anzitutto che, in conformità dell'articolo 57, paragrafo 7, di tale direttiva, spetta agli Stati membri specificare, nel rispetto del diritto dell'Unione, le "condizioni di applicazione" di tale articolo.

34 Risulta dalla giurisprudenza della Corte che l'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24 non ha come obiettivo una uniformità di applicazione dei motivi di esclusione ivi indicati a livello dell'Unione, nella misura in cui gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare tali motivi o di integrarli nella normativa nazionale con un grado di rigore che può variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale. Gli Stati membri dispongono dunque di un sicuro margine di discrezionalità nella determinazione delle condizioni di applicazione dei motivi di esclusione facoltativi previsti dall'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 (v., per analogia, sentenza del 20 dicembre 2017, *Impresa di Costruzioni Ing. E. M. e G.*, C-178/16, EU:C:2017:1000, punti 31 e 32).

35 Per quanto riguarda il motivo di esclusione facoltativo previsto dall'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, occorre sottolineare, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 32 delle sue conclusioni, che tale motivo è enunciato in maniera impersonale, senza che venga precisato l'autore della violazione degli obblighi contemplati dall'articolo 18, paragrafo 2, della medesima direttiva. Di conseguenza, occorre constatare che il tenore letterale dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, anche laddove esso venga letto alla luce del considerando 101, primo comma, della direttiva stessa, da cui risulta che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si siano dimostrati inaffidabili a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali, non impedisce agli Stati membri di ritenere che l'autore della violazione constatata possa essere anche il subappaltatore, e di prevedere così la facoltà, o addirittura l'obbligo, per l'amministrazione

aggiudicatrice di escludere, per tale ragione, l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto.

36 Occorre però ricordare che, ai fini dell'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione, bisogna tener conto non soltanto del tenore letterale della disposizione stessa, ma anche del suo contesto e dell'economia generale della normativa di cui essa fa parte, nonché degli obiettivi perseguiti da quest'ultima (sentenza del 5 luglio 2018, X, C-213/17, EU:C:2018:538, punto 26).

37 Per quanto riguarda, in primo luogo, il contesto dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, nonché l'economia generale di tale direttiva, occorre rilevare come tale disposizione faccia espresso riferimento ad una violazione degli obblighi contemplati dall'articolo 18, paragrafo 2, della direttiva in parola, vale a dire degli obblighi applicabili nei settori del diritto ambientale, sociale e del lavoro.

38 A questo proposito, occorre osservare che l'articolo 18 della direttiva 2014/24, intitolato "Principi per l'aggiudicazione degli appalti", è il primo articolo del capo II di tale direttiva dedicato alle "[d]isposizioni generali" relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Così, stabilendo al paragrafo 2 di tale articolo che gli operatori economici debbono rispettare, nell'esecuzione degli appalti, gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, il legislatore dell'Unione ha inteso erigere tale prescrizione a principio, allo stesso titolo degli altri principi contemplati al paragrafo 1 del medesimo articolo, vale a dire i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza, di proporzionalità, nonché di divieto di sottrazione di un appalto all'ambito di applicazione della direttiva 2014/24 o di limitazione artificiosa della concorrenza. Ne consegue che una prescrizione siffatta costituisce, nell'economia generale di tale direttiva, un valore cardine sul cui rispetto gli Stati membri devono vigilare in virtù della formulazione stessa dell'articolo 18, paragrafo 2, della direttiva in parola.

39 Alla luce di tali circostanze, la necessità di assicurare in modo adeguato il rispetto degli obblighi previsti dall'articolo 18, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 deve permettere agli Stati membri, in sede di determinazione delle condizioni di applicazione del motivo di esclusione previsto dall'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), di detta direttiva, di ritenere che l'autore della violazione possa essere non soltanto l'operatore economico che ha presentato l'offerta, ma anche i subappaltatori dei quali quest'ultimo intenda avvalersi. Infatti, l'amministrazione aggiudicatrice può legittimamente pretendere di attribuire l'appalto soltanto agli operatori economici che, sin dalla fase di procedura di affidamento dell'appalto, dimostrino la propria capacità di assicurare in modo adeguato, nel corso dell'esecuzione dell'appalto, il rispetto degli obblighi suddetti, eventualmente avvalendosi di subappaltatori a loro volta rispettosi degli obblighi in questione.

40 Ne consegue che gli Stati membri possono prevedere, ai fini dell'applicazione dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, che l'amministrazione

aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di tale operatore venga constatata una violazione degli obblighi previsti dall'articolo 18 paragrafo 2, di detta direttiva.

41 Tale interpretazione è suffragata, in secondo luogo, dall'obiettivo sotteso all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24. A questo proposito, occorre ricordare che la facoltà, o addirittura l'obbligo, per l'amministrazione aggiudicatrice di escludere un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di appalto è destinato in modo particolare a permettere a detta amministrazione di valutare l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli operatori economici. In particolare, il motivo di esclusione facoltativo menzionato all'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, letto in combinato disposto con il considerando 101 di quest'ultima, si fonda su un elemento essenziale del rapporto tra l'aggiudicatario dell'appalto e l'amministrazione aggiudicatrice, vale a dire l'affidabilità del primo, sulla quale si fonda la fiducia che in questo ripone la seconda (v., per analogia, sentenza del 3 ottobre 2019, D.A. de C.M. 93, C-267/18, EU:C:2019:826, punto 26 e la giurisprudenza ivi citata).

42 In combinazione con l'obiettivo specifico dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, consistente nel garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, l'obiettivo relativo all'affidabilità dell'operatore economico deve permettere agli Stati membri di attribuire all'amministrazione aggiudicatrice la facoltà, o addirittura l'obbligo, di ritenere affidabili unicamente gli operatori economici che, nell'elaborazione della loro offerta, abbiano dato prova della cura e della diligenza richieste affinché, nel corso dell'esecuzione dell'appalto, gli obblighi in questione siano rispettati in qualsiasi circostanza, sia dagli operatori stessi sia dai subappaltatori cui tali operatori prevedono di affidare una parte dell'esecuzione dell'appalto.

43 Risulta dalle considerazioni che precedono che l'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24 non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di tale operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata.

44 Ciò premesso, occorre ricordare, come si è indicato al punto 33 della presente sentenza, che gli Stati membri, allorché specificano le condizioni di applicazione dell'articolo 57 della direttiva 2014/24, devono, a norma del paragrafo 7 di tale articolo, rispettare il diritto dell'Unione.

45 A questo proposito, occorre ricordare, da un lato, che le amministrazioni aggiudicatrici devono, per tutta la durata della procedura, rispettare i principi valevoli per

l'aggiudicazione degli appalti enunciati all'articolo 18 della direttiva 2014/24, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità (sentenza del 26 settembre 2019, Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, punto 39 e la giurisprudenza ivi citata), e, dall'altro lato, che, in osservanza del principio di proporzionalità che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, le norme stabilite dagli Stati membri o dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito dell'attuazione delle disposizioni della direttiva di cui sopra, come le norme destinate a specificare le condizioni di applicazione dell'articolo 57 di tale direttiva, non devono andare oltre quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi previsti da questa stessa direttiva (v., in tal senso, sentenze del 7 luglio 2016, A., C-46/15, EU:C:2016:530, punto 40, e dell'8 febbraio 2018, L.L., C-144/17, EU:C:2018:78, punto 32 nonché la giurisprudenza ivi citata).

46 Così, in primo luogo, qualora l'amministrazione aggiudicatrice si attivi per verificare nel corso della procedura di aggiudicazione di appalto, conformemente all'obbligo gravante su di essa in forza dell'articolo 56, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2014/24, letto alla luce del considerando 40 di quest'ultima, se esistano motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della medesima direttiva, e la normativa nazionale stabilisca che detta amministrazione aggiudicatrice ha la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico in ragione di una violazione, da parte di un subappaltatore, degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, essa è tenuta, al fine di rispettare il principio della parità di trattamento, a verificare l'esistenza di qualsiasi violazione degli obblighi suddetti nei confronti non soltanto di tutti gli operatori economici che hanno presentato un'offerta, ma anche di tutti i subappaltatori indicati da tali operatori nelle loro rispettive offerte.

47 Dal momento che tale verifica uniforme interviene nella fase della procedura di affidamento dell'appalto, occorre precisare che il principio della parità di trattamento non osta a che una normativa nazionale stabilisca che la constatazione di una violazione, in capo ad un subappaltatore, dopo l'attribuzione dell'appalto non determina l'esclusione dell'aggiudicatario, bensì soltanto la sostituzione del subappaltatore. Infatti, nella misura in cui tutti gli operatori economici e tutti i subappaltatori indicati nelle offerte di tali operatori siano stati sottoposti, nel corso della procedura di aggiudicazione dell'appalto, ad un processo di verifica condotto dall'amministrazione aggiudicatrice secondo identiche condizioni, occorre considerare che tali operatori e subappaltatori sono stati, sotto questo aspetto, trattati su un piede di parità durante la procedura di aggiudicazione dell'appalto, dato che il principio della parità di trattamento non impedisce che sia prevista una regola differente qualora la violazione abbia potuto essere accertata soltanto successivamente nel corso della fase di esecuzione dell'appalto.

48 Per quanto riguarda, in secondo luogo, il principio di proporzionalità, occorre ricordare, oltre alla giurisprudenza menzionata al punto 45 della presente sentenza, che dal considerando 101, terzo comma, della direttiva

2014/24 risulta che, nell'applicare motivi di esclusione facoltativi come quello enunciato all'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), di tale direttiva, le amministrazioni aggiudicatrici devono prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità, prendendo segnatamente in considerazione il carattere lieve delle irregolarità commesse o il ripetersi di irregolarità lievi. Tale attenzione deve essere ancor più elevata qualora l'esclusione prevista dalla normativa nazionale colpisca l'operatore economico che ha presentato l'offerta per una violazione commessa non da lui direttamente, bensì da un soggetto estraneo alla sua impresa, per il controllo del quale detto operatore può non disporre di tutta l'autorità richiesta e di tutti i mezzi necessari.

49 La necessità di rispettare il principio di proporzionalità risulta parimenti rispecchiata all'articolo 57, paragrafo 6, primo comma, della direttiva 2014/24, in virtù del quale un operatore economico, che si trovi segnatamente nella situazione contemplata all'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), di detta direttiva, anche quando - come risulta dal punto 43 della presente sentenza - ciò derivi da una violazione constatata nei confronti di un subappaltatore indicato nell'offerta, può fornire delle prove al fine di attestare che le misure da esso prese sono sufficienti per dimostrare la sua affidabilità malgrado l'esistenza di detto motivo di esclusione. L'articolo 57, paragrafo 6, primo comma, della direttiva 2014/24 precisa che, se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non deve essere escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto. Tale disposizione introduce dunque un meccanismo di misure correttive (*self-cleaning*) che sottolinea l'importanza attribuita all'affidabilità dell'operatore economico (sentenza del 19 giugno 2019, *Meca*, C-41/18, EU:C:2019:507, punti 40 e 41).

50 Ne consegue che l'operatore economico che ha presentato l'offerta, ove corra il rischio di essere escluso dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione di appalto a motivo di una violazione degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro imputabile ad uno dei subappaltatori di cui esso intende avvalersi, può dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice di essere tuttora affidabile malgrado l'esistenza di un siffatto motivo di esclusione, dovendo l'amministrazione aggiudicatrice, a norma dell'articolo 57, paragrafo 6, terzo comma, della direttiva 2014/24, valutare gli elementi di prova forniti da tale operatore in funzione della gravità della situazione e delle particolari circostanze del caso di specie.

51 Orbene, la normativa nazionale in discussione nel procedimento principale prevede in modo generale e astratto l'esclusione automatica dell'operatore economico qualora nei confronti di uno dei subappaltatori indicati nell'offerta di tale operatore venga constatata una violazione degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, indipendentemente dalle circostanze in cui si è verificata tale violazione, e stabilisce dunque una presunzione assoluta secondo cui l'operatore economico deve essere escluso per qualsiasi violazione imputabile ad uno dei suoi subappaltatori, senza lasciare all'amministrazione aggiudicatrice la facoltà di valutare, caso per caso, le

particolari circostanze del caso di specie, e all'operatore economico quella di dimostrare la propria affidabilità malgrado la constatazione di detta violazione.

52 In particolare, una normativa siffatta non permette all'amministrazione aggiudicatrice di tenere conto, ai fini della valutazione della situazione, di una serie di fattori pertinenti, come i mezzi di cui l'operatore economico che ha presentato l'offerta disponeva per verificare l'esistenza di una violazione in capo ai subappaltatori, o la presenza di un'indicazione, nella sua offerta, della propria capacità di eseguire l'appalto senza avvalersi necessariamente del subappaltatore in questione.

53 Date tali circostanze, una normativa nazionale che preveda una siffatta esclusione automatica dell'operatore economico che ha presentato l'offerta viola il principio di proporzionalità, imponendo alle amministrazioni aggiudicatrici di procedere automaticamente a tale esclusione a causa della violazione commessa da un subappaltatore, ed eccedendo così il margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri, a norma dell'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24, in ordine alla precisazione delle condizioni di applicazione del motivo di esclusione previsto dall'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), di detta direttiva nel rispetto del diritto dell'Unione. Una normativa siffatta priva altresì l'operatore economico della possibilità di dimostrare, conformemente all'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, la propria affidabilità malgrado l'esistenza di una violazione compiuta da uno dei suoi subappaltatori (v., per analogia, sentenze del 19 maggio 2009, *Assitur*, C-538/07, EU:C:2009:317, punto 30; del 13 dicembre 2012, *Forposta e ABC Direct Contact*, C-465/11, EU:C:2012:801, punti 34 e 35, nonché del 26 settembre 2019, *Vitali*, C-63/18, EU:C:2019:787, punti 40 e 41).

54 Di conseguenza, un'esclusione automatica dell'operatore economico che ha presentato l'offerta, prevista dalla normativa nazionale, privando, da un lato, tale operatore della possibilità di fornire elementi circostanziati in merito alla situazione e, dall'altro, l'amministrazione aggiudicatrice della possibilità di disporre di un margine di discrezionalità al riguardo, non può essere considerata compatibile con l'articolo 57, paragrafi 4 e 6, della direttiva 2014/24 e con il principio di proporzionalità (v., per analogia, sentenza del 26 settembre 2019, *Vitali*, C-63/18, EU:C:2019:787, punti 42 e 43).

55 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alle questioni sollevate dichiarando che l'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24 non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di detto operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata. Per contro, tale disposizione, letta in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 6, della medesima direttiva, nonché il principio di proporzionalità, ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione.

Sulle spese
56 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire

sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Il motivo di esclusione relativo ad un subappaltatore come causa di esclusione del concorrente *di Augusto di Cagno*

La pronuncia in commento è incentrata sulla compatibilità con il diritto europeo della norma nazionale contenuta nell'art. 80, comma 5, D.Lgs. n. 50 del 2016, che prevede l'esclusione dalla gara di un operatore economico nell'ipotesi in cui abbia indicato un subappaltatore interessato da un motivo di esclusione. Nell'affrontare la questione, dall'angolo visuale della normativa europea, la sentenza offre l'occasione per collegare sul piano sistematico le disposizioni in tema di esclusione dalla procedura di gara con l'istituto del subappalto, onde comprendere le ragioni che hanno indotto il Legislatore italiano a circondare il subappalto delle limitazioni e dei controlli previsti dalle disposizioni attualmente vigenti.

Premessa introduttiva

La sentenza in commento è particolarmente interessante in quanto consente di affrontare il tema dell'esclusione di un operatore economico nell'ipotesi in cui abbia indicato un subappaltatore a cui sia contestato un motivo di esclusione dalla procedura di gara. Il giudice nazionale ha sottoposto alla Corte di Giustizia UE la questione pregiudiziale circa la compatibilità con le regole europee in materia di appalti di una normativa, quale quella nazionale definita nell'art. 80, comma 5, D.Lgs. n. 50 del 2016, che prevede l'esclusione automatica dell'offerente anche nel caso in cui il motivo di esclusione riguardi esclusivamente uno dei subappaltatori. Nel pronunciarsi sul punto, il giudice europeo enuncia taluni principi di diritto che consentono di operare un confronto tra il quadro normativo italiano e quello sovranazionale e che, dunque, sarà opportuno analizzare.

Da una parte, infatti, v'è la disciplina nazionale che in tema di esclusione dalle gare, specie quando collegata alla presenza di un subappalto, tende a garantire alle stazioni appaltanti il potere, anche discrezionale, di verificare l'affidabilità e serietà degli operatori economici cui affidare il contratto pubblico, senza lasciare che uno strumento come il subappalto sia estraneo ai medesimi controlli applicabili all'offerente principale. Dall'altra parte, invece, c'è un ordinamento, quello europeo, che nel settore dei contratti pubblici appare ispirato a logiche in parte differenti rispetto a quelle che muovono il Legislatore italiano e, basate, per lo più, sull'esigenza di tutelare la

concorrenza ed il mercato e l'ingresso da parte anche delle medie e piccole imprese nei contratti pubblici. Ciò non significa, però, che i due sistemi normativi, quello nazionale e quello sovranazionale, non possano comunque conciliarsi.

Ciò posto, analizzando la pronuncia, si potrà dare atto del sostrato di norme e di giurisprudenza consolidate sull'argomento, del quale sarà utile evidenziare i tratti essenziali, onde poi giungere a talune riflessioni critiche conclusive alla luce della sentenza della Corte di Giustizia.

I fatti sottesi alla pronuncia della Corte di Giustizia UE e la questione pregiudiziale sollevata dal T.A.R. Lazio

La vicenda da cui trae origine la sentenza della Corte di Giustizia UE ha ad oggetto una procedura di gara alla quale ha partecipato un operatore economico nella cui offerta era menzionata una terna di subappaltatori, di cui uno era risultato non in regola con le norme che disciplinano l'accesso al lavoro dei disabili, di cui all'art. 17, L. n. 68 del 1998. La stazione appaltante, dunque, ha disposto l'esclusione dell'impresa partecipante che aveva inteso avvalersi di un subappaltatore in capo al quale era stata accertata la causa di esclusione, facendo applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. i), D.Lgs. n. 50 del 2016, secondo cui "Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105,

comma 6, qualora: [...] l'operatore economico non presenti la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero non autocertifichi la sussistenza del medesimo requisito". L'operatore economico ha allora impugnato la sua esclusione, evidenziandone il carattere ingiusto e sproporzionato, poiché in contrasto con la Dir. UE 2014/24 che, a detta della ricorrente, in presenza di un motivo di esclusione riguardante un subappaltatore, non ammetterebbe una sanzione più grave della sostituzione dello stesso subappaltatore; ciò, considerando, oltretutto, che, nel caso di specie, si sarebbe potuto ricorrere anche agli altri due subappaltatori indicati nella terna, estranei a qualsiasi causa di esclusione, e che il subappalto non era neppure indispensabile per l'esecuzione del contratto pubblico.

Il T.A.R. Lazio, investito della decisione del ricorso, con l'ord. 29 maggio 2018, n. 6010 (1) ha sottoposto alla Corte di Giustizia UE la questione pregiudiziale se la normativa nazionale, inquadrata nell'art. 80, comma 5, lett. i), D.Lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui prevede l'esclusione di un operatore economico anche nel caso in cui la causa di esclusione sia stata accertata in capo a un subappaltatore indicato nella terna, sia compatibile con le regole europee, di cui, in particolare, agli artt. 57, par. 4 e 5, e 71, par. 6, lett. b), Dir. 2014/24; in subordine, alla Corte di Giustizia è stato chiesto di verificare la compatibilità con il principio di proporzionalità della previsione di un'esclusione dell'operatore economico offerente "in ogni caso", anche laddove vi siano altri subappaltatori non esclusi e in possesso dei requisiti per eseguire le prestazioni da subappaltare oppure l'operatore economico offerente dichiara di rinunciare al subappalto, disponendo personalmente dei requisiti per eseguire le prestazioni.

Le principali argomentazioni della sentenza della Corte di Giustizia UE

In buona sostanza, la questione si pone giacché le norme della Dir. 2014/24, in particolare gli artt. 57, par. 4 e 5, e 71, par. 6, lett. b), e il principio di proporzionalità sembrerebbero contrastare con una norma, come l'art. 80, comma 5, D.Lgs. n. 50 del 2016, che prevede l'esclusione automatica dell'operatore economico per effetto della sola circostanza che a uno dei subappaltatori indicati nella terna al momento dell'offerta sia contestato un motivo di

esclusione. La causa di esclusione, infatti, non colpisce direttamente l'offerente ma altro soggetto e, oltretutto, conduce a una conseguenza gravissima, quale l'esclusione, che ben potrebbe essere evitata ricorrendo più semplicemente alla sostituzione del subappaltatore investito del motivo di esclusione.

Orbene, la Corte di Giustizia UE, partendo da un'analisi delle disposizioni della direttiva in materia di appalti, rilevanti per il caso concreto, conclude nel senso della compatibilità della disciplina europea con la normativa nazionale, che prevede l'esclusione di un operatore allorché venga contestata una causa di esclusione al subappaltatore indicato nell'offerta. Tanto viene affermato essenzialmente sulla base di due argomenti.

Seguendo la motivazione della pronuncia della Corte di Giustizia UE - e volendo sintetizzarne i due principali passaggi argomentativi - occorre considerare che, a livello europeo, l'art. 18, par. 2, Dir. 2014/24, prevede che gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione degli appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, tra cui rientra anche tutta la normativa a tutela dei disabili prevista nella L. n. 68 del 1999.

Il Legislatore europeo ha inteso erigere tale prescrizione a valore cardine, alla stregua degli altri principi comunitari di cui al par. 1 dell'art. 18 (2), che gli Stati membri sono tenuti a far rispettare. Questo è il primo argomento su cui fa leva la decisione della Corte di Giustizia UE.

Più precisamente, secondo l'art. 57, par. 4, della Dir. 2014/24, le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura di affidamento d'appalto qualora esse possano dimostrare, con qualunque mezzo adeguato, una violazione degli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, par. 2, di detta Direttiva. Ora, secondo la Corte di Giustizia UE, dovendosi assicurare il rispetto degli obblighi sanciti nell'art. 18, gli Stati membri nell'individuazione delle condizioni di applicazione dei motivi di esclusione relativi alla violazione degli obblighi suddetti, devono poter qualificare come autore della violazione non soltanto l'operatore economico ma anche i subappaltatori dei quali quest'ultimo intenda avvalersi. Pertanto, gli Stati membri possono prevedere che la stazione appaltante escluda anche l'operatore economico

(1) Il cui testo è rinvenibile in www.giustizia-amministrativa.it.

(2) E, tra questi, il principio di parità di trattamento, di non discriminazione, trasparenza, di proporzionalità, di divieto di

sottrazione di un appalto all'ambito di applicazione della Dir. 2014/24 o di limitazione artificiosa della concorrenza.

che abbia indicato nella propria offerta un subappaltatore nei cui confronti sia contestato un motivo di esclusione (3).

Il secondo argomento a sostegno della sentenza della Corte di Giustizia UE è dato dall'obiettivo sotteso all'art. 57, par. 4, Dir. 2014/24, che tende a garantire che l'amministrazione possa valutare l'integrità e l'affidabilità degli operatori economici, valutando che questi abbiano cura e diligenza affinché gli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro vengano rispettati in ogni circostanza e da parte non soltanto dello stesso operatore economico ma anche dei subappaltatori cui si intenda affidare parte dell'esecuzione dell'appalto.

Di contro, la Corte di Giustizia UE ha negato la compatibilità con la normativa europea della previsione nazionale nella parte in cui dispone che l'esclusione operi come una conseguenza automatica della contestazione del motivo di esclusione in capo al subappaltatore di cui l'operatore economico voglia avvalersi.

Ciò in quanto l'applicazione automatica di siffatta sanzione rischia di contrastare con il principio di proporzionalità, sancito con specifico riguardo ai motivi di esclusione facoltativi nel considerando 101 della Dir. 2014/24. Da tale principio deriverebbe che le amministrazioni aggiudicatrici debbano tener presente il carattere lieve dell'irregolarità commessa, tanto più se la causa di esclusione non riguarda l'operatore economico direttamente ma un suo subappaltatore (4).

Oltretutto, sempre secondo la Corte di Giustizia UE, alla luce del principio di proporzionalità, sancito anche nel par. 6 dell'art. 57, deve garantirsi all'operatore economico la possibilità di fornire prove del fatto che, nonostante l'esistenza della causa di

esclusione in capo al subappaltatore, siano state comunque prese misure sufficienti per garantire la sua affidabilità (c.d. meccanismo di *self cleaning*) (5). L'esclusione automatica, invece, non consentirebbe alla stazione appaltante di valutare le circostanze del caso concreto che pure potrebbero assicurare affidabilità dell'operatore, come, ad esempio, il fatto che l'operatore disponga comunque della capacità di eseguire l'appalto anche senza i subappaltatori ovvero i mezzi che aveva lo stesso operatore per verificare l'esistenza di una violazione in capo ai subappaltatori. Di modo che la previsione dell'esclusione automatica, privando sia l'operatore economico della possibilità di dimostrare elementi circostanziati circa la propria affidabilità, sia la stazione appaltante della discrezionalità al riguardo, contrasta con la Dir. 2014/24 e con il principio di proporzionalità.

Il contesto normativo di riferimento

Ciò premesso, la sentenza della Corte di Giustizia UE si inserisce nel solco di una disciplina nazionale di cui è bene tener presente i tratti essenziali, senza omettere le principali analogie e differenze rispetto al contesto giuridico europeo in materia di appalti.

Orbene, l'art. 80, D.Lgs. n. 50 del 2016, recependo per l'appunto l'art. 57, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, c.d. Codice dei contratti pubblici, prevede i motivi di esclusione dalle gare di appalto, definendo, in negativo, i requisiti di ordine generale che i concorrenti nelle procedure ad evidenza pubblica devono possedere (6).

L'art. 80, D.Lgs. n. 50 del 2016 soddisfa l'interesse pubblico, di primaria importanza, a che gli appalti pubblici siano eseguiti da soggetti moralmente

(3) Così punto 40 della decisione della Corte di Giustizia UE.

(4) Così, il punto 48 della sentenza in commento.

(5) E, al riguardo, al punto 49 della decisione viene citata la sentenza della stessa Corte di Giustizia UE, 19 giugno 2019, Meca, C-41/18, punti 40 e 41, che aveva espressamente affermato che il meccanismo di *self-cleaning* "che si applica agli operatori economici non esclusi da una sentenza definitiva, tende a incoraggiare un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della medesima direttiva a fornire prove del fatto che le misure da esso adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo facoltativo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non deve essere escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico deve dimostrare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. A tale proposito, le misure riparatorie evidenziano, come ha

rilevato l'avvocato generale al paragrafo 44 delle conclusioni, l'importanza attribuita all'affidabilità dell'operatore economico, elemento che permea i motivi di esclusione relativi alla situazione soggettiva dell'offerente".

(6) Si vedano al riguardo, *ex multis*, M. Guardapassi, *La selezione delle offerte e l'aggiudicazione*, in A. Meale (a cura di), *Manuale breve di diritto dei contratti pubblici*, Pisa, 2019, 126 ss.; C. Contessa, *Il nuovo "Codice dei contratti" e la polimorfia nozione di "gravi illeciti professionali"*, in questa *Rivista*, 2018, 5, 657 ss.; R. De Nictolis, *Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del codice. Le linee guida Anac sui gravi illeciti professionali. (Relazione tenuta a un Convegno svolto presso l'IGI il 30 novembre 2016)*, in *www.giustamm.it*, 2017, 2; L. Mazzeo - L. De Pauli, *Le linee guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in questa *Rivista*, 2018, 2, 155 ss.; A. Carullo - G. Iudica, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e provati*, Padova, 2018, 721 ss.; F. Caringella - M. Protto, *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo: commento organico al Codice e alle linee guida ANAC alla luce del Decreto correttivo del 19 aprile 2017, n. 56*, Roma, 2017; F. Dallari, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto*

affidabili. La rilevanza generale dell'interesse protetto dall'art. 80, giustifica l'estensione dell'ambito applicativo della disposizione in questione, sul piano oggettivo, a tutti gli appalti e concessioni, siano essi sopra o sotto soglia comunitaria (ai sensi dell'art. 36, comma 5, D.Lgs. n. 50 del 2016), nei settori sia ordinari sia speciali (ai sensi dell'art. 136 codice dei contratti pubblici).

Mentre, sul piano soggettivo, l'esigenza di garantire l'affidabilità e serietà dell'operatore economico rileva anche tenendo conto della posizione dei subappaltatori.

Per un verso, ai sensi dell'art. 80, comma 14, codice dei contratti pubblici, non è possibile affidare subappalti a soggetti nei cui confronti ricorra una causa di esclusione; per altro verso, sempre al fine di garantire l'affidabilità e serietà dell'operatore economico, come si è anticipato, il comma 5 dell'art. 80 prevede l'esclusione dalla gara anche quando una delle violazioni ivi contemplate si riferisca a un subappaltatore.

Ora, come anche la stessa Corte di Giustizia UE ha affermato, la norma nazionale, ricalcando la previsione della direttiva europea in tema di appalti pubblici, muove dalla necessità di garantire che la stazione appaltante disponga di un ampio potere di escludere un operatore economico; tale potere deve potersi estendere anche alle ipotesi in cui la violazione contestata non si riferisca direttamente all'offerente ma riguardi un subappaltatore.

L'esigenza avvertita dal Legislatore nazionale è, dunque, quella di assicurare alla stazione appaltante un adeguato controllo nel settore delle commesse pubbliche specie quando si utilizzi uno strumento come il subappalto.

E, al riguardo, l'art. 80, comma 5, D.Lgs. n. 50 del 2016 appare strettamente connesso alle disposizioni nazionali sul subappalto e, in particolare, l'art. 105 Codice dei Contratti (7).

Orbene, un'adeguata comprensione della disposizione sull'esclusione dell'operatore, oggetto della pronuncia da parte della Corte di Giustizia UE,

non può prescindere dal prendere in esame, sia pur con un rapido accenno, quel tessuto di norme nazionali che hanno circondato di precisi limiti e controlli proprio l'utilizzo dello strumento del subappalto. A titolo esemplificativo, basti pensare alla previsione di un limite quantitativo percentuale alla quota di contratto pubblico subappaltabile, già contenuta nell'art. 105, ai commi 2 e 5, D.Lgs. n. 50 del 2016 (8), ovvero alla disposizione che obbliga l'indicazione della terna dei subappaltatori.

Al riguardo, va precisato che la disciplina nazionale mostra di valutare il subappalto, come uno strumento che può facilmente agevolare l'ingresso della criminalità nel settore delle commesse pubbliche, aggirando la disciplina sulla prevenzione e contrasto degli illeciti nell'ambito della contrattazione pubblica (9). E pertanto si ritiene necessario prevedere una serie di limitazioni e controlli nell'utilizzo del subappalto, non ultimo l'esclusione, di cui al comma 5, dell'art. 80, D.Lgs. n. 50 del 2016, dell'operatore economico che, pur essendo direttamente coinvolto da una delle situazioni ivi indicate, abbia indicato un subappaltatore cui sia contestata una causa di esclusione. In definitiva la violazione che coinvolge il subappaltatore equivale a violazione commessa dall'offerente e produce conseguenze giuridiche diverse a seconda che l'appalto sia stato o meno già aggiudicato.

Mentre, infatti, prima dell'aggiudicazione, la contestazione di un motivo di esclusione in capo a un subappaltatore determina l'esclusione dell'offerente, nella fase dell'esecuzione successiva all'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 105, comma 12, è previsto che l'affidatario sostituisca i subappaltatori relativamente ai quali apposta verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 (10).

All'operatore economico è, inoltre, imposto un particolare dovere di controllo sui subappaltatori di cui intende valersi; così, ai sensi dell'art. 105, comma 4, D.Lgs. n. 50 del 2016, il concorrente è tenuto a dimostrare l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'art. 80. Del pari,

dei contratti pubblici, Torino, 2017, 321 ss.; O. Marongiu, *Selezione delle offerte*, in R. Garofoli - G. Ferrari (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Molfetta, 2016, 529 ss.

(7) Sulla disciplina si vedano *ex multis* F. D'Alessandri, *Il subappalto alla luce della legge n. 55/2019 e il difficile rapporto con il diritto europeo*, in questa *Rivista*, 2020, 1, 5 ss.; A. Meale, *Manuale breve di diritto dei contratti pubblici*, Pisa, 2019, 209 ss.; G. Balocco, *La riforma del subappalto e principio di concorrenza*, in questa *Rivista*, 2017, 621; G. Mancini, *Brevi note sui limiti di ammissibilità del subappalto ai sensi dell'art. 105 del nuovo codice degli appalti*, in *Riv. trim. appalti*, 2016, 711; R. De Nictolis, *I*

nuovi appalti pubblici, Bologna, 2017, 1488 ss.; R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 364.

(8) Sul quale è poi intervenuta la Corte di Giustizia UE a dichiarare l'incompatibilità della normativa nazionale che prevede il limite percentuale alla quota subappaltabile con il diritto europeo (cfr. sent. CGUE 26 settembre 2019, causa C-63/18).

(9) Sul tema F. Di Cristina, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2012, 1, 177 ss.

(10) Ciò evidentemente per ragioni di opportunità che suggeriscono di evitare misure diverse dalla sostituzione e più gravi come l'esclusione dell'operatore economico quando l'appalto sia stato ormai aggiudicato.

l'aggiudicatario ha una responsabilità diretta e funge da garante anche rispetto anche a tutta una serie di obblighi che coinvolgono il subappaltatore, come ad esempio quelli previsti nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto, ai sensi dell'art. 105, comma 9.

Ciò, giova ribadirlo, nella logica sopra delineata di assicurare un costante controllo da parte dell'amministrazione rispetto uno strumento come il subappalto, reputato idoneo a piegarsi a facili aggiramenti e all'inserimento della criminalità nell'ambito dei contratti pubblici.

Rilievi critici conclusivi

Diverso è, invece, l'angolo visuale da cui parte il Legislatore eurounitario, secondo cui il subappalto risponde a un preciso obiettivo di garantire l'ingresso nel settore della contrattazione pubblica anche alle piccole e medie imprese, cui viene data l'opportunità di partecipare all'esecuzione di contratti che, diversamente, non potrebbero aggiudicarsi partecipando autonomamente alla gara.

Nondimeno, anche il diritto europeo riconosce l'importanza delle regole in materia ambientale, sociale e del lavoro, che tutte le stazioni appaltanti e gli Stati membri hanno cura che vengano rispettate da parte degli operatori economici, alla stregua di un principio che, come affermato dalla stessa Corte di Giustizia UE nella sentenza in commento, opera come valore cardine di rango analogo agli altri principi di cui all'art. 18, Dir. 2014/24.

Ciò consente di apprezzare le argomentazioni sviluppate dalla sentenza della Corte di Giustizia UE, individuando le dovute differenze di sistema rispetto all'ordinamento italiano.

Secondo il giudice europeo, infatti, la ragione principale per cui la norma nazionale di cui all'art. 80, comma 5, D.Lgs. n. 50 del 2016, può reputarsi compatibile con il diritto unionale è che anche la Dir. 2014/24 impone che vengano dall'operatore economico rispettati tutti gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro. Tale circostanza, sia pure non richiedendo che vi sia uniformità da parte di tutti gli ordinamenti comunitari, nell'ambito della definizione di motivi di esclusione facoltativa, ammette che gli Stati membri impongano agli operatori una verifica anche rispetto ai propri subappaltatori. Tali soggetti, infatti, benché non siano i diretti aggiudicatari, sono comunque affidatari di una parte dell'esecuzione del contratto e, dunque, devono rispondere a precisi requisiti di serietà e affidabilità. Pertanto, è

pienamente giustificato un sistema che imponga agli operatori economici di aver cura e diligenza a che gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro, tra cui rientrano quelli relativi alla disciplina sui disabili, vengano rispettati dai subappaltatori. Con la conseguenza che, in presenza di una violazione di tali obblighi da parte del subappaltatore, ne risponde anche l'aggiudicatario, sanzionato con l'esclusione dalla gara prima dell'eventuale aggiudicazione.

Il che si badi non deve determinare come conseguenza immediata che l'operatore sia considerato inaffidabile alla stregua di un automatismo ai sensi dell'art. 80, D.Lgs. n. 50 del 2016. Al contrario, come anticipato, secondo il giudice europeo, alla luce del principio di proporzionalità, la contestazione di un motivo di esclusione in capo a un subappaltatore, lungi dal condurre a esclusione automatica dell'offerente, rende necessario che, pur in presenza di una violazione da parte di un subappaltatore, per un verso, la stazione appaltante possa verificare in concreto che l'operatore sia comunque affidabile e moralmente serio e, per altro verso, lo stesso operatore possa fornire elementi di prova concreta in tal senso. Secondo la Corte di Giustizia, pertanto, da parte del diritto nazionale l'esclusione automatica dovrà essere sostituita con un meccanismo di *self-cleaning*, che consenta alle imprese di rimediare alla violazione del subappaltatore. All'esito di una verifica in contraddittorio con la stazione appaltante, l'impresa a cui è contestata una violazione rilevante ai fini dell'esclusione può evitare l'esclusione, ed essere ammessa ad operare diverse soluzioni, non ultima la sostituzione del subappaltatore interessato.

Ciò posto, si può evidenziare la diversità del sistema giuridico europeo, come appare delineato dalla Corte di Giustizia UE, e il diritto italiano dei contratti pubblici. La prospettiva europea muove da un'esigenza di temperare, da una parte, l'esigenza di garantire alla stazione appaltante un potere di controllo effettivo sull'affidabilità e serietà dell'operatore economico cui aggiudicare l'appalto, e, dall'altra parte, il principio di proporzionalità, che impone di affiancare a ogni violazione le misure adeguate e necessarie rispetto al grado di gravità della singola violazione.

Al contrario, l'angolo visuale da cui muove il legislatore nazionale appare essere diverso. È forte l'esigenza di colpire con sanzioni gravi come l'esclusione tutte le violazioni commesse dall'operatore economico, specialmente da parte dei subappaltatori. L'esclusione ai sensi dell'all'art. 80, comma 5, lett. i), assume carattere vincolato, giacché la stazione

appaltante, una volta riscontrata la violazione della disciplina sui disabili anche in capo al subappaltatore, non ha altre alternative che escludere l'operatore economico. La norma non ammette una verifica in concreto sull'affidabilità, integrità e serietà dell'operatore economico, che viene escluso anche se la violazione non lo riguarda direttamente in quanto investe un subappaltatore, per effetto di una presunzione *ex lege* che lo rende meritevole di esclusione in presenza di determinate contestazioni. Il che è certamente in linea anche con il forte disfavore che da parte del Legislatore italiano colpisce l'istituto del subappalto.

Tuttavia, tale sistema viene reputato in contrasto con la Dir. 2014/24 che, invece, ammette che si dia spazio a una verifica caso per caso volta ad accertare che, in concreto, l'utilizzo di un subappaltatore investito da una causa di esclusione meriti l'applicazione di una sanzione come l'esclusione anche per l'operatore economico che abbia inteso avvalersi dello stesso subappaltatore.

Quanto invece alla conclusione, cui è giunta la Corte di Giustizia UE in ordine alla seconda questione pregiudiziale, occorrono ulteriori precisazioni.

Il Giudice europeo, infatti, ha negato che l'esclusione automatica dell'operatore economico, per effetto della contestazione di un motivo di esclusione riguardante il solo subappaltatore, fosse compatibile con il principio di proporzionalità, enunciato in particolare dal considerando 101, Dir. 2014/24. La Corte di Giustizia, tuttavia, non ha chiarito, né mai avrebbe potuto farlo nell'ambito delle proprie competenze, quali siano gli effetti per l'operatore economico della contestazione di un motivo di esclusione in capo al suo subappaltatore, nell'ipotesi in cui non si applichi più l'esclusione automatica. Se, infatti, la stazione appaltante decide di non applicare l'esclusione, perché, ad esempio, anche grazie all'apporto collaborativo dello stesso operatore economico, raccolga elementi che la convincano dell'affidabilità e serietà dell'offerente, non c'è una norma che preveda una conseguenza giuridica diversa oltre alla non esclusione dell'operatore economico. E ciò diversamente dalla fattispecie in cui, ad aggiudicazione ormai avvenuta, emerga che uno dei subappaltatori sia investito da un motivo di esclusione, per cui l'art. 105, comma 12, D.Lgs. n. 50 del 2016 dispone la sua sostituzione. L'art. 80, commi 7 e 8, prevede però un meccanismo

di *self-cleaning*, secondo cui l'operatore economico, che si trovi in una delle situazioni di esclusione di cui al comma 5, è ammesso, tra l'altro, "a provare [...] di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti", e se la stazione appaltante ritiene che le misure di cui al comma 7 sono sufficienti, l'operatore economico non è escluso.

Orbene, tale meccanismo di *self-cleaning* che, da un lato, consente all'operatore di dimostrare comunque la propria affidabilità e, dall'altro, evidentemente riconosce un'ampissima discrezionalità all'amministrazione aggiudicatrice circa la valutazione di tali elementi, non dovrebbe operare nelle ipotesi in cui il concorrente abbia mostrato fin da subito una condotta "opaca", avendo pretermesso di indicare una dichiarazione o avendo reso dichiarazioni false o incomplete al solo fine di evitare l'esclusione, così rendendo possibile la violazione del principio di trasparenza e di lealtà che deve invece permeare tutta la procedura di gara (11).

Una condotta "opaca", appunto, potrebbe sussistere quando sia stato indicato un subappaltatore che incorra in una violazione considerata motivo di esclusione; sicché, nel caso all'esame della pronuncia in commento, non avrebbe dovuto applicarsi il meccanismo di cui all'art. 80, commi 7 e 8, D.Lgs. n. 50 del 2016. La pronuncia della Corte di Giustizia UE, tuttavia, nega che l'esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. i), per violazione del subappaltatore, possa essere automatica, con la conseguenza la stazione appaltante dovrà verificare tutte le eventuali misure, tra cui anche la sostituzione del subappaltatore, idonee a dimostrare comunque la serietà ed affidabilità dell'operatore. Rimane, però, nella discrezionalità della stazione appaltante la valutazione circa l'efficacia e opportunità di misure come la sostituzione del subappaltatore o la circostanza che per eseguire l'appalto non sia necessario il ricorso al subappaltatore investito della causa di esclusione. Tanto non dovrebbe impedire alla stazione appaltante di considerare comunque non affidabile quell'operatore economico che, pur potendo conoscere la sussistenza in capo a un subappaltatore di un motivo di esclusione, nondimeno ha indicato lo stesso subappaltatore nella terna dei soggetti di cui intendeva valersi per l'esecuzione del contratto.

(11) E questa è la conclusione cui è giunta la giurisprudenza amministrativa, tra cui, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 5 settembre 2019, n. 4192, in *Foro amm.*, 2017, 9, 1809.

Il conflitto di interessi dei componenti delle commissioni di gara - Criticità e conseguenze

di Simona Cocchi - Funzionario amministrativo della Corte dei conti

L'elaborato, dopo una attenta disamina delle norme cardine dell'argomento trattato, si pone l'obiettivo di evidenziare brevemente le implicazioni del conflitto di interessi nello specifico settore degli appalti pubblici con particolare riguardo alla figura dei commissari di gara e all'obbligo di dichiarazione dell'assenza di cause di incompatibilità ostative alla nomina ex art. 77, D.Lgs. n. 50/2016. Si vuole focalizzare, altresì, l'attenzione sulle contrastanti interpretazioni giurisprudenziali in merito alle conseguenze della mancata presentazione di tale dichiarazione".

Inquadramento normativo

La tematica del conflitto di interessi (1) discende dall'applicazione pratica del principio costituzionale dell'imparzialità dell'azione amministrativa, consacrato dall'art. 97, quale criterio pregnante dell'operato della Pubblica Amministrazione. Si osserva infatti, in sede pretoria, che il dovere di astensione è funzionale a tale principio e deve orientare l'interprete ad una corretta interpretazione delle situazioni sostanziali suscettibili in concreto di riflettersi negativamente sull'andamento del procedimento, anche solo di potenziale compromissione dell'imparzialità, ovvero idonee a suscitare dubbi ragionevoli e non meramente strumentali sulla percepibilità effettiva dell'imparzialità di giudizio nei destinatari dell'attività amministrativa e nei terzi.

La questione è stata affrontata dalla Legge n. 190/2012, sulla prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, che ha introdotto l'art. 6-bis della Legge n. 241/1990 dedicato alla disciplina del conflitto di interessi, non prevedendo, tuttavia, un'univoca elencazione dei suoi elementi costitutivi. Invero, l'articolo evoca il dovere di astensione sia a carico dei soggetti che svolgono ruoli decisionali che di quelli che adottano atti endoprocedimentali i quali sono tenuti a

segnalare ogni situazione di conflitto, anche potenziale. Il conflitto può essere di natura finanziaria, economica o dettato da particolari legami di parentela, affinità, convivenza a cui vanno aggiunte le ipotesi residuali attribuibili alle "gravi ragioni di convenienza" (cfr. art. 7, D.P.R. n. 62/2013) per cui si palesa l'opportunità che il funzionario pubblico si astenga dall'esercizio della funzione al fine di evitare potenziali conseguenze quali il danno all'immagine della PA nell'esercizio delle proprie funzioni, anche senza compromissione dell'interesse pubblico. Quanto detto conduce, secondo l'interpretazione data dalla giurisprudenza amministrativa, a ritenere sussistente il conflitto di interessi ogni volta che le decisioni che richiedono imparzialità e genuinità di giudizio siano adottate da un soggetto che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto col preminente interesse pubblico al quale è preposto. La presenza di un conflitto "anche potenziale" valorizza la *ratio* del legislatore volta ad impedire ogni situazione di interferenza, rendendo "assoluto" il vincolo di astensione, a fronte di qualsiasi posizione che possa, anche in astratto, comprimere la libertà di determinazione imparziale. Ciò anche in ragione della nuova configurazione del conflitto di interessi operata dalla Legge n. 190/2012 per la quale trattasi non più di vizio del

(1) Per un'analisi approfondita delle varie sfaccettature che assume il conflitto di interessi si rinvia al recentissimo e-book:

Andrea Ferrarini, Massimo Di Rienzo, *L'Etica delle relazioni dell'Agente pubblico*, Milano, 2020.

comportamento del dipendente di rilevanza meramente disciplinare, ma di vizio della funzione e, dunque, la valutazione dell'interprete dovrà rivolgersi, come si vedrà, alle conseguenze della mancata astensione in relazione al procedimento ed al conseguente atto amministrativo posto in essere in esecuzione della funzione attribuita.

Nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, i principi generali della disciplina del conflitto di interessi trovano una specifica puntualizzazione con la previsione dell'art. 42 del D.Lgs. n. 50/2016 il quale delega alle stazioni appaltanti la prevenzione, il contrasto e la risoluzione di ogni ipotesi di conflitto di interesse, in ogni fase della procedura, idonea a distorcere la concorrenza e la parità di trattamento di tutti gli operatori economici. Al contempo, al secondo comma, il legislatore si occupa di esplicitare la nozione di conflitto di interesse come quel tipo di interferenza da parte di una qualsiasi utilità diretta od indiretta di un soggetto appartenente alla stazione appaltante, o ad essa collegato, che possa alterare l'imparziale svolgimento della procedura di gara e, dunque, la sfera istituzionale. L'ambito soggettivo di applicazione della norma comprende dunque sia i dipendenti in senso stretto, incardinati nella stazione appaltante, sia tutti coloro che, sulla base di un valido titolo giuridico, legislativo o contrattuale, possano impegnare l'ente verso l'esterno ovvero rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività verso i terzi.

La disposizione in esame costituisce una novità nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici e ciò si giustifica sol che si consideri l'esigenza di disciplinare in modo particolarmente attento il conflitto di interesse nel delicato settore della contrattualistica pubblica, maggiormente esposto al rischio di interferenze che possano falsare la concorrenza e, dunque, minare il prestigio della pubblica amministrazione.

Dall'insieme dei soggetti come sopra identificati, viene valorizzato e distinto il ruolo della commissione giudicatrice con l'espressa previsione del comma 4 dell'art. 77 del D.Lgs. n. 50/2016 ai sensi della quale i commissari non possono svolgere né possono aver svolto incarichi riferibili al contratto di cui alla procedura di gara, applicandosi agli stessi anche l'art. 42, sopra menzionato, sul conflitto di interesse. La verifica in merito a tale eventuale conflittualità viene effettuata mediante l'obbligo, per i commissari, di dichiarare, ai sensi dell'art. 77, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 e dell'art. 47 del D.P.R. n. 445/2000, l'insussistenza delle cause di incompatibilità e di

astensione e, per le stazioni appaltanti, di verificare l'inesistenza di cause ostative alla nomina a componente della commissione giudicatrice prima del conferimento dell'incarico.

La valutazione della sussistenza di una situazione di incompatibilità dei membri della commissione di gara deve avvenire *ex ante* in ragione degli effetti potenzialmente distorsivi che il difetto di imparzialità potrebbe produrre in capo della situazione specifica. Con ciò si spiega la necessità della dichiarazione dei commissari nella fase antecedente la loro nomina in modo da consentire alla stazione appaltante ogni valutazione di merito in relazione agli elementi oggettivi di giudizio anche al fine di evitare che l'obbligo di astensione possa essere esteso a ipotesi e fattispecie non contemplate dalla normativa di riferimento.

Tale previsione, infatti, escludendo qualunque coinvolgimento dei commissari nella procedura di gara, vuole scongiurare qualsiasi rischio di favoritismo o arbitrarità nei compiti propri delle commissioni di gara quali, a titolo esemplificativo, la valutazione delle offerte presentate dai concorrenti; vieppiù, prescindendo dall'effettività del conflitto di interessi, mira ad anticipare la soglia di rilevanza giuridica alla mera possibilità di tali influenze. Nelle procedure ad evidenza pubblica rileva esclusivamente l'astratta adeguatezza, delle situazioni oggettive di conflitto descritte dalla norma, a rendere possibile l'adozione di una decisione non imparziale; appare, pertanto, irrilevante l'effetto concreto di una data situazione e, al contrario, rilevante l'indagine sulla sussistenza o meno delle condizioni oggettive cui la norma fa riferimento ai fini della valutazione circa l'obbligo o l'opportunità di astensione dei commissari di gara. Tuttavia, in ordine al perimetro degli obblighi di astensione, non si registra in giurisprudenza un indirizzo univoco: il Consiglio di Stato, con sentenza 3 luglio 2018, n. 4054, ha evidenziato come nella categoria generale dei "conflitti di interessi" debbano confluire i requisiti dell'attualità, della concretezza e della specificità per potersi ravvisare un obbligo di astensione derivante dalla dedotta incompatibilità. Sicché, i giudici di Palazzo Spada, con sentenza 26 aprile 2018, n. 2536, escludono la sussistenza dell'incompatibilità, in relazione ad una attività di collaborazione svolta da uno dei commissari nei confronti di una impresa partecipante alla gara, in quanto pacificamente cessata due anni prima della gara stessa, con il relativo rapporto economico anch'esso esauritosi a distanza di qualche mese dall'interruzione dell'attività e con l'integrale pagamento delle competenze a lui dovute.

Criticità

Le principali problematiche che si sono poste all'attenzione dell'interprete riguardano l'individuazione delle situazioni di incompatibilità nei casi concreti considerata la genericità del concetto di "conflitto di interessi".

In primis, occorre evidenziare la non necessaria coincidenza tra conflitto e corruzione, nonostante l'introduzione dell'art. 6-bis della Legge n. 241/1990 sia avvenuto ad opera della Legge n. 190/2012, essendo il conflitto di interessi ontologicamente distinto dalle condotte attive di abuso che identificano il fenomeno corruttivo.

Invero, la corruzione prevede solitamente l'accordo tra almeno due soggetti ed un pagamento od una qualche utilità giustificativa dell'accordo illecito mentre il conflitto di interessi nasce con l'opportunità di anteporre un interesse meramente privato alla tutela dell'interesse pubblico e, dunque, opera indipendentemente dal concretizzarsi del vantaggio.

"Il conflitto di interessi non consiste quindi in comportamenti dannosi per l'interesse funzionalizzato, ma in una condizione giuridica o di fatto dalla quale scaturisce un rischio di siffatti comportamenti, un rischio di danno. L'essere in conflitto e abusare effettivamente della propria posizione sono due aspetti distinti." (Cons. Stato, parere n. 667/19).

Per la configurazione del conflitto di interessi bisogna tener conto sia di utilità materiali che immateriali, patrimoniali e non, purché riconducibili al soggetto preposto a quella determinata funzione pubblica che verrebbe compromessa dal soddisfacimento dell'interesse privato del soggetto o di terzi.

Al fine di ricomprendere nello spettro dei possibili conflitti di interesse quante più situazioni possibili, il legislatore ha previsto, accanto a situazioni tipizzate, un richiamo a situazioni non tipizzate con le locuzioni "potenziale" e "gravi ragioni di convenienza" che conducono, altresì, all'obbligo di astensione (cfr. art. 7, D.P.R. n. 62/2013). Le situazioni rientranti in tali definizioni non possano essere individuate con riferimento a un numero aperto, indeterminato e indefinito di rapporti del soggetto ma devono essere indagate alla luce della loro potenzialità relativamente all'insorgenza di rapporti di favore, non indipendenti e non imparziali.

Tuttavia, la genericità delle locuzioni previste dalla norma, impongono all'organo amministrativo un giudizio di ragionevolezza dovendosi configurare delle ipotesi di conflitto di interessi con obbligo di astensione solo quando il soggetto si trovi in una posizione personale e/o abbia relazioni con terzi che

possono, anche astrattamente, inquinare l'imparzialità dell'azione amministrativa.

In tal senso, il compito demandato alle stazioni appaltanti è di notevole impatto giacché a loro spetta, per espressa disposizione di legge, un intervento attivo volto alla individuazione, prevenzione e risoluzione delle situazioni idonee ad influenzare la procedura di gara; vieppiù, il codice dei contratti pubblici enfatizza il fatto che la situazione possa essere percepita come una minaccia alla imparzialità e al buon andamento dell'agere amministrativo con ciò sottolineando l'obiettivo della tutela dell'interesse anche immateriale della P.A.

Le situazioni tipizzate sussistono con riferimento a rapporti di coniugio o convivenza; rapporti di parentela o affinità entro il secondo grado; rapporti di frequentazione abituale; pendenza di una causa o di grave inimicizia; rapporti di credito o debito significativi; rapporti di tutorato, curatela, rappresentanza o agenzia; rapporti di amministrazione, dirigenza o gestione di associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti; quelle non tipizzate richiedono uno sforzo ermeneutico di interpretazione dell'aggettivo "potenziale" nonché dalla declinazione del concetto di "interesse personale" e di "gravi ragioni di convenienza" come sopra esaminate. Particolare attenzione deve prestarsi, come sopra accennato, alle ipotesi di conflitto di interessi relative ai commissari di gara e alla dichiarazione di insussistenza di cause di incompatibilità ostative alla nomina a componente della commissione giudicatrice per lo specifico ruolo rivestito nella procedura di gara.

Proprio in ragione di tale ruolo, la norma stabilisce delle previsioni specifiche e stringenti, per i commissari di gara, sul contenuto della dichiarazione che deve riguardare i casi, descritti nel comma 4 dell'art. 77, di incompatibilità con l'incarico da assumere nonché l'assenza di sentenze di condanna per reati contro la PA e di situazioni di conflitto di interessi, descritti dal comma 4 del medesimo articolo, e l'assenza dei casi *ex art.* 51 c.p.c.

Il legislatore ha evidenziato, in particolare, la necessità di una specifica valutazione in merito alle concrete attività svolte in precedenza dai commissari, allo scopo di verificarne la rilevanza ai fini dell'applicazione degli artt. 42 e 77 del D.Lgs. n. 50/2016, in quanto non deve trattarsi di attività collegate all'affidamento oggetto della procedura. Trattasi, in buona sostanza, di un divieto disposto al fine di prevenire possibili disfunzioni e collusioni date dalla commistione dei ruoli e con lo scopo di recidere

ogni legame tra l'incarico di commissario e l'appartenenza alle amministrazioni aggiudicatrici, fermo restando l'onere di verifica a carico della stazione appaltante.

Sul tema, l'ANAC, con la Linea Guida n. 5/2016, ha previsto che la stazione appaltante debba contemperare le esigenze di contenimento dei tempi e dei costi, insite nella scelta di commissari, con quelle di imparzialità, qualità degli affidamenti e prevenzione della corruzione alla base dell'art. 77 del Codice dei Contratti Pubblici. Viene precisato, altresì, che la dichiarazione prevista al comma 9 del medesimo articolo, debba persistere per tutta la durata dell'incarico e che, al fine di assicurare che il conferimento degli incarichi attinenti alla procedura di gara sia effettuato in assenza di conflitti di interessi, la nomina sia subordinata all'acquisizione di tale dichiarazione.

Con la Linea Guida n. 15/2019, altresì, esercitando il potere regolatorio che gli è proprio, si è occupata delle definizioni del conflitto di interesse nella materia dei contratti pubblici con la previsione di specifiche situazioni di rischio nelle varie fasi della procedura ed individuando i singoli soggetti potenzialmente coinvolti.

Casi pratici

Incompatibilità dei commissari

Sul tema delle incompatibilità dei commissari delle procedure di gara, la giurisprudenza amministrativa ha ripetutamente evidenziato che la disciplina in materia mira a tutelare massimamente i principi di trasparenza e di imparzialità con il fine di scongiurare il verificarsi, nelle gare pubbliche, di fenomeni distortivi della *par condicio* e di una sana concorrenza tra gli operatori economici.

Ciò posto, l'ipotesi più interessante per gli effetti che ne conseguono è costituita dalla mancata allegazione da parte del commissario della dichiarazione ex art. 77, comma 9 del Codice dei Contratti Pubblici, sia nel senso di dichiarare l'assenza di cause di incompatibilità che nel senso positivo di dichiararle esistenti. Sul punto, le sezioni del Consiglio di Stato che si sono espresse non hanno pareri uniformi. Per alcuni, la carenza della dichiarazione costituisce un *deficit* della procedura idoneo a travolgerla ed invocabile da qualunque concorrente che ne venga a conoscenza; secondo altri, al contrario, occorre indagare l'esistenza di un conflitto attuale comprovato in ragione del quale l'assenza della dichiarazione si pone come idonea a travolgere l'intera procedura di gara. In quest'ultimo caso, infatti, il mero vizio formale risulterebbe superabile ex art. 21-*octies*, Legge n. 241/1990

sul presupposto che anche se la dichiarazione fosse stata presentata, nulla sarebbe cambiato in punto di incompatibilità.

Secondo i dettami della prima interpretazione, dunque, si sarebbe in presenza di una patologia col conseguente annullamento degli atti, ai quali ha partecipato il commissario in conflitto che non si è astenuto, e, dunque, dell'intera procedura. Ne seguono due eventualità:

- se l'annullamento viene chiesto dal concorrente che, anche in caso di esito positivo, non potrebbe diventare l'aggiudicatario, non verrà disposto il risarcimento del danno in suo favore in quanto tale risarcimento in forma specifica è legato al travolgimento della procedura;

- se, al contrario, l'annullamento viene chiesto da colui che diventerebbe l'aggiudicatario, in ipotesi vittoriosa, non verrà comunque disposto il risarcimento del danno in quanto il nuovo aggiudicatario avrebbe ottenuto il bene della vita a cui aspirava.

Composizione della commissione

Accertata, dunque, l'incompatibilità di un commissario dopo l'avvenuto espletamento di alcune attività da parte della commissione di gara, si pone la questione della composizione della commissione. Sul punto, il Consiglio di Stato (sez. III, 6 agosto 2018, n. 4830; sez. III, 7 novembre 2018, n. 6299) ha affermato la necessità di sostituire non soltanto il commissario incompatibile, ma anche tutti gli altri componenti della commissione secondo la considerazione che la manifestazione di volontà complessa è imputabile alla commissione nella sua interezza e, dunque, si configura il fondato rischio che il ruolo e l'attività di uno dei commissari, dichiarato incompatibile, possano aver influenzato gli altri commissari durante le operazioni di gara verso determinati esiti. Secondo una parte della dottrina, l'incompatibilità accertata travolgerebbe per illegittimità derivata tutti gli atti successivi della procedura di gara in ossequio al principio generale per il quale l'invalidità non travolge gli atti. La rinnovazione della procedura non dovrebbe coinvolgere atti quali il bando di gara o il disciplinare, atteso che il vizio riscontrato riguarda esclusivamente la composizione della commissione; la rinnovazione dell'intera procedura finirebbe per pregiudicare gli interessi pubblici sottesi alla gara anche sotto il profilo dei costi amministrativi aggiuntivi.

Nel caso in cui l'annullamento stabilito in sentenza dovesse intervenire a contratto stipulato ed il secondo classificato non possa sostituirsi all'aggiudicatario, verrà invece disposto il risarcimento del danno. Tuttavia, in ogni caso, si configurerebbe un danno erariale

imputabile al commissario non astenuto che non ha prodotto la dichiarazione ed eventualmente, anche a carico dei soggetti, appartenenti alla stazione appaltante e tenuti alla verifica delle potenziali incompatibilità, per colpa in vigilando.

Le situazioni di conflitto di interessi assumono una notevole rilevanza per le gravi conseguenze giuridiche derivanti dalla omissione della dichiarazione anche in punto di responsabilità disciplinare, ai sensi e per gli effetti dell'art. 16 del D.P.R. n. 62/2013, nonché penale ai sensi dell'art. 323 c.p. sull'abuso d'ufficio da parte del pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, al ricorrere di tutti gli elementi costitutivi del reato.

Può altresì configurarsi una ulteriore responsabilità penale qualora la dichiarazione sia stata invece presentata ma sia risultata mendace.

Considerazioni conclusive

All'esito di questa breve disamina, volta a dare una panoramica generale delle questioni e delle norme sottese, si può affermare che il tema del conflitto d'interessi solleva questioni di estrema importanza nel delicato settore degli appalti pubblici, massimamente esposto a fenomeni corruttivi.

La crescente personalizzazione dell'amministrazione ha comportato una crisi della centralità dell'atto nell'ambito del procedimento, ponendosi in discussione le categorie tradizionali del diritto amministrativo. Conseguentemente, occorre indagare se le sanzioni più adeguate possano essere rivolte nei confronti del soggetto più che sull'atto, il cui annullamento comporta un riesercizio del potere amministrativo con dispendio di ulteriori risorse economiche.

E-BOOK

COLLANA: Pubblica amministrazione ed Enti locali

Protezione dei dati personali e GDPR: dai precetti giuridici ai processi organizzativi

DPO e altri profili professionali - Processi e prassi - Modello operativo efficace e compliant rispetto al General Data Protection Regulation

di Giuseppe Nucci



L'entrata in vigore, il 25 maggio scorso, del **regolamento europeo 2016/679/UE**, Regolamento generale sulla **protezione dei dati personali (RGDP o GRDP** -secondo l'acronimo inglese-) segna una pietra miliare nello sviluppo di un quadro regolatore armonizzato a livello europeo, in uno dei settori più sensibili della **tutela dei diritti umani**, quello dei **dati personali**. Il pregio dell'e-book è quello di offrire una **guida pratica** per integrare i precetti del regolamento nei processi organizzativi in modo da fare di un obbligo di **compliance** un'occasione di rinnovo e **modernizzazione delle strutture organizzative**. L'Autore dettaglia, dapprima, con linguaggio preciso e concreto e con numerosi esempi pratici, **i principi giuridici fondamentali in materia di tutela dei dati personali** contenuti nel nuovo regolamento; analizza, poi, passo per passo, il **ruolo dei vari attori**, fa una **map-**

patura dei processi, si sofferma sui vari registri e sviluppa un **modello di integrazione** della protezione dei dati con gli altri controlli, mirato alla prevenzione e gestione dei rischi, attività che costituisce un elemento essenziale *della corporate governance*. Ciò forte della propria esperienza in materia di *audit* interno, preziosa anche nel rilevare gli stretti legami che esistono tra precetti del regolamento in materia di **responsabilizzazione delle figure apicali (accountability del titolare e del responsabile del trattamento)** e gestione del rischio.

Wolters Kluwer, luglio 2018
pagg. 162, € 24,00
Codice e-book: 00230554
ISBN (ebook): 978-88-217-6666-4

Per informazioni e acquisti
• On line www.shopwki.it

Le conseguenze della violazione delle regole del processo amministrativo telematico

a cura di Fabrizio D'Alessandri

Il presente contributo tratta delle conseguenze sugli atti processuali, in termini di validità, della violazione delle regole tecniche che disciplinano il processo amministrativo telematico, tracciando un quadro complessivo, con l'indicazione dei presupposti su cui si basa l'attuale regime processuale informatico e dei principi evidenziati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per affrontare la questione. Il tutto individuando nel principio di conservazione degli atti quella che può essere considerata la linea guida principale tenuta dalla giurisprudenza in materia. Quest'ultima ha fatto largo uso di tutti gli strumenti conservativi offerti dall'ordinamento processuale, dal principio di tassatività della nullità, a quello di sanatoria per raggiungimento dello scopo, a quello di gerarchia delle norme, sino alla tendenziale affermazione che la violazione delle regole tecniche del P.A.T. non dà luogo a nullità o inesistenza degli atti ma solo a una mera irregolarità sanabile. Seguirà una seconda parte, in un successivo contributo, che riprenderà in concreto i temi generali trattati nella prima per fornire un itinerario ragionato di giurisprudenza, all'esito di oltre un triennio di esistenza del P.A.T. In particolare, la seconda parte prenderà in esame le principali questioni sorte in questo periodo iniziale, distinguendo quelle per le quali si registrano soluzioni giurisprudenziali ormai ampiamente condivise, da quelle ancora aperte a diverse soluzioni interpretative.

Presupposti del P.A.T.

I capisaldi teorici del processo amministrativo telematico (di seguito P.A.T.) sono, in linea generale, la neutralità dello strumento telematico e la completa digitalizzazione degli atti, nel doppio significato che ormai l'atto con valore legale è quello informatico e che la digitalizzazione riguarda tutti gli atti del processo e tutti i processi indipendentemente dall'oggetto o dalla natura delle parti.

In particolare, per quanto riguarda la "neutralità" dello strumento telematico, il P.A.T. è stato concepito in linea di massima come una digitalizzazione degli atti del processo sostanzialmente neutra dal punto di vista delle norme processuali. L'avvento del P.A.T. ha comportato, almeno in teoria, l'utilizzo delle modalità telematiche per gli atti processuali senza toccare le norme sostanziali del processo che sono rimaste quelle del codice del processo amministrativo di cui al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Tuttavia, se si passa dal piano teorico a quello effettuale, è innegabile che l'introduzione dello strumento telematico può incidere anche sulle norme processuali, e tale fenomeno si verificherà sempre di più in futuro, in quanto la formulazione delle norme di procedura sarà sempre più influenzata dalle modalità tecniche del processo. Si guardi in proposito alle modifiche della normativa in tema di domicilio digitale e alla disciplina dei depositi degli atti non più legata agli orari di apertura degli uffici.

Inoltre, come accennato, il legislatore nell'introdurre la digitalizzazione degli atti processuali ha scelto di dare valore legale esclusivamente agli atti digitali e non più a quelli cartacei. È stata prevista, in sostanza, la scomparsa dei tradizionali documenti cartacei e il solo loro eventuale utilizzo in funzione esclusivamente sussidiaria e senza valore legale, con la previsione del deposito in via transitoria di una copia cartacea cosiddetta di cortesia degli atti processuali, per facilitare il processo di transizione al regime telematico; copia cartacea poi "stabilizzata" in via permanente e, infine, eliminata nell'ambito della normativa che ha affrontato l'emergenza Covid-19. Nello specifico la copia cartacea in realtà costituiva una copia d'obbligo perché il suo deposito era stato previsto espressamente come vincolante dall'art. 7, comma 4, del D.L. 31 agosto 2016, n. 168, convertito in L. 25 ottobre 2016, n. 197, ancorché non fosse stata indicata la sanzione per la sua violazione. Quest'ultima disposizione aveva previsto l'obbligo del deposito inizialmente in via transitoria, sino al 1° gennaio 2018. Tale obbligo era stato prima prorogato sempre in via transitoria sino al 1° gennaio 2019 e poi reso definitivo dall'art. 15, comma 1 *bis*, D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, dalla L. 1° dicembre 2018, n. 132. Successivamente il comma 10 dell'art. 84, D.L. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni in L. 24 aprile 2020, n. 27, nell'ambito della normativa volta

contrastare l'emergenza coronavirus, ha previsto la sospensione dell'obbligo della sua produzione dall'8 marzo e fino al 31 luglio 2020, prevedendo a regime la possibilità procedere al deposito "a mezzo del servizio postale". Infine, la L. 25 giugno 2020, n. 70, in sede di conversione del D.L. 30 aprile 2020, n. 28, ha abrogato il comma 4 dell'art. 7 del D.L. 31 agosto 2016, n. 168, facendo venire meno in via definitiva l'obbligo del deposito in giudizio di una copia cartacea degli atti depositati in via digitale. Con l'abrogazione di questa previsione di ordine generale è stato così reciso l'ultimo "filo" che il vigente rito processuale, integralmente digitalizzato, manteneva con la concezione tradizionale del processo, incentrato sull'utilizzo dei documenti cartacei (F. D'Alessandri, *In GU la legge di conversione del D.L. 28/2020: la fine dell'era delle copie cartacee nel PAT*, 30 giugno 2020, in www.quotidianogiuridico.it; L. Viola, *Il P.A.T. dopo l'emergenza Covid-19*, in questo stesso numero, 476).

L'utilizzo dei documenti cartacei con valore legale è, tuttavia, permesso in casi eccezionali (alcuni processi coperti da segreto o per il deposito di documenti particolarmente "pesanti" ai fini del caricamento sul sistema informatico per la presenza di elaborati grafici o simili) o in situazioni di emergenza di malfunzionamenti del sistema in cui la carta diventa l'estremo e quasi sempre temporaneo rimedio.

Infatti, nel caso di deposito cartaceo a causa di malfunzionamenti del sistema o deposito file particolarmente "pesanti", gli atti vengono comunque poi inseriti nel Sistema Informatico della Giustizia Amministrativa (di seguito anche SIGA).

Fermo quanto detto, e come vedremo in seguito, la valenza legale esclusiva del formato digitale è stata "depotenziata" da quella giurisprudenza che, in un'ottica interpretativa conservativa, ha ritenuto non sanzionabile con l'inammissibilità il deposito di documenti cartacei in luogo della forma digitale, anche nel caso più radicale del deposito cartaceo del ricorso (Cons. Stato, Sez. IV, 4 aprile 2017, n. 1541).

Un altro degli accennati principi che sottintende il P.A.T. è l'utilizzo totale delle modalità telematiche, nel suo doppio significato, riferito sia all'uso dello strumento telematico a tutti i processi, sia agli atti dei singoli processi.

Il P.A.T. ha comportato la digitalizzazione di tutti gli atti e gli adempimenti processuali, dalla formazione, sottoscrizione, notifica e deposito degli atti delle parti, alle modalità di redazione, sottoscrizione e pubblicazione dei provvedimenti del giudice. Inoltre, quello italiano è un processo amministrativo telematico nel quale l'uso delle forme telematiche è obbligatorio e si applica a tutti i processi indipendentemente dall'oggetto e dalla natura delle parti, a differenza di quello adottato in altre nazioni che prevedono l'uso dello strumento telematico come facoltativo o lo limitano in base alla natura della parti (es. nel sistema francese il processo telematico non si utilizza nel caso in cui agiscano delle parti private in proprio).

Queste scelte sono state di fondamentale importanza per differenziarlo rispetto ai sistemi adottati in altri ordinamenti e lo rendono un processo fortemente innovativo, all'avanguardia sia in Europa che nel mondo, uno dei pochissimi, se non l'unico interamente, digitale.

Un "punto debole" del nostro sistema poteva essere la potenziale limitazione all'accesso alla giustizia amministrativa per i privati che agiscono in proprio, senza l'assistenza tecnica di un difensore e che potrebbero non avere gli strumenti (es. la firma digitale o la posta elettronica certificata) o le conoscenze necessarie per l'accesso al processo telematico.

Nel sistema di giustizia amministrativa italiana la possibilità da parte del cittadino di agire senza l'assistenza del difensore è limitata a pochi casi, tuttavia importanti a livello di principio (accesso agli atti e trasparenza amministrativa, giudizi in materia elettorale e relativi al diritto dei cittadini dell'Unione). È stata, quindi, garantita l'accessibilità del normale cittadino al processo telematico anche per quelle rare ipotesi in cui può difendersi in proprio, istituendo presso i T.A.R. e il Consiglio di Stato i cosiddetti "mini Urp", ovvero sedi degli appositi uffici che lo assistono nella gestione della lite dandogli supporto tecnico ai fini della proposizione del ricorso e del deposito degli atti in modalità telematica. Si era, infatti, ipotizzato un possibile vulnus al diritto di difesa delle parti private, nei casi in cui le stesse intendano stare in giudizio senza l'assistenza di un difensore; pericolo che così appare essere stato scongiurato.

L'uso dello strumento digitale è necessariamente accompagnato da una serie di norme tecniche che disciplinano l'uso delle modalità digitali. Alcune sono di livello legislativo, come il codice dell'amministrazione digitale e, per quanto riguarda specificamente il processo amministrativo, le poche norme del codice del processo amministrativo e di attuazione dello stesso c.p.a. in materia di P.A.T.; altre hanno carattere regolamentare o rango ancora meno elevato. È questa una caratteristica innegabile del processo telematico, ovvero che oltre alle norme sostanziali del processo ci siano anche delle norme tecniche che disciplinano le modalità informatiche di formazione degli atti, sempre nel teorico rispetto del suindicato principio di neutralità della normativa tecnica che disciplina il P.A.T.

Il processo amministrativo telematico funziona, infatti, sulla base di specifiche norme tecniche (attualmente dettate principalmente dal d.P.C.S. 22 maggio 2020, n. 134) che disciplinano

L'utilizzo di norme tecniche per la disciplina del P.A.T.

puntualmente le modalità di formazione e deposito degli atti, dettando determinati requisiti e, in sostanza, descrivono i formati e le dimensioni dei file da depositare, le modalità di redazione, sottoscrizione, asseverazione, notifica e deposito degli atti telematici e una serie di dettagli tecnici (ad esempio l'atto deve essere redatto in PDF nativo digitale mentre il documento può essere depositato in un formato PDF "scannerizzato", la firma digitale nel P.A.T. è prevista in formato PAdES e non CAdES, le notifiche in forma telematica degli atti vanno inoltrate a determinati indirizzi PEC e devono avere determinate caratteristiche etc.). Queste norme tecniche pongono spesso degli interrogativi di interpretazione e, soprattutto, sono per loro stessa natura norme "rigide", in quanto legate a requisiti tecnici.

A grandi linee si può dire che la normativa tecnica sul P.A.T. ai fini della formazione, sottoscrizione, notificazione e deposito degli atti processuali e dei documenti allegati, prevede:

- a. la formazione degli atti processuali in file formato nativo digitale (di solito PDF) e la sottoscrizione degli atti processuali con firma digitale versione PAdES;
- b. il deposito dei documenti in formato copia immagine (di solito PDF in cosiddetta copia "scansionata"). Il deposito della procura rilasciata in forma analogica e degli atti notificati con le modalità tradizionali in formato copia immagine previa asseverazione con firma digitale della conformità all'originale cartaceo, al pari di altri documenti per i quali la parte intende asseverare tale conformità;
- c. la notifica tramite PEC o anche nelle forme del tradizionale atto cartaceo (stante l'esistenza di soggetti, quali ad esempio le controinteressate parti private, che non sono muniti, né hanno l'obbligo, di munirsi di una casella PEC).
- d. il deposito del ricorso e degli altri atti e documenti in via telematica via PEC o, eccezionalmente, tramite Upload;
- e. le comunicazioni delle Segreterie alle parti a mezzo PEC.

Inoltre, sempre in generale, si può dire che la normativa sul P.A.T. ha introdotto la necessità per gli utilizzatori di avvalersi di determinati supporti tecnologici e prevede, almeno per i giudizi che contemplano l'assistenza professionale di un avvocato, tre requisiti di accesso al processo e, in particolare:

- 1) il possesso di una posta elettronica certificata (PEC definita dal d.P.C.S. n. 134/2020, come un "sistema di posta elettronica nel quale è fornita al mittente documentazione elettronica attestante l'invio e la consegna di documenti informatici");
- 2) una firma digitale (definita dal d.P.C.S. n. 134/2020, in termini 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");
- 3) l'abilitazione ad interagire con il nuovo sistema informativo della giustizia amministrativa (S. I.G.A.), necessaria per accedere al sistema ed esercitare l'attività difensiva.

Questi sono i requisiti che il P.A.T. prevede come condizioni per poter presentare un ricorso e difendersi in giudizio, così come per risultare destinatari delle comunicazioni processuali (sul punto L. Viola, *Diritto e Tecnica nel processo amministrativo telematico*, in *federalismi.it* n. 22/2016).

Ultimamente, a causa delle misure necessarie per fronteggiare l'emergenza Covid-19 il processo amministrativo telematico si è "arricchito", in via transitoria dal 30 maggio 2020 e fino al 31 luglio 2020, anche della possibilità di celebrare l'udienza da remoto, in contraddittorio con i difensori delle parti, in modalità videoconferenza sulla piattaforma Microsoft Teams, ai sensi dell'art. 4, D.L. 30 aprile 2020, n. 28 convertito con modificazioni in L. 25 giugno 2020, n. 70, e secondo le regole tecnico operative dettate dall'art. 2 e dall'all. 3 del d.P.C.S. n. 134/2020 (F. D'Alessandri, *Il processo e il procedimento amministrativo*, in *Le nuove regole per la giustizia nell'emergenza sanitaria*, Milano, 2020, 62 ss.).

A volte, peraltro, queste norme tecniche, come accennato, "interferiscono" con quelle procedurali, perché dal dubbio sull'interpretazione delle norme tecniche possono aversi ricadute applicative sulla norma processuale, in teorica deroga al suddetto principio di neutralità. Due esempi sugli interrogativi che hanno interessato gli interpreti.

Il primo è l'interpretazione nel nuovo testo del comma 2 dell'art. 22 del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (in seguito anche C.A.D.) che prevede l'asseverazione di conformità delle copie informatiche dei documenti originali cartacei (es. la procura alle liti). Il testo è stato modificato dal D.Lgs. 13 dicembre 2017, n. 217, sostanzialmente con l'eliminazione della previsione che consentiva l'asseverazione con dichiarazione allegata al documento informativo (operata nel processo dall'avvocato) e il riferimento a delle linee guida non ancora adottate. Da qui il dubbio sulle modalità con cui può essere effettuata l'attestazione di conformità degli atti dal cartaceo al digitale. Al riguardo, è parso possibile continuare con la vecchia modalità (con dichiarazione sul documento o separata in conformità alle regole del C.A.D. secondo quanto specificato dell'art. 4, comma 3, del D.P.C.M. 13 novembre 2014 rimasto per ora vigente) ma il problema si è

La validità degli atti in violazione delle regole tecniche del P.A.T.

posto ed è stato trattato in una nota congiunta (pubblicata sul sito della GA) nata dal tavolo tecnico sul processo amministrativo telematico tra gli avvocati e la Segreteria Generale della Giustizia Amministrativa, creato proprio per la comprensione e gestione delle problematiche che possono scaturire dall'introduzione del P.A.T.

L'altro esempio è la problematica del domicilio digitale, sorta per le modifiche apportate all'art. 25 c.p.a. dall'art. 7, comma 1, lett. a), del D.L. 31 agosto 2016, n. 168, conv., con modif., dalla L. 25 ottobre 2016, n. 197. In generale, con la previsione del domicilio digitale degli avvocati è stato superato il discorso della necessità di un domicilio fisico. Dal 1° gennaio 2018 è stata abrogata la norma che prevedeva la domiciliazione *ex lege* presso la Segreteria del T.A.R. nel caso di mancata domiciliazione nella circoscrizione del medesimo organo giudicante. Anche questa modifica ha posto diversi dubbi interpretativi sulla persistenza o meno anche di un domicilio fisico elettivo, sulla sorte delle domiciliazioni elette precedentemente all'entrata in vigore della nuova norma e sulla valenza del domicilio fisico eletto concorrente con quello digitale.

L'entrata a regime dal 1° gennaio 2017 del P.A.T. ha portato in evidenza il tema delle conseguenze, in termini di invalidità, delle difformità degli atti dalle regole tecniche sull'utilizzo delle modalità telematiche imposte dal nuovo regime processuale. In sostanza, la questione fondamentale posta è quella della validità degli atti che non rispettano le suddette norme tecniche ovvero, in altri termini, quali sono dal punto di vista giuridico le conseguenze processuali della violazione delle norme inerenti al P.A.T. Infatti, c'era il timore che le violazioni delle norme tecniche di natura rigide del P.A.T. sulle modalità di formazione, sottoscrizione e deposito dei file venissero considerate in senso formalistico, portando a gravi conseguenze in termini di nullità degli atti processuali.

Al momento dell'avvio del processo telematico, c'era quindi una sorta di fantasma che aleggiava sulle aule di giustizia che rischiava davvero di trasformarlo in una sorta di "trappola". Soprattutto gli avvocati erano spaventati dal tecnicismo di tale tipologia di processo e dalla possibilità che lavorare con strumenti telematici a cui non erano abituati avrebbe comportato, soprattutto all'inizio, una serie di errori tecnici da scontare con decisioni di inammissibilità dei ricorsi o di nullità degli atti. Si paventava in sostanza che eventuali violazioni delle molte regole tecniche sulla sottoscrizione degli atti, sulla notifica a mezzo di posta elettronica certificata, sul deposito o sul formato dei file, venissero considerati in senso formalistico e portassero a gravi conseguenze sulla validità degli atti processuali. Era un timore percepibile, tanto che all'approssimarsi del 31 dicembre 2016, nei giorni immediatamente precedenti all'entrata in operatività del processo telematico, c'è stata "la fila" presso gli uffici giudiziari amministrativi per depositare gli atti, perché si voleva rinviare il più possibile il momento di cimentarsi con il nuovo regime.

Tale timore era stato probabilmente condiviso anche del legislatore che, prevedendo possibili dubbi interpretativi, ha dettato una disposizione che contemplava, per i primi tre anni a decorrere dalla data di operatività del P.A.T. (1° gennaio 2017), la possibilità da parte del T. A.R. adito in sede di giudizio di primo grado, in caso di sussistenza di "significativi contrasti giurisprudenziali" sull'interpretazione della normativa inerente al processo amministrativo telematico "tali da incidere in modo rilevante sul diritto di difesa di una parte", di investire della questione l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (art. 13 *bis* delle norme di attuazione del c. p.a. introdotto con il D.L. 31 agosto 2016, n. 168, conv., con modif., dalla L. 25 ottobre 2016, n. 197). Quest'ultima, come noto, è l'organo nomofilattico della Giustizia Amministrativa italiana e ordinariamente viene investita solo dalle varie Sezioni del Consiglio di Stato (F. D'Alessandri, *La violazione delle regole tecniche del PAT e il principio di conservazione degli atti*, in www.giustizia-amministrativa.it).

Al riguardo si deve rilevare come la giurisprudenza ha, in linea di massima, reagito in senso antiformalistico, con decisioni di contenuto equilibrato e consapevoli della novità della riforma. La normativa tecnica è stata interpretata *cum grano salis*, senza intenti sanzionatori, ricorrendo agli strumenti interpretativi messi a disposizione dall'ordinamento in senso conservativo. Se c'è stato, quindi, uno sforzo interpretativo della normativa del processo amministrativo telematico è stato nel senso "permissivo" di limitare il più possibile le ipotesi di nullità o inesistenza dell'atto non conforme alla normativa tecnica, anche nel caso più "classico" dell'assenza di sottoscrizione con firma digitale e finanche nell'ipotesi estrema del deposito in forma cartacea del ricorso. Tanto è vero che, nell'arco del triennio, scaduto il 31 dicembre 2019, di vigenza della suindicata norma che permetteva la rimessione diretta all'organo di nomofilachia della Giustizia Amministrativa, seppure qualche dubbio vi sia stato e continui a persistere, non si è registrata nessuna rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

L'impatto del P.A.T.
sulla forma degli atti
processuali

Il P.A.T. è stato da alcuni salutato come una rivoluzione copernicana. La prima domanda che si è posta in relazione alla sua introduzione è stata come la digitalizzazione degli atti processuali abbia inciso sul processo o meglio sulla forma degli atti processuali.

Sin da subito, si sono registrati due opposti filoni interpretativi sulla valenza da dare all'introduzione del processo telematico e, in particolare, alle norme che riguardano la forma degli atti processuali e ne disciplinano la redazione, la sottoscrizione e il deposito in formato digitale. Le diverse concezioni del significato dell'introduzione del P.A.T. naturalmente riverberano anche sulle possibili conseguenze della violazione della relativa normativa.

Un primo e ormai prevalente filone interpretativo, ritiene che le norme previste dal P.A.T. per la formazione e la sottoscrizione degli atti siano norme attinenti al deposito degli atti, che rilevano ai fini delle formalità di produzione in giudizio degli stessi, ma che non incidono sulla forma in senso stretto.

Questo orientamento riduce l'impatto "rivoluzionario" del P.A.T., in quanto ritenere che le disposizioni sulla digitalizzazione degli atti processuali attengono essenzialmente al solo deposito in giudizio porta alla "dequotazione" della valenza invalidante della violazione di queste norme.

Tali violazioni, infatti, non andrebbero considerate quali vizi di forma dell'atto processuale in senso stretto, anche qualora inerenti a normativa di fonte primaria previste dal codice del processo amministrativo o da altra legge. Corollario di tale impostazione è che l'assenza della forma digitale (al pari di altre carenze) non rende radicalmente invalidi per vizio di forma gli atti, ponendo tutt'al più un problema di regolarità del deposito.

In sostanza, tale orientamento esclude che l'atto debba essere redatto necessariamente in forma digitale, continuando ad applicarsi il principio della libertà della forma previsto dall'art. 121 c.p.c., anzi, per meglio dire, il principio della funzionalità della forma rispetto allo scopo. Ciò sarebbe confermato, peraltro, dall'art. 136 c.p.a. che si intitola: "Disposizioni sulle comunicazioni e sui depositi informatici" (Francesco Volpe, *Per la chiarezza di idee sulla forma digitale dell'atto processuale dopo l'entrata in vigore del p.a.t.*, in www.lexitalia.it, ma questa concezione aleggia, per quanto in modo inespresso, in Cons. Stato, Sez. IV, 4 aprile 2017, n. 1541 sulla irregolarità e non nullità come conseguenza della violazione delle regole tecniche del P.A.T. e sulle successive numerose sentenze, più specificatamente indicate in seguito, che hanno confermato tale orientamento; mentre in modo esplicito si esprime T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 9 maggio 2017, n. 5545).

In tal senso potrebbe deporre, in quanto fa riferimento all'esistenza di atti processuali cartacei, anche il comma 2 *ter* del medesimo art. 136 c.p.a. che consente il deposito con modalità telematiche della copia informatica, anche per immagine, di un atto processuale di parte, di un provvedimento del giudice o di un documento formato su supporto analogico e detenuto in originale o in copia conforme, attestata la conformità della copia al predetto atto mediante l'asseverazione di cui all'art. 22, comma 2, del codice di cui al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

Al contrario, una differente e minoritaria corrente di pensiero, ha ritenuto che l'avvento del P.A.T. abbia inciso sulla forma stessa dell'atto processuale che non è più quella tradizionale "cartacea" bensì esclusivamente quella digitale, intesa come forma vincolante ai fini della formazione stessa dell'atto e, conseguentemente, della sua validità.

L'art. 136 c.p.a., infatti, al comma 2 *bis* dispone che "salvi i casi di cui al comma 2, tutti gli atti e i provvedimenti del giudice, dei suoi ausiliari, del personale degli uffici giudiziari e delle parti sono sottoscritti con firma digitale". Allo stesso modo, parallelamente, il comma 1 dello stesso art. 136 c.p.a. prevede che il deposito va effettuato in forma digitale. La necessità della redazione, sottoscrizione e deposito in forma digitale è confermata anche dalle disposizioni del D.P.C.M. n. 40/2016.

Le inosservanze delle prescrizioni sulla forma digitale, e *in primis* sulla sottoscrizione digitale, si rivelerebbero dei veri e propri vizi formali dell'atto e, qualora inerenti a norme di rango primario, quali quelle dettate dall'art. 136 c.p.a., sarebbero "sanzionate" con la nullità (o inesistenza) dei relativi atti, nel rispetto del principio di tassatività delle nullità processuali.

Plasticamente esemplificativo di tale indirizzo è T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 22 febbraio 2017, n. 1053; la medesima decisione, prendendo atto di una "obiezione" formulata nell'ambito dell'opposto orientamento, indica come non rilevi in senso contrario la circostanza che l'art. 136 c.p.a. sia rubricato "disposizioni sulle comunicazioni e sui depositi informatici", stante la frequenza dei casi in cui articoli di legge dal contenuto disomogeneo.

Quest'ultimo orientamento distingue tra forme inerenti alla valida formazione dell'atto processuale, quali la sottoscrizione, e forme afferenti al mero deposito degli atti e documenti in giudizio con modalità telematiche, ovvero sia delle forme strumentali ai soli fini del deposito. Ad esempio, la firma digitale non riguarderebbe la sola modalità di deposito, bensì la forma dell'atto e non può essere dequotata a una mera forma strumentale valida unicamente per il deposito, ma deve essere considerata la forma univocamente prescritta dal legislatore come mezzo di inequivoca imputazione dell'atto al suo autore a fini sostanziali, rendendo nullo l'atto

I principi di gerarchia delle fonti e di riserva di legge in materia processuale

in caso di sua assenza, ai sensi dell'art. all'art. 44, comma 1, lett. a), c.p.a. che la prevede a pena di nullità.

Le due concezioni hanno, come indicato, un impatto potenzialmente differente in tema di validità degli atti, in quanto, considerare il P.A.T. come un insieme di norme sul deposito e non come sulla stessa forma dell'atto, comporta una minore valenza invalidante alla violazione di queste prescrizioni. Tuttavia, in entrambi gli indirizzi viene tenuto in massima considerazione un principio primario dell'ordinamento processuale, quello della conservazione degli atti, con il suo corollario del principio del raggiungimento dello scopo (per una breve distinzione tra i due orientamenti F. D'Alessandri, *Invalidità dell'atto non sottoscritto con firma digitale nei giudizi rientranti nel regime del P.A.T.*, in www.quotidianogiuridico.it).

Ai fini del regime delle invalidità in caso di violazione delle regole tecniche, assumono importanza anche altri principi generali del nostro ordinamento e, in particolare, il principio di gerarchia delle fonti normative e quello di riserva di legge.

La normativa sul P.A.T. è un coacervo di norme primarie, con valenza legislativa, e secondarie, con valenza regolamentare e sub regolamentare. In particolare, il P.A.T. è specificatamente disciplinato dalle fonti primarie contenute nel codice del processo amministrativo (artt. 25, 136 e art. 13 delle Norme di Attuazione, all. 2 e dalla fonte sub regolamentare di cui al d.P.C.S. 22 maggio 2020, n. 134, con all'all. 1 le regole tecnico-operative e all'all. 2 le specifiche tecniche e parametri tecnici del P.A.T. (in precedenza previsti dalla fonte regolamentare del d. P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40). Nello stesso d.P.C.S. n. 134/2020 sono disciplinate all'art. 2 le regole tecnico-operative per l'attuazione (in via transitoria) dell'udienza in videoconferenza e all'all. 3 le specifiche tecniche per le udienze da remoto.

Vi sono poi, come fonti primarie, il D.L. 30 giugno 2016, n. 117, convertito con L. 12 agosto 2016, n. 161; il D.L. 31 agosto 2016, n. 168 convertito con L. 25 ottobre 2016, n. 197 e rinvii ad altre fonti "esterne" come la L. n. 53/1994 in materia di notificazione, l'art. 16, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 sulla notifica a mezzo PEC, e, in generale, il D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (codice dell'amministrazione digitale).

In sostanza, a parte le poche disposizioni nel codice del processo amministrativo, la maggior parte delle norme tecniche di operatività del P.A.T. è contenuta nel d.P.C.S. 22 maggio 2020, n. 134 (Regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico, nonché per la sperimentazione e la graduale applicazione dei relativi aggiornamenti).

Il legislatore ha, infatti, optato per l'introduzione del P.A.T. di rinviare sostanzialmente a fonti non primarie la disciplina delle "regole tecnico-operative" del nuovo processo digitale.

Inizialmente, il medesimo legislatore ha scelto di demandare alla fonte regolamentare la disciplina delle regole tecnico-operative del nuovo processo digitale e, conseguentemente, l'art. 13, comma 1, delle norme di attuazione del codice del processo amministrativo ha previsto che le stesse fossero adottate "con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentiti il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa e il DigitPA",

Le norme tecnico-operative del processo amministrativo telematico e le relative specifiche tecniche sono state quindi adottate con il d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40, la cui modifica richiedeva l'adozione di una fonte di uguale rango normativo, oltretutto di una norma regolamentare da emanarsi nel rispetto delle relative procedure di legge.

L'opzione per la sede regolamentare è stata giustificata, nella stessa Relazione di accompagnamento al Codice del processo amministrativo, dall'esigenza di assicurare i requisiti della flessibilità e tempestività di adattamento alle novità tecnologiche, in un contesto caratterizzato da una forte tecnicità e da una rapida obsolescenza dei sistemi, analogamente a quanto avvenuto con il D.M. 17 luglio 2008 che ha fissato le regole tecnico-operative per l'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile (L. Viola, *Diritto e Tecnica nel processo amministrativo telematico*, in federalismi.it, n. 22/2016).

Anzi, a ben vedere, il D.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40, prevedeva oltre al Regolamento con le regole tecnico-operative, anche un allegato A, con le "specifiche tecniche", nonché dei (non meglio specificati) "parametri tecnici", che sono una fonte sub regolamentare, tanto è vero che venivano (e vengono ancora) "adeguati ed aggiornati in base all'evoluzione scientifica e tecnologica" con provvedimento del responsabile del Servizio Informativo della Giustizia Amministrativa ("sentita l'Agenzia per l'Italia Digitale e, limitatamente ai profili inerenti alla protezione dei dati personali, sentito il Garante per la protezione dei dati personali e le modifiche sono pubblicate sul sito web della giustizia amministrativa").

Tra l'altro l'aver previsto "specifiche tecniche" e "parametri tecnici" nell'ambito dello stesso art. 19 del Regolamento, senza aver dato precisi parametri di distinzione, ingenerava il dubbio se le due tipologie di disposizioni coincidano e, in ogni caso, quale sia il limite fra uno e l'altro, in considerazione del fatto che la modifica della disciplina dei parametri tecnici è affidata a una procedura differente (e ben più snella) da quella prevista per la modifica dei regolamenti governativi e, pertanto, i parametri tecnici non possono essere considerati una fonte

regolamentare al pari delle disposizioni tecniche operative previste nel testo del medesimo D.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40.

È stata a suo tempo sollevata, inoltre, la questione che l'art. 13 disp. att. c.p.a. non sembra autorizzare la distinzione tra regole tecniche-operative del Regolamento, specifiche tecniche e parametri tecnici, prevedendo solo un regolamento con il relativo procedimento di adozione, e non anche specifiche tecniche con un diverso e meno garantito iter procedimentale, nel quale mancano essenziali garanzie di partecipazione (R. De Nictolis, *Processo amministrativo - Formulario commentato*, Milano, III, 2016, 2680; F. Volpe, *Per la chiarezza di idee sulla forma digitale dell'atto processuale dopo l'entrata in vigore del P.A.T.*, in www.lexitalia.it, che rileva come, verosimilmente, il D.P.C.M. n. 40/2016 non abbia non solo forza e valore di legge ma neppure carattere di atto normativo, perché il decreto non risponde ai requisiti formali previsti per i regolamenti dall'art. 17 della legge sulla Presidenza del Consiglio).

In ogni caso, l'esperienza concreta ha evidenziato che in materia di processo telematico a volte le esigenze di celerità e flessibilità sono talmente sentite da adattarsi difficilmente anche all'iter procedimentale necessario per l'adozione di una norma regolamentare, che richiede un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Un esempio concreto di tale esigenza si è manifestato, all'esito del D.L. 30 aprile 2020, n. 28, con la necessità emersa di disciplinare in tempi rapidissimi le udienze in videoconferenza in contraddittorio tra le parti. In tal senso la fonte regolamentare statale, per quanto maggiormente "agile" rispetto alla fonte legislativa, poteva non risultare sufficientemente tempestiva.

Al riguardo, il Presidente del Consiglio di Stato, nella nota di chiarimenti del 20 aprile 2020, prot. n. 7400 aveva ventilato l'opportunità che una fonte primaria attribuisse la competenza a disciplinare sul piano tecnico il processo amministrativo telematico a una fonte normativa flessibile e di immediata operatività, in grado di disciplinare le modalità di svolgimento dell'udienza tramite collegamento a distanza, prendendo in esame anche gli importanti aspetti legati alla sicurezza e riservatezza delle comunicazioni, nonché le soluzioni in caso di malfunzionamento del mezzo tecnologico.

D'altra parte in altre magistrature come la Corte dei conti e la magistratura ordinaria, la disciplina delle regole tecniche del processo telematico è demandata a fonti normative di rango inferiore rispetto al regolamento statale e riconducibile ad atti degli organi di vertice delle medesime istituzioni.

In tale direzione è intervenuto per la giustizia amministrativa proprio il D.L. 30 aprile 2020, n. 28, convertito con modificazioni in L. 25 giugno 2020, n. 70, che con una norma che va oltre il periodo emergenziale da Covid-19 nell'ambito del quale è stata introdotta, ha demandato al Presidente del Consiglio di Stato la generale competenza ad adottare le regole tecnico-operative del processo amministrativo telematico, con effetto abrogativo del d.P.C.M. n. 40 del 2016.

In particolare, l'art. 4, comma 2, del D.L. n. 28/2020, nel testo convertito con modificazioni nella L. n. 70/2020, ha sostituito l'art. 13, comma 1, delle norme di attuazione del codice del processo amministrativo, prevedendo che le regole tecnico-operative del processo amministrativo telematico sono adottate "con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, sentiti il Dipartimento della Presidenza del Consiglio dei ministri competente in materia di trasformazione digitale, il Consiglio nazionale forense, il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa e le associazioni specialistiche maggiormente rappresentative, che si esprimono nel termine perentorio di trenta giorni dalla trasmissione dello schema di decreto".

La disciplina delle regole tecniche del processo amministrativo ha, quindi, cambiato fonte normativa, passano da una fonte regolamentare governativa a una fonte sub regolamentare derivante dall'organo di vertice della Giustizia Amministrativa.

La stessa disposizione del decreto legge ha anche previsto l'effetto abrogativo della normativa preesistente di fonte regolamentare, stabilendo che "a decorrere dal quinto giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del primo decreto adottato dal Presidente del Consiglio di Stato" è abrogato il d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40.

In altri termini, l'art. 4, comma 1, del D.L. n. 28/2020 ha stabilmente attribuito al Presidente del Consiglio di Stato la competenza a dettare le regole tecnico-operative del processo amministrativo telematico, con l'effetto di far automaticamente venire meno la normativa tecnica precedente.

Tale potere è stato esercitato dal Presidente del Consiglio di Stato con l'indicato Decreto 22 maggio 2020, n. 134 che, oltre ad adottare le regole tecniche per l'udienza in videoconferenza, ha quindi avuto anche effetto di abrogare *ex lege* il d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40.

L'abrogazione tuttavia per ora è rimasta confinata a livello formale.

A livello sostanziale, infatti, il decreto del Presidente del Consiglio di Stato ha "preferito" almeno per il momento non apportare modifiche al regime ordinario della disciplina tecnica del processo amministrativo telematico riproponendo (agli all. 1 e 2 del d.P.C.S.), per intero e senza nessuna variazione, le regole tecnico-operative e le specifiche tecniche già contenute

nel d.P.C.M. n. 40/2016, che quindi continua a restare in vigore, con il solo mutamento della sua valenza formale.

La modifica della normativa tecnica sostanziale del regime ordinario del processo amministrativo telematico è stata, infatti, di fatto rinviata in vista degli sviluppi futuri del processo e del Sistema Informativo della Giustizia Amministrativa (vedi F. D'Alessandri, *Il processo e il procedimento amministrativo*, in *Le nuove regole per la giustizia nell'emergenza sanitaria*, Milano, 2020, 101 ss.; F. D'Alessandri, *In GU la legge di conversione del D.L. 28/2020: la fine dell'era delle copie cartacee nel PAT*, 30 giugno 2020, in www.quotidianogiuridico.it; F. D'Alessandri, *Udienze da remoto nel processo amministrativo: ecco le regole tecnico-operative*, 28 maggio 2020, in www.quotidianogiuridico.it; F. D'Alessandri, *Coronavirus: con il D.L. 30 aprile 2020, n. 28 arriva l'udienza in videoconferenza nel processo amministrativo*, 6 maggio 2020, in www.quotidianogiuridico.it; L. Viola, *Il P.A.T. dopo l'emergenza Covid-19*, cit.).

In ogni caso, quindi, le norme di operatività del P.A.T., e per prime quelle sulla forma degli atti e delle modalità di deposito digitali, sono affidate a disposizione di diverso rango normativo, di natura legislativa, regolamentare e *sub* regolamentare.

Il nostro ordinamento è caratterizzato da un principio di riserva di legge per quanto concerne la materia processuale. Al riguardo, infatti, l'art. 111, comma 1, Cost. prevede che "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge".

Sia che tale riserva di legge si consideri assoluta (come pare più probabile) sia che si consideri relativa, in questa materia possono essere demandate alla fonte regolamentare solo disposizioni che traducono in modalità tecniche le regole processuali fissate da fonte primaria, con la conseguenza che il potere regolamentare del Governo deve limitarsi a regolamenti di stretta esecuzione.

Le norme regolamentari sul P.A.T. debbono avere, quindi, valenza meramente esecutiva delle norme processuali primarie, specificandone dal punto di vista tecnico il contenuto, e non possono in ogni caso porsi in contrasto con le regole processuali previste dalle disposizioni del codice, né modificare le regole in materia di termini, oneri e decadenze per le parti, né tantomeno stabilire autonomi casi di nullità o inammissibilità. Qualora lo facciano, le norme non di rango primario di cui all'indicato d.P.C.S. n. 134/2020 sono direttamente disapplicabili in quanto in contrasto con norme processuali primarie (sulla questione in vigenza del d.P.C.M. n. 40/2016 L. Viola, *Diritto e Tecnica nel processo amministrativo telematico*, in *federalismi.it*, n. 22/2016, 2 ss. che rileva come proprio il carattere regolamentare delle norme tecniche sul P.A.T. e l'esistenza del principio di riserva di legge di cui all'art. 111, comma 1, Cost., comporti la necessità di attribuire all'informatizzazione del processo un valore sostanzialmente "neutro", in precedenza indicato, e del tutto inidoneo a modificare le regole normative previste dal codice di rito).

Le nullità degli atti processuali, al pari delle ipotesi di inammissibilità, devono infatti essere ricondotte a una fonte normativa primaria.

Anche il Consiglio di Stato, con riferimento al regime del d.P.C.M. n. 40/2016 ma secondo una ratio che rimane immutata nel regime attuale, ha indicato che a norma dell'art. 13, comma 1, disp. att. c.p.a., il regolamento è destinato a dettare solamente "le regole tecnico-operative per la sperimentazione, la graduale applicazione, l'aggiornamento del processo amministrativo telematico", rimanendo del tutto estraneo al suo ambito applicativo ogni valutazione in termini di validità/invalidità (e ancor più di esistenza/inesistenza) degli atti processuali (Cons. Stato, Sez. IV, 4 aprile 2017, n. 1541).

Ciò impone lo sforzo interpretativo, in caso di violazione delle regole stabilite nel d.P.C.S. n. 134/2020, di ricondurre le conseguenze di tali violazioni a effetti sanciti da una fonte primaria e, *in primis*, al codice del processo amministrativo (nel senso che la violazione della norma regolamentare dovrà concretarsi anche nella violazione di una norma primaria di cui quella regolamentare specifica la portata in modo meramente esecutivo e la sanzione dovrà essere ricondotta alla previsione della fonte legislativa). Ad esempio, la violazione di una norma tecnica sulla sottoscrizione digitale del ricorso potrà comportare l'invalidità solo qualora potrà essere considerata integrata l'assenza della sottoscrizione prevista e sanzionata con la nullità del ricorso ai sensi dell'art. 40 c.p.a.

Per comprendere la rilevanza pratica in questa materia del principio della gerarchia delle fonti normative basta segnalare come allo stesso è stato fatto ricorso da certa giurisprudenza, che di seguito vedremo nello specifico, per giustificare la disapplicazione della norma di cui all'art. 6, comma 5, dell'all. A al D.P.C.M. n. 40/2016 (attualmente all'art. 6, comma 5, all. 2 del d.P.C.S. n. 134/2020), secondo cui "la firma digitale PADes si intende estesa a tutti i documenti contenuti".

La giurisprudenza sul P.A.T. ispirata al principio di conservazione degli atti

Come già indicato, il tema inizialmente tanto temuto delle conseguenze processuali della violazione della normativa sul P.A.T. è stato affrontato dalla giurisprudenza con decisioni di contenuto equilibrato, privilegiando il criterio di conservazione degli atti e limitando, in concreto davvero al minimo, le pronunce di inammissibilità ai soli casi di gravi difformità.

La direttrice principale tenuta in sede pretoria nell'interpretazione della normativa del P.A.T. è risultata volta a limitare il più possibile le ipotesi di nullità o inesistenza dell'atto non conforme alle regole tecniche, anche nel caso più "classico" dell'assenza di sottoscrizione con firma digitale o di deposito cartaceo.

In entrambi gli orientamenti segnalati (forma digitale come forma dell'atto o come modalità accessoria al deposito) si è riconosciuto ampio spazio al principio di conservazione degli atti o ab origine, per escludere la nullità della violazione della norma tecnica dequotingandola a mera irregolarità, o ammettendo la successiva sanatoria per il concreto raggiungimento dello scopo dell'atto affetto da nullità. A ciò si associa la consapevolezza del principio secondo cui la nullità deve essere riservata a quelle violazioni che non risultino meramente formali ma che esplicino un effetto sostanziale sul processo.

Più nello specifico, la giurisprudenza ha utilizzato tutti gli strumenti interpretativi apprestati dall'ordinamento in senso conservativo in materia di nullità e inesistenza degli atti processuali. Ha richiamato i principi di riserva di legge, che vige in campo processuale ex art. 111 Cost., e di gerarchia delle fonti, concludendo che la violazione di norme tecniche dettate da fonti normative secondarie per portare alla nullità deve tradursi anche in violazione di norme processuali di rango legislativo.

Ha dato massimo risalto al principio di conservazione degli atti e, nello specifico, alla regola generale secondo cui non può considerarsi nullo un atto che abbia comunque raggiunto lo scopo a cui era per legge preordinato; tale regola è prevista nell'art. 156, comma 3, c.p.c. italiano ma è pacificamente applicabile anche al processo amministrativo, stante il rinvio alla disciplina processualcivile dell'art. 39 c.p.a.

Ha applicato il principio di tassatività delle nullità processuali previsto dall'art. 156, comma 1, c.p.c., ai sensi del quale "non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge", per cui non tutte le difformità dal modello normativo comportano la nullità dell'atto ma solo quelle espressamente sanzionate in tal senso (peraltro la sola norma che disciplina la nullità degli atti processuali nel c.p.a. applicabili al P.A.T. è l'art. 44 c.p.a. secondo il quale "il ricorso è nullo se manca la sottoscrizione").

Ha, infine, richiamato un principio generale secondo cui il rilievo di vizi fondati sulla pretesa violazione di norme di rito non è volto a tutelare l'interesse all'astratta regolarità del processo ma a garantire l'eliminazione del pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte in conseguenza della rilevata violazione; per cui non assumono rilievo ai fini dell'invalidità quelle violazioni che non comportino un vulnus al diritto di azione e difesa delle parti e consentano alle parti stesse di accedere agli atti e al giudice di decidere, avendo l'atto abbia raggiunto comunque il suo scopo (Cass., SS.UU., 18 aprile 2016, n. 7665; Cons. Stato, Sez. IV, 4 aprile 2017, n. 1541). La violazione si rileva, quindi, solo formale e non comporta invalidità qualora, nonostante il mancato rispetto della norma tecnica del P.A.T., l'atto processuale depositato sia pienamente leggibile dalla controparte e dal Collegio, risulti certa la sua paternità, la data di sottoscrizione, di eventuale notifica e di deposito dell'atto stesso, sicché non possa essere invocata alcuna concreta violazione del diritto di difesa e del rispetto del contraddittorio (Cons. Stato, Sez. III, 5 febbraio 2018, n. 744; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 26 aprile 2017, n. 679).

Ciò sino a giungere all'orientamento interpretativo, al momento assolutamente prevalente, secondo cui in linea di massima le violazioni delle regole tecniche del P.A.T. non comportano la nullità dell'atto ma solo la sua irregolarità con la possibilità di regolarizzazione entro un termine perentorio concesso dal giudice (introdotto dalla sentenza del Cons. Stato, Sez. IV, 4 aprile 2017, n. 1541 che ha avuto amplissimo seguito in giurisprudenza: T.A.R. Reggio Calabria, ord. caut., 26 aprile 2017, n. 69; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 12 giugno 2017, n. 3201; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 12 settembre 2017, n. 580; Cons. Stato, Sez. III, 11 settembre 2017, n. 4286; Cons. Stato, Sez. V, ord. 24 novembre 2017, n. 5490; Cons. Stato, Sez. V, ord. 4 gennaio 2018, n. 56; Cons. Stato, Sez. V, 27 giugno 2018, n. 3953; Cons. Stato, Sez. V, 1° aprile 2019, n. 2126; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I *quater*, 30 maggio 2019, n. 6900; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 27 gennaio 2020, n. 369). Quest'ultimo indirizzo si riallaccia implicitamente al controverso principio che considera le norme previste dal P.A.T. per la formazione e la sottoscrizione degli atti non come norme sulla forma ma come norme attinenti al deposito.

Infine, anche nelle ipotesi in cui l'applicazione di tali principi non sia stata possibile, per la particolare gravità del vizio o dell'orientamento più restrittivo dell'organo giudicante, si è comunque fatto spesso ricorso all'istituto dell'errore scusabile, di cui all'art. 37 c.p.a., che impedisce di applicare la sanzione della nullità alle violazioni di legge commesse a causa di

Specifiche questioni interpretative

errori nell'interpretazione o nell'applicazione della normativa ritenuti giustificabili alla luce delle particolari circostanze, quali l'oggettiva incertezza della normativa o contrasti interpretativi.

La giurisprudenza ha, in sostanza, evidentemente preso atto dell'intervenuto cambiamento "epocale" del processo amministrativo, stemperando le conseguenze pratiche delle violazioni della normativa sul processo telematico poste in essere dalle parti, a cui è stato chiesto comunque un particolare sforzo di diligenza per adeguarsi all'applicazione del regime del P.A.T., considerata anche l'esistenza di alcune inevitabili incertezze interpretative (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 7 giugno 2017, n. 3065; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 13 febbraio 2017, n. 892; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, ord., 9 febbraio 2017, n. 50).

Ampiamente decorso, con il 31 dicembre 2019, il primo triennio di operatività del P.A.T., si può in concerto trarre un bilancio delle questioni affrontate in giurisprudenza sulle conseguenze della violazione delle regole tecniche, evidenziando come quest'ultima, in linea con quanto suindicato, ha spesso ritenuto la violazione irrilevante o sanata per raggiungimento dello scopo o, al più, l'ha considerata alla stregua di mera irregolarità che la parte può regolarizzare su ordine del giudice entro un termine perentorio.

La seconda parte di questo lavoro, oggetto di un successivo contributo, tratterà nello specifico le singole questioni sinora sorte in giurisprudenza, distinguendo quelle che hanno ormai trovato un assetto tendenzialmente stabile da quelle ancora "aperte".

Pur rimandando alla suddetta seconda parte l'analisi dei singoli casi, si anticipa che si possono ritenere "definite" in giurisprudenza, spesso nel senso della conservazione dell'atto, le seguenti fattispecie, rispetto alle quali si riportano sin d'ora gli estremi delle pronunce d'interesse:

- la validità della notifica PEC precedentemente all'operatività del P.A.T. (Cons. Stato, Ad. Plen., 19 settembre 2017, n. 6);

- l'assenza della sottoscrizione digitale del ricorso o il suo deposito cartaceo (non comporta nullità: Cons. Stato, Sez. IV, 4 aprile 2017, n. 1541; T.A.R. Reggio Calabria, ord. caut., 26 aprile 2017, n. 69; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 12 giugno 2017, n. 3201; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 12 settembre 2017, n. 580; Cons. Stato, Sez. III, 11 settembre 2017, n. 4286; Cons. Stato, Sez. V, ord., 24 novembre 2017, n. 5490; Cons. Stato, Sez. V, ord., 4 gennaio 2018, n. 56; Cons. Stato, Sez. V, 27 giugno 2018, n. 3953; Cons. Stato, Sez. V, 1° aprile 2019, n. 2126; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I *quater*, 30 maggio 2019, n. 6900; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 27 gennaio 2020, n. 369);

- la mancata sottoscrizione o asseverazione dei "semplici" documenti allegati al ricorso o alle memorie difensive (non comporta nullità: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *bis*, 8 marzo 2017, n. 3231);

- la redazione dell'atto in copia immagine sottoscritta e non in formato nativo digitale (non vizia l'atto: T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 10 febbraio 2017, n. 175; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *bis*, ord. 8 marzo 2017, n. 3231);

- la questione del cosiddetto "doppio originale" per l'introduzione del ricorso in caso di notifica cartacea (T.A.R. Catanzaro, Sez. I, 26 aprile 2017, n. 679; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 1° marzo 2017, n. 2993; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 9 maggio 2017, n. 5545; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 12 giugno 2017, n. 3201; Cons. Stato, Sez. V, ord., 4 gennaio 2018, n. 56; T.A.R. Roma, Sez. II *bis*, 22 marzo 2018, n. 3227);

- la sottoscrizione degli atti con Firma digitale in formato CAdES anziché nella forma PAdES, prevista dalle regole tecniche del P.A.T. (non comporta nullità: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 4 aprile 2017, n. 1799; Cons. Stato, Sez. III, 27 novembre 2017, n. 5504; T.A.R. Abruzzo L'Aquila, Sez. I, 27 giugno 2017, n. 278; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 27 settembre 2017, n. 1174; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 9 novembre 2017, n. 1704; T.A.R. Lazio, Sez. I *bis*, 25 maggio 2018, n. 5912; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 18 aprile 2019, n. 880; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, ord., 31 gennaio 2018, n. 673);

- la questione se la notifica in forma digitale degli atti ai difensori successiva alla costituzione in giudizio della parte possa essere fatta, oltre che all'indirizzo PEC risultante dal ReGIndE, anche da quello tratto dal registro INI PEC (Cass., Sez. VI *ter*, ord., 15 novembre 2019, n. 29749; Cass., SS.UU., n. 23620/2018; Cass. n. 30139/2017);

- le modalità di prova dell'intervenuta notifica PEC (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, ord., 19 aprile 2017, n. 581);

- l'assenza della relata di notifica nelle notifiche PEC (comporta nullità: T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 11 aprile 2019, n. 222);

- l'utilizzo di moduli di deposito non aggiornati (non giustifica la tardività del deposito: T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 6 aprile 2018, n. 939; tuttavia concede errore scusabile: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 16 luglio 2019, n. 3913).

Rimangono invece sostanzialmente dibattute altre tematiche quali:

- l'interpretazione del comma 4 dell'art. 4 delle disp. att. c.p.a. ai sensi del quale "agli effetti dei termini a difesa e della fissazione delle udienze camerali e pubbliche, il deposito degli atti e dei documenti in scadenza effettuato oltre le ore 12:00 dell'ultimo giorno consentito si considera effettuato il giorno successivo" (l'atto è tardivo: T.A.R. Lazio Roma, Sez. II, 30 aprile 2020, n. 4466; Cons. Stato, Sez. V, 2 dicembre 2019, n. 8241; T.A.R. Basilicata, Sez. I, 28 giugno 2019, n. 528; C.G.A., 7 giugno 2018, n. 344; Cons. Stato, Sez. III, 24 maggio 2018, n. 3136; T.A.R. Veneto, Sez. I, 17 maggio 2018, n. 537 e 538; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 26 aprile 2018, n. 2781; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 6 aprile 2018, n. 99; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I *bis*, 5 febbraio 2018, nn. 1428, 1430 e 1431.; T.A.R. Calabria Catanzaro, Sez. II, 29 giugno 2018, n. 1291; Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2018, n. 4785; ma di contrario avviso Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2020, n. 1451; T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, 15 gennaio 2020, n. 39; Cons. Stato, Sez. III, 23 ottobre 2019, n. 7207; Cons. Stato, Sez. IV, 15 luglio 2019, n. 4955; Cons. Stato, Sez. III, 2 maggio 2019, n. 2842; T.R.G.A. Trento, 13 febbraio 2018, n. 31; Cons. Stato, Sez. IV, 1 giugno 2018, n. 3309.; T.A.R. Toscana, Sez. III, 4 gennaio 2019, n. 7; Cons. Stato, Sez. III, 23 ottobre 2019, n. 7207; Cons. Stato, Sez. III, n. 4833/2018);

- la notifica PEC alle amministrazioni a un indirizzo diverso da quello indicato nel registro della P. A. (la notifica non è valida: T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 13 luglio 2017, n. 1842; T.A.R. Basilicata, 21 settembre 2017, n. 607; T.A.R. Catania, Sez. III, 13 ottobre 2017, n. 2401; T.A.R. Toscana, Sez. I, 27 ottobre 2017, n. 1287; T.A.R. Basilicata, 10 aprile 2018, n. 255; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 11 giugno 2019, n. 1426; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, ord., 11 febbraio 2020, n. 209; non è valida ma può essere concesso l'errore scusabile: Cons. Stato, Sez. III, 22 ottobre 2019, n. 7170; T.A.R. Molise, ord., 13 novembre 2017, n. 420; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 15 marzo 2018, n. 1653; Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5891; T.A.R. Sicilia, Palermo, 22 gennaio 2018, n. 179; T.A.R. Sicilia, Palermo, 1 dicembre 2017, n. 2779; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 22 ottobre 2018, n. 6129; Cons. Stato, Sez. III, 5 febbraio 2018, n. 744; Cons. Stato, Sez. III, 22 ottobre 2019, n. 7170; la notifica è valida Cons. Stato, Sez. V, 12 dicembre 2018, n. 7026; T.A.R. Piemonte, Sez. II, ord., 10 gennaio 2018, n. 41);

- la questione se la mancanza di sottoscrizione digitale del ricorso in forma telematica possa essere ovviata dalla sottoscrizione del modulo (può essere ovviata: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 27 gennaio 2020, n. 369; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *bis*, ord., 8 marzo 2017, n. 3231; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 15 marzo 2017, n. 209; ma di contrario avviso: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 28 marzo 2017, n. 1694).

Contratti pubblici

Le riserve nell'appalto di opera pubblica

di Maurizio Ferlini (*) - Avvocato cassazionista del Foro di Bologna

Nell'ambito dei rapporti tra la pubblica amministrazione committente e l'appaltatore derivanti dall'esecuzione del contratto di appalto di opera pubblica la dinamica delle controversie della fase negoziale trova il suo indiscutibile centro di gravità nelle riserve. Il presente saggio illustra ed approfondisce l'istituto delle riserve dell'appaltatore. Nell'elaborato si individuerà la normativa che attualmente disciplina l'istituto e ci si soffermerà ad analizzare le criticità che sorgono in riferimento ai cosiddetti "fatti continuativi".

L'appalto di opera pubblica e le controversie tra stazione appaltante ed appaltatore

Le controversie che possono sorgere tra la stazione appaltante e l'appaltatore possono essere distinte, per lineamenti generali, in tre macro-categorie:

- le controversie scaturenti nella fase antecedente la stipula del contratto e concernenti vizi degli atti amministrativi di evidenza pubblica: si tratta delle controversie riguardanti la cosiddetta *serie procedimentale*;

- le controversie che originano nella fase compresa fra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, compresi gli eventuali provvedimenti dell'amministrazione di annullamento d'ufficio della stessa aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 21-*nonies* della Legge n. 241/1990 o comunque previsti da norme di legge, in quanto direttamente incidenti sulla stessa genesi dell'aggiudicazione e, dunque, riconducibili alla relativa procedura;

- le controversie aventi ad oggetto la fase di esecuzione del contratto.

Secondo un primo inquadramento esemplificativo e tralasciando i casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di cui all'art. 133 del codice del processo amministrativo (divieto di rinnovo tacito dei contratti, revisione prezzi, ecc.), la cognizione degli atti autoritativi emessi in sede di autotutela dalla pubblica amministrazione, così come la

risoluzione dei contrasti sorti *ante* stipulazione del contratto, sono di competenza del giudice amministrativo, mentre le contese che nascono successivamente all'esordio del contratto sono attratte nella giurisdizione del giudice ordinario.

La stipulazione del contratto, quindi, è riconosciuta dalla giurisprudenza come lo spartiacque tra le due giurisdizioni (1).

A seguito della stipula del contratto la pubblica amministrazione viene, infatti, a perdere il suo potere d'imperio, compreso quello di autotutela, venendosi così a creare tra i contraenti una situazione paritetica, ovvero di diritto comune: in assenza di riconducibilità dell'agire dell'Amministrazione ad un potere autoritativo riconosciuto dalla legge si configura, pertanto, la giurisdizione del giudice ordinario.

Non è questa la sede per una indagine sulle decisioni e sulle tendenze giurisprudenziali formatesi negli anni a seguito di tale riparto di giurisdizione: non va sottaciuto, tuttavia, seppure incidentalmente, che la cognizione delle Corti di merito ordinarie spesso rivela criticità e difficoltà nella lettura sistematica dell'appalto pubblico e nell'affrontare temi e discipline di carattere pubblicistico (direttive comunitarie, codici e legislazione sugli appalti pubblici) che necessariamente si riverberano - per titolo e disciplina esclusiva - nelle controversie attinenti la fase esecutiva.

Senza trascurare le particolarità e i congegni organizzativi speciali di profilazione dell'ambito

(*) www.studioferlini.it

(1) Cass. civ., SS.UU., n. 27169/2007; Cass. civ. n. 10443/2008; n. 19805/2008; n. 20596/2008, Cass. civ., SS.UU., n. 10705/2017.

soggettivo della committenza pubblica e dei rispettivi vincoli e/o facoltà negoziali - società *in house*, organismi di diritto pubblico, fondazioni pubbliche, solo per citare qualche esempio - non propriamente *friendly* e di quotidiana frequentazione - per dato statistico - nelle aule civili impegnate ordinariamente su altre configurazioni soggettive contrattuali (privati, società di capitali, contrattualistica ordinaria), mi riferisco, in particolare, dal punto di vista dell'ambito oggettivo normativo, alla disciplina pubblicistica della risoluzione del contratto, alle contestazioni in ordine alle determinazioni della direzione lavori, alle contestazioni sulle risultanze dei collaudi, agli inadempimenti contrattuali contestati all'appaltatore derivanti da capitoli di appalto costituenti *ab origine lex specialis* di gara.

Tra le controversie nascenti nella fase negoziale meritano particolare attenzione, secondo la serie storica amministrativa, tecnica e giudiziaria degli ultimi trent'anni, le riserve - e il contenzioso sulle riserve - che l'appaltatore può apporre, iscrivere, contestare durante l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto.

Le riserve

Ambito definitorio

L'opera pubblica oggetto d'appalto deve essere eseguita dall'appaltatore a regola d'arte in conformità alle prescrizioni del progetto esecutivo ed alle previsioni del capitolato d'appalto sotto la direzione e vigilanza del direttore dei lavori, il quale, nominato dalla stazione appaltante, è funzionalmente e temporaneamente inserito nell'apparato organizzativo della stessa e ne esplica i poteri autoritativi.

Nel corso dell'esecuzione dell'appalto si possono verificare circostanze che predispongono l'appaltatore ad avanzare pretese nei confronti dell'amministrazione.

Queste richieste possono concernere sia fatti tecnici che economici (e/o amministrativi con evidente riflesso di carattere economico) e sono generalmente riconducibili alle seguenti principali fattispecie:

- consegna ritardata o parziale dei lavori;
- sospensione illegittima;
- tardiva ripresa dei lavori;
- contabilità dei lavori;
- varianti in corso d'opera;
- proroghe;
- andamento anomalo dei lavori.

Le riserve possono rivestire non solo aspetti di natura strettamente contabile, ma possono integrare anche fattispecie di diretta natura risarcitoria.

L'appaltatore, qualora intenda muovere delle contestazioni o richiedere il risarcimento del danno, deve provvedere a registrare le sue richieste negli idonei **documenti** dell'appalto.

Fra i documenti, non aventi natura o finalità contabile, ma idonei a ricevere la riserva si annoverano il verbale di inizio o di conclusione della sospensione dei lavori, il verbale di consegna dei lavori, il certificato di collaudo e l'ordine di servizio; fra i documenti contabili vanno ricordati il libretto delle misure ed il registro di contabilità.

Il registro contabile è il documento tenuto dal direttore dei lavori ove vengono trascritte, in ordine cronologico, lo svolgimento delle lavorazioni in guisa da poterne accertare quantità, classificazioni, prezzi ed importo e che dovrà essere sottoscritto dall'esecutore dei lavori a titolo di accettazione.

Proprio in questo momento, l'appaltatore che ritenga di dover avanzare delle pretese nei confronti della stazione appaltante dovrà annotare le richieste sul registro contabile ovvero, qualora non sia in grado di formulare le proprie pretese immediatamente, potrà firmare il registro con la dicitura "con riserva".

Qualora l'atto di contabilità manchi, occorre che l'appaltatore provveda ad avvisare tempestivamente l'Amministrazione della domanda che ha intenzione di proporre, dandone comunicazione mediante apposito atto scritto (2).

La giurisprudenza, infatti, è concorde nel ritenere che la mancanza del registro di contabilità non comporta la decadenza dell'obbligo, in capo all'appaltatore, di rendere edotta la stazione appaltante delle problematiche insorte.

Dopo aver firmato il primo atto utile con riserva, l'appaltatore dovrà esplicitare le proprie richieste entro il termine perentorio stabilito dalla *lex specialis* di gara, così come previsto dal D.M. n. 49/2018 (3). La mancata presentazione della domanda o della riserva nei modi o nei termini statuiti e la contemporanea sottoscrizione del registro contabile comportano la decadenza dell'appaltatore dal diritto di far valere le sue pretese.

La funzione della riserva, infatti, è duplice: da un lato, consente all'appaltatore di formulare contestazioni ed avanzare pretese verso l'amministrazione

(2) Cass. civ., Sez. I, n. 17630/2007; n. 21734/2016.

(3) **(Per gli appalti di lavori) Art. 9**, D.M. n. 49/2018: "Il direttore dei lavori, per la gestione delle contestazioni su aspetti

tecnici e delle riserve, si attiene alla relativa disciplina prevista dalla stazione appaltante e riportata nel capitolato d'appalto".

committente per il riconoscimento di maggiori compensi o rimborsi, le cui esigenze sono insorte nel corso dell'esecuzione delle opere pubbliche; dall'altro, ha la funzione di rispondere all'esigenza di assicurare alle stazioni appaltanti il tempestivo e costante controllo di tutti i fattori incidenti sui costi dell'appalto, oltre che di permettere all'amministrazione appaltante di procedere alle verifiche necessarie per accertare la fondatezza delle pretese mosse dell'appaltatore, nonché concedere alla stessa la possibilità di valutare l'opportunità di recedere - eventualmente - dal contratto. (4)

In altri termini, lo strumento delle riserve permette di verificare con regolarità l'andamento dei costi dell'opera pubblica, a garanzia di entrambe le parti contraenti.

Dal punto di vista formale e lessicale - nell'ambito della contrattualistica pubblica - è opportuno precisare che, nonostante nel linguaggio comunemente utilizzato nella prassi applicativa i termini "riserva" e "domanda" siano (impropriamente) utilizzati come sinonimi, nella realtà le due locuzioni hanno significati ben diversi.

La riserva, infatti, secondo una più appropriata ricostruzione ermeneutica, costituisce il mezzo attraverso il quale l'appaltatore può dar voce alle proprie domande: non è, quindi, la domanda in sé, bensì lo strumento che permette all'appaltatore di conservare il diritto di precisare la pretesa dopo la firma del registro contabile.

Diversamente, scaduto tale termine, ovvero qualora abbia firmato senza riserva, l'appaltatore decadrà dal diritto, con conseguente accettazione di quanto riportato nel documento contabile.

La disciplina

Per quanto concerne la disciplina delle riserve è opportuno effettuare un breve *excursus* dell'evoluzione normativa susseguitasi nel corso degli ultimi anni al fine di comprendere appieno cosa deve fare l'appaltatore per far valere le sue pretese.

Prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti Pubblici la disciplina delle riserve era contenuta nella parte II, titolo IX, capo I del D.P.R. n. 207/2010, in particolare agli artt. 190 e 191, i quali regolamentavano specificamente le modalità di apposizione della riserva, il contenuto e la forma che la stessa doveva avere per essere considerata correttamente apposta.

L'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016 muta radicalmente l'assetto normativo delle riserve prevedendo, all'art. 217, comma 1, lett. u), l'abrogazione del D.P.R. n. 207/2010 dalla data di entrata in vigore del Codice stesso, quindi, a far data dal 19 aprile 2016. Il nuovo codice degli appalti, però, non contiene in sé la nuova disciplina delle riserve, ma rinvia alla futura emanazione di decreti di attuazione che dovranno essere adottati dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e nell'attesa, l'art. 216, prevede l'ultrattività di alcune norme del D.P.R. n. 207/2010.

Di conseguenza, il D.P.R. n. 207/2010 è parzialmente rimasto in vigore sino al 30 maggio 2018, data di entrata in vigore del Decreto n. 49/2018, normativa che attualmente disciplina le riserve e che all'art. 9, rubricato "Contestazioni e riserve", sancisce che "Il direttore dei lavori, per la gestione delle contestazioni su aspetti tecnici e delle riserve, si attiene alla relativa disciplina prevista dalla stazione appaltante e riportata nel capitolato d'appalto".

Il D.M. n. 49/2018, quindi, non disciplina specificamente né la modalità di presentazione della riserva, né il contenuto che la stessa deve portare, né le tempistiche entro le quali deve essere presentata, ma lascia alla stazione appaltante il dovere di regolamentare integralmente la procedura da seguire, con l'obbligo di indicarla nel capitolato speciale di gara. Alla base di questa normativa vi era l'intento del legislatore di cercare di limitare il più possibile la nascita di controversie tra le parti: invero, l'obiettivo pare decisamente mancato.

Lasciare ad una delle parti del contratto la possibilità di regolamentare la procedura delle riserve - aspetto fondamentale nei contratti d'appalto - comporta, oltre che ad un'alterazione dell'equilibrio nel posizionamento dei contraenti, l'emersione di un territorio definitorio e prescrizione che si presta naturalmente alla nascita di contrasti interpretativi (anche strumentali o speculativi) tra le parti, essendo facilmente prefigurabile l'ipotesi che l'amministrazione non regolamenti adeguatamente e/o minuziosamente la disciplina.

Più recentemente è stato emanato il D.L. n. 32/2019, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 18 aprile 2019, convertito con modificazioni in Legge n. 55/2019, entrato in vigore il 18 giugno 2019, il c.d. "Decreto Sblocca Cantieri", il quale ha apportato ulteriori modifiche al D.Lgs. n. 50/2016, prevedendo anche il ritorno al "regolamento unico" di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice appalti (5) con la

(4) Cass. civ., Sez. I, n. 21205/2014.

(5) Art. 216, comma 27-*octies* recita "Nelle more dell'adozione, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della

conseguenziale eliminazione delle linee guida ANAC e dei decreti ministeriali.

Nonostante la norma sia entrata in vigore nel mese di giugno 2019 e siano ampiamente decorsi i termini di sei mesi per l'emanazione del nuovo Regolamento Unico, ad oggi (luglio 2020) - con l'interpolazione drammatica della emergenza sanitaria pandemica Covid-19 che ha investito drammaticamente l'Italia nei mesi di marzo-aprile 2020 ed è tutt'ora in corso (le disposizioni del D.P.C.M. 11 giugno 2020 che ha autorizzato la ripresa di ulteriori attività nella cosiddetta Fase 3 dell'emergenza sanitaria sono efficaci fino al 14 luglio 2020) - quest'ultimo non è ancora stato varato e, pertanto, si continuano ad applicare, come statuito dal comma 27-*octies*, il D.M. n. 49/2018 e le linee guida vigenti.

I cosiddetti "fatti continuativi" ed il momento in cui occorre iscrivere la riserva

La tempestività della riserva costituisce, come precisato, elemento imprescindibile affinché la domanda possa essere ritenuta valida e l'appaltatore possa veder valutate e accolte - parzialmente e/o integralmente - le sue pretese.

Nella prassi applicativa, tuttavia, particolari problemi sull'applicabilità della normativa ed il termine ultimo utile entro il quale poter iscrivere la riserva si sono riscontrati in merito ai cosiddetti *fatti continuativi*.

I fatti continuativi - secondo una ricostruzione connotativa generale - generano dal verificarsi di un evento o dal manifestarsi di una serie di eventi che provocano pregiudizi all'appaltatore che non si esauriscono in un preciso momento, ma si protraggono nel tempo, anche a cavallo di più stati di

avanzamento e non sono di immediata rilevanza onerosa (6).

La caratteristica della persistenza degli effetti pregiudizievoli tipica dei fatti continuativi ha creato dubbi circa il corretto momento entro il quale occorre apporre la riserva.

Inizialmente la giurisprudenza aveva sostenuto che l'onere di iscrizione della riserva operava al tempo della cessazione della continuità, ovvero dell'esaurimento del fatto continuativo e conseguentemente l'appaltatore poteva validamente formulare la domanda per la prima volta ad opera esaurita, essendo questo il momento in cui è possibile definire con chiarezza le maggiorazioni richieste (7).

A partire dagli anni Novanta questo indirizzo è stato definitivamente abbandonato (8) in quanto ritenuto lesivo dei principi fondanti le riserve; la suprema Corte, inoltre, si è orientata nel distinguere la fase di iscrizione della riserva dalla fase di esplicazione della stessa, momento in cui viene specificamente quantificato l'ammontare richiesto a titolo di risarcimento/indennizzo (9).

Attualmente la giurisprudenza sostiene che l'appaltatore, in relazione ai fatti produttivi di danno continuativo, debba iscrivere la riserva *contestualmente o immediatamente dopo l'insorgenza del fatto lesivo*, percepibile con la normale diligenza; il "*quantum*", invece, potrà essere successivamente indicato (10). Ne consegue che è tardiva la riserva non formulata immediatamente e inserita, ad esempio, nello stato di avanzamento dei lavori successivo.

Occorre, pertanto, aver particolare riguardo al caso concreto per comprendere entro quale momento sorga in capo all'appaltatore l'onere di iscrivere riserva.

presente disposizione, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettere a) e b), della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, di un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del presente codice, le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2, e 150, comma 2, rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al presente comma, in quanto compatibili con il presente codice e non oggetto delle procedure di infrazione nn. 2017/2090 e 2018/2273. Ai soli fini dell'archiviazione delle citate procedure di infrazione, nelle more dell'entrata in vigore del regolamento, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e l'ANAC sono autorizzati a modificare rispettivamente i decreti e le linee guida adottati in materia. Il regolamento reca, in particolare, disposizioni nelle seguenti materie: a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto;

c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; e) direzione dei lavori e dell'esecuzione; f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; g) collaudo e verifica di conformità; h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; i) lavori riguardanti i beni culturali. A decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento cessano di avere efficacia le linee guida di cui all'articolo 213, comma 2, vertenti sulle materie indicate al precedente periodo nonché quelle che comunque siano in contrasto con le disposizioni recate dal regolamento".

(6) Cass. civ., n. 4285/1981; Sez. I, n. 2395/1989; Sez. I, n. 5494/1992.

(7) Cass. civ., n. 2393/1969; n. 830/1972.

(8) Cass. civ., Sez. I, n. 68/1988.

(9) Cass. civ., Sez. I, n. 11647/2016.

(10) Cass. civ., n. 5540/2004; n. 23670/2006; Sez. I, n. 10949/2014.

I fatti continuativi si distinguono peraltro dai *fatti ad effetto istantaneo* fra i quali rientrano, ad esempio, le ipotesi di errata applicazione di un prezzo.

In tal caso la relativa riserva deve essere indicata in occasione di ogni singola contabilizzazione: in caso contrario l'appaltatore decade dal diritto a maggiori compensi o indennizzi.

Sospensione legittima ed illegittima dei lavori - I "fatti colposi" della P.A.

In tema di sospensione dei lavori, evento produttore di danno continuativo, occorre distinguere tra sospensione dei lavori legittima e sospensione dei lavori illegittima.

Ai sensi dell'art. 107, D.Lgs. n. 50/2016, la sospensione dei lavori disposta dalla stazione appaltante è legittima quando ricorrono:

- circostanze speciali che temporaneamente impediscono la prosecuzione dei lavori e che non erano prevedibili al momento della stipulazione del contratto, come ad esempio la sospensione per la necessità dello studio ed approntamento di varianti in corso d'opera dovute a nuove situazioni impreviste e che non erano ipotizzabili in sede di progetto né in sede di consegna lavori;
- per ragioni di necessità o di pubblico interesse, quali l'interruzione di finanziamenti per esigenze sopravvenute di finanza pubblica;
- per cause imprevedibili o di forza maggiore, come ad esempio il ritrovamento di reperti archeologici e le avverse condizioni climatiche.

Dalla lettera della norma si evince chiaramente che **il limite massimo della durata della sospensione legittima, senza indennità** per l'appaltatore, può essere

massimo di 6 mesi nel caso in cui la sospensione sia disposta per ragioni di necessità o di interesse pubblico.

Qualora l'interruzione si protragga ulteriormente l'appaltatore può rivendicare pretese risarcitorie ma per poterlo fare deve preventivamente domandare la risoluzione del contratto.

In caso di sospensione per circostanze speciali, cause imprevedibili o di forza maggiore la normativa non prevede alcun risarcimento a favore dell'appaltatore. Allorché la sospensione sia disposta per motivi diversi rispetto a quelli richiamati dall'art. 107 del D.Lgs. n. 50/2016 la sospensione dei lavori è illegittima e dà diritto all'appaltatore a richiedere il risarcimento del danno patito, quantificato sulla base di quanto previsto dall'art. 1382 Cod. civ.

L'omessa rimozione di situazioni che ostacolano la regolare attuazione del progetto, la redazione di un progetto incompleto e/o errato e l'omessa espropriazione dei terreni su cui l'appaltatore deve eseguire i lavori sono situazioni che rientrano tra i casi di sospensione illegittima disposta al fine di ovviare alle negligenze di cui si è resa colpevole la pubblica amministrazione.

La giurisprudenza pertanto riconosce l'amministrazione appaltante responsabile dei pregiudizi derivati all'impresa a causa del suo comportamento doloso o gravemente colposo, manifestato con la sospensione dei lavori disposta in conseguenza di fatti alla stessa addebitabili, e conseguentemente concede all'appaltatore il diritto di domandare un equo riconoscimento del danno, ferma restando la necessità di apporre la riserva nei modi e nei termini previsti.

Affidamento diretto

Consiglio di Stato, Sez. V, 24 gennaio 2020, n. 608 - Pres. Caringella - Est. Grasso - Sea Ambiente S.p.a. c. Comune di Camaiole ed altri

In tema di affidamento diretto senza pubblicazione del bando l'opzione prevista dall'art. 63, D.Lgs. n. 50/2016 riveste, all'evidenza, carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, sicché, per condiviso intendimento, la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cons. Stato, Sez. V, 8 agosto 2019, n. 5628; Cons. Stato, Sez. III, 26 aprile 2019, n. 2687; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 4 settembre 2018, n. 9145; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 6 luglio 2017, n. 3641; T.A.R. Liguria, Sez. II, 9 maggio 2017, n. 411; Cons. Stato, Sez. V, 28 luglio 2014, n. 3997; Cons. Stato, Sez. III, 8 gennaio 2013, n. 26.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

Il Consiglio di Stato (*omissis*)

Diritto

1.- L'appello non è fondato e va respinto.

2.- Con il primo motivo di gravame, l'appellante - sia pure limitatamente all'invocato accertamento della legittimità del recesso operato dal Comune di Camaiole - lamenta l'erroneità della declaratoria di difetto di giurisdizione, che, a suo dire, sussisterebbe, per giunta in via esclusiva, alla luce dell'art. 133, comma 1, lettera p) cod. proc. amm., vertendosi in materia di "gestione del ciclo di rifiuti".

2.1.- L'assunto è erroneo.

Vale, invero, osservare:

a) che, per comune intendimento, va qualificato come appalto di servizi, e non come concessione di servizi, il contratto di gestione dei rifiuti urbani che preveda (come nella specie) che l'attività svolta sia remunerata integralmente dall'amministrazione, di modo che non gravi sull'operatore economico il rischio d'impresa (Cass., SS.UU., 20 aprile 2017, n. 9965): cfr., infatti, in conformità alla vincolante indicazione di diritto eurocomune, artt. 3, comma 1 lettere vv) e zz) e 165 d.gs. n. 50/2016:

b) che, per tal via, le controversie relative alla fase di esecuzione del contratto rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria (cfr. Cass., SS.UU., 21 maggio 2019, n. 13660);

c) che, del resto, la devoluzione (*ex art. 133, comma 1 lettera p*) alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie attinenti all'attività di gestione dei rifiuti, quand'anche posta in essere con comportamenti dell'Amministrazione o dei soggetti alla stessa equiparati, presuppone comunque che gli atti di gestione siano espressione dell'esercizio di un potere autoritativo, onde, quando in giudizio sia dedotto un rapporto obbligatorio avente la propria fonte in una pattuizione di tipo negoziale intesa a regolamentare gli aspetti meramente patrimoniali della gestione, la controversia appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario (Cass., SS.UU., 21 settembre 2018, n. 22428)

Ne discende, come correttamente ritenuto dal primo giudice, che tutte le contestazioni formulate in ordine alla interruzione, asseritamente abusiva, dei rapporti contrattuali pendenti *inter partes* (legittimata vuoi dall'inesatto adempimento delle prestazioni dovute, vuoi dalla intervenuta scadenza del contratto, vuoi dalla mancata rispondenza delle prestazioni rese agli obiettivi fissati) devono ritenersi sottratti, in quanto afferenti a posizioni di ordine paritetico, alla giurisdizione amministrativa.

Né la relativa questione avrebbe potuto essere apprezzata, come auspicato, *incidenter tantum*, in assenza di nesso di necessaria pregiudizialità logica o giuridica rispetto alla materia ritualmente devoluta alla cognizione del giudice amministrativo (cfr. art. 8 cod. proc. amm.).

2.2.- Non assume, in diverso senso, alcun rilievo, contrariamente all'avviso dell'appellante, la circostanza che il difetto di giurisdizione sia stato fatto oggetto di rilievo officioso, nella denunziata assenza della sollecitazione del contraddittorio delle parti sul punto, in tesi imposto dall'art. 73 cod. proc. amm., e ciò in quanto:

a) la regola in questione è preordinata (come la sua omologa di cui all'art. 101, comma 2 cod. proc. civ.) ad impedire una decisione c.d. a sorpresa (o della "terza via"), onde la stessa trova applicazione esclusivamente in relazioni alle "questioni miste di fatto e di diritto", con esclusione di quelle di mero diritto e, segnatamente, di natura meramente processuale, per definizione ed implicitamente ricomprese (come quelle attinenti alla sussistenza dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione) nel *thema decidendum* (cfr. Cass., sez. II, 12 settembre 2019, n. 22778; Id., sez. III, 22 febbraio 2016, n. 3432);

b) che, in ogni caso, dalla relativa omissione può derivare solo un *error* in procedendo (ovvero un *error in iudicando de jure procedendi*), che non legittima l'annullamento, in seconde cure, della decisione e l'auspicata rimessione degli atti al giudice di prime cure, ma solo la decisione della questione, se del caso - ed ove ne ricorrano le condizioni, nella specie insussistenti - previa rimessione in termini (cfr. Cass., sez. I, 8 giugno 2018, n. 15037,

nonché, in fattispecie contermina, Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2079).

3.- Con il secondo motivo di gravame, la sentenza impugnata è oggetto di censura, nella parte in cui, validando l'operato dell'Amministrazione comunale intimata, ha ritenuto che ricorressero, nella fattispecie, due delle alternative (e, dunque, nella specie, concorrenti) ipotesi, previste dall'art. 63 del d. lgs. n. 50/2016 per il ricorso, in via eccezionale, all'affidamento diretto non preceduto da bando, vale a dire: a) l'assenza, per motivi di ordine tecnico, di adeguata concorrenza (comma 1, lett. b) n. 2); b) la ricorrenza di ragioni di "estrema urgenza", derivanti da eventi "imprevedibili" ed incompatibili con l'ordinaria attivazione di procedura selettiva evidenziale.

Sul punto, l'appellante assume criticamente:

a) che la natura e tipologia del contratto (avente ad oggetto un ordinario e fungibile servizio di raccolta di rifiuti solidi urbani, per un valore ampiamente superiore alla soglia comunitaria) escludesse per definizione, difettando diritti di esclusiva, la virtuale assenza di concorrenza;

b) che la perdurante vitalità del rapporto instaurato con la stessa Sea Ambiente S.p.a., inopinatamente dissolto dalla contestata opzione comunale, garantisse, semmai, la perdurante copertura del servizio, il che sarebbe senz'altro valso a legittimare, in vista del nuovo affidamento, la doverosa sollecitazione concorrenziale;

c) che non avrebbe potuto valorizzarsi, ai fini dell'affidamento del servizio "dinamico" di raccolta dei rifiuti, la gestione - da parte di Ersu s.p.a. per conto del Consorzio Ambiente Versilia - di un impianto "statico" di mero smaltimento dei rifiuti indifferenziati nel limitrofo Comune di Massarosa, trattandosi di attività distinte e appartenenti a fasi diverse e sequenziali del ciclo di gestione dei rifiuti;

d) che neppure avrebbe potuto avere rilievo l'appartenenza di Ersu s.p.a. a Retiambiente né, tampoco, l'essere ritenuta come "la società più vicina al Comune da servire", per il fatto di operare nel territorio di Comuni limitrofi a Camaione;

e) che, soprattutto, non corrispondeva a verità l'assunto che Sea non avesse formulato alcuna offerta migliorativa, sotto il profilo tecnico-qualitativo ed economico (la quale, piuttosto - in tesi veicolata dal proposto aggiornamento del piano tecnico-finanziario - sussisteva ed era da riguardarsi perfino come migliorativa rispetto a quella di Ersu S.p.a.);

f) che costituisse mera petizione di principio, inopinatamente avallata dal primo giudice, quella per cui l'arco temporale destinato al temporaneo affidamento, agganciato all'inesorabile clausola risolutiva espressa, fosse tanto breve da far ritenere altamente probabile che una eventuale gara sarebbe andata deserta;

g) che non sussistesse, in definitiva ed in concreto, alcuna ragione di urgenza imprevedibile e non imputabile.

3.1.- Le censure non appaiono persuasive.

Importa premettere che l'art. 63 del d. lgs. n. 50/2016 autorizza, in presenza di "ragioni di estrema urgenza", il ricorso a "procedura negoziata senza previa pubblicazione

di un bando di gara", a condizione che: a) l'urgenza derivi da "eventi imprevedibili" e "in alcun caso imputabili" alla amministrazione aggiudicatrice, che rendano impossibile il rispetto dei termini "per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione"; b) della relativa giustificazione sia dato conto "con adeguata motivazione"; c) l'affidamento sia disposto "nella misura strettamente necessaria".

L'opzione riveste, all'evidenza, carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, sicché, per condiviso intendimento, la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente (così, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2019, n. 5628).

Nel caso di specie, nondimeno, la scelta operata dal Comune appellato, secondo è dato evincere dalla complessiva disamina della documentazione versata agli atti del giudizio:

a) risulta motivata (con la delibera n. 68 del 19 dicembre 2018) in forza dell'"obbligo di ovviare senz'altro indugio ad un sistema gestionale che, non perseguendo gli obiettivi minimi prescritti, comporta[va] un evidente disservizio traducibile in maggior onere finanziario, minore tutela dell'ambiente e della salute pubblica, con generale danno a carico della comunità";

b) trae concreto fondamento dalla necessità di assicurare, nelle more dell'affidamento al Gestore unico, la continuità del servizio di gestione dei rifiuti a condizioni conformi, sotto il profilo tecnico ed economico (avuto, in particolare, riguardo alle esigenze di massimizzazione della percentuale di raccolta differenziata), a quelle delineate con il nuovo piano industriale, rispetto alle quali condizioni il confronto con l'odierno appellante non aveva condotto (a dispetto delle osservazioni criticamente avanzate sul punto) ad esiti soddisfacenti;

c) si innesta su una situazione di obiettiva urgenza non imputabile, se non altro perché al gestore uscente era stato concesso ampio termine per predisporre un piano tecnico economico, per l'anno in corso, in linea con le previsioni del piano finanziario;

d) risulta rispettosa, in virtù del prefigurato automatismo risolutorio temporalmente ancorato a data certa, del breve termine necessario per procedere al definitivo affidamento (una volta portate a termine le attivate modifiche statutarie necessarie ad implementare le condizioni per il controllo analogo sulla costituita società in house a totale partecipazione pubblica);

e) è stata preceduta da consultazione preliminare di mercato che aveva fatto prima facie emergere la concreta assenza di concorrenti potenzialmente (e prontamente) interessati all'affidamento, in presenza dello stringente vincolo temporale;

Deve, perciò, ritenersi - anche indipendentemente dalla sussistenza delle (concorrenti ed alternative) condizioni di cui all'art. 63, comma 2, lettera b numero 2 - la ricorrenza, nella specie, delle condizioni per un affidamento urgente e temporaneo ad operatore disponibile sul piano delle

postulate condizioni tecniche e dotato delle necessarie qualificazioni tecniche.

4.- Con il terzo motivo di gravame, l'appellante lamenta l'assorbimento della questione - asseritamente cruciale - della insussistenza, all'attualità, delle condizioni per l'affidamento in house a Ersu S.p.A., in tesi oggetto di mero auspicio, idoneo al più a prefigurare una implausibile e prospettica validazione a posteriori, di un affidamento anticoncorrenziale per sé abusivo.

4.1.- Il motivo non è fondato.

In disparte il rilievo, di cui danno documentato conto le difese di parte appellata, che lite pendente, Retiambiente risulta aver completato il percorso, auspicato da ATO Toscana Costa, per la trasformazione in società in house

in totale mano pubblica, mercé l'approvazione delle necessarie modifiche statutarie necessarie a garantire il controllo analogo da parte dei soci pubblici, ciò che conta (e che aveva correttamente indotto il primo giudice a ritenere assorbita la questione) è che la legittimità dell'affidamento diretto si correlava, nei sensi chiariti, proprio alla dichiarata assenza delle attuali condizioni dell'*in house*, oggetto di mera indicazione prospettica: donde l'irrelevanza (dovendosi la decisione amministrativa valutarsi alla luce delle condizioni esistenti al momento della sua adozione) della relativa questione (se non sotto un profilo di eventuale elusione, peraltro smentito dalle considerazioni che precedono).

5.- In definitiva, l'appello merita di essere respinto.

Procedura negoziata senza pubblicazione del bando e valutazione del requisito dell'assenza di adeguata concorrenza

di Simone Rodolfo Masera (*)

La sentenza si segnala in quanto approfondisce il tema delle valutazioni spettanti all'Amministrazione che debba verificare i presupposti per ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando, in particolare in ordine al requisito dell'assenza di adeguata concorrenza e della estrema urgenza.

La fattispecie decisa

La sentenza in epigrafe conferma in sede di appello la sentenza del T.A.R. (1) che aveva ritenuto legittima la scelta dell'Amministrazione di ricorrere ad affidamento diretto senza bando, ex art. 63, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per la gestione dei rifiuti urbani ad una società già diffusamente operante sul territorio ed interamente partecipata dal costituendo Gestore Unico da parte dell'Autorità d'Ambito; tale società, infatti, sarebbe stata in un secondo momento coinvolta sul piano operativo, una volta maturate le condizioni per il programmato affidamento *in house* al Gestore Unico. A tale decisione l'Amministrazione giungeva dopo aver sciolto il rapporto contrattuale in essere con il gestore uscente, per mancata rispondenza della prestazione resa agli obiettivi fissati.

In particolare, l'affidamento diretto veniva preceduto da un'indagine di mercato nei confronti delle società controllate dal Gestore Unico, tuttavia senza esito utile, ma veniva comunque disposto per ragioni d'urgenza e temporaneità dell'affidamento, precisamente in favore dell'unico soggetto compatibile con

la normativa di settore in forza della quale "per garantire la continuità del servizio nelle more dell'espletamento delle procedure di affidamento al gestore unico (...) il servizio [può essere] espletato dai soggetti pubblici e privati esercenti, a qualsiasi titolo, l'attività di gestione operanti alla data del 31 dicembre 2013, sino al subentro del gestore unico" (art. 68, L.R. Toscana n. 77/2013).

In primo grado il T.A.R. aveva rigettato la censura avanzata sulla legittimità della scelta amministrativa concernente la insussistenza dei presupposti per l'affidamento diretto anticoncorrenziale ai sensi dell'art. 63 cit.; con la sentenza in epigrafe il Consiglio di Stato conferma detta decisione con un interessante *iter* argomentativo riguardante le valutazioni che l'Amministrazione può compiere onde verificare il presupposto dell'assenza, per motivi di ordine tecnico, di adeguata concorrenza. Su tali profili sono focalizzate le osservazioni che seguono.

Ma la sentenza si segnala anche perché, discostandosi dall'indirizzo prevalente, giudica che la sollecitazione del contraddittorio in ordine alla questione di giurisdizione da parte del giudice di primo grado, ex art. 73

(*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) T.A.R. Toscana, Sez. II, 4 giugno 2019, n. 832.

C.P.A., essendo preordinata ad impedire una decisione c.d. a sorpresa, trova applicazione esclusivamente in relazioni alle “questioni miste di fatto e di diritto”, e non anche per quelle di mero diritto, di natura meramente processuale, le quali per definizione rientrano nel *thema decidendum* (2); con la conseguenza che, in caso di omissione, può derivare solo un *error in procedendo* (ovvero un *error in iudicando de jure procedendi*); in tal caso, dunque, non sarebbe corretto l’annullamento in sede d’appello e la rimessione degli atti al giudice di primo grado, ma solo la decisione della questione, eventualmente previa rimessione in termini (3).

Infine, la decisione in commento conferma l’indirizzo già espresso dalla Corte di cassazione secondo cui il contratto di gestione dei rifiuti urbani che viene remunerato integralmente dall’Amministrazione, dunque senza rischio d’impresa per l’operatore economico, è appalto di servizi, e non concessione di servizi, in particolare in forza dell’art. 3, comma 1, lett. vv) e zz), nonché dell’art. 165 del D.Lgs. n. 50/2016, con conseguente devoluzione alla giurisdizione ordinaria delle controversie relative alla fase di esecuzione del contratto (4).

I presupposti dell’affidamento diretto senza previa pubblicazione del bando

La sentenza di primo grado aveva ritenuto che sussistessero entrambe le condizioni previste dall’art. 63 cit., rappresentate dall’assenza di adeguata concorrenza e dalle ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili, e non imputabili all’Amministrazione,

che non consentivano nella fattispecie concreta l’attivazione di una diversa procedura selettiva.

Le articolate censure avanzate in sede di appello contro la decisione facevano leva, fra l’altro, sul fatto che natura e tipologia del contratto, nella specie, anche in ragione del suo valore sopra soglia comunitaria, dovesse escludere di per sé una “virtuale” assenza di concorrenza tra operatori interessati all’affidamento, e ciò anche in ragione della circostanza che se non vi fosse stato il recesso da parte dell’Amministrazione del rapporto contrattuale in essere, il perdurante svolgimento del servizio avrebbe potuto garantire successivamente un nuovo affidamento previo svolgimento di una procedura concorrenziale. Inoltre, si contestava l’assunto del T.A.R. secondo cui il periodo di tempo destinato all’affidamento temporaneo fosse tanto breve da lasciar presupporre che l’eventuale indizione di una gara sarebbe andata comunque “deserta”, dovendosi in tal modo escludere anche la sussistenza di imprevedibili e non imputabili ragioni di urgenza.

Senonché il Consiglio di Stato in epigrafe giudica, al contrario, che siano stati correttamente osservati i parametri previsti dall’art. 63 cit., rispetto alla sussistenza dei quali l’Amministrazione avrebbe effettivamente fornito adeguata motivazione, anche in ordine alla circostanza che l’affidamento è disposto nella misura strettamente necessaria, considerato che l’individuazione dei presupposti di legge dev’essere intesa in senso restrittivo (5).

La soluzione cui giunge la sentenza in commento fa leva sull’attenta analisi delle circostanze concrete, dovendosi concludere che - “anche indipendentemente dalla

(2) Cass., Sez. II, 12 settembre 2019, n. 22778; Cass., Sez. III, 22 febbraio 2016, n. 3432; Cass., Sez. trib., 23 maggio 2014, n. 11453.

(3) Cass., Sez. I, 8 giugno 2018, n. 15037, in *Mass. Giust. civ.*, 2018; Cons. Stato, Sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2079, in *Foro amm. CDS*, 2010, 4, 820.

(4) Cass., SS.UU., 20 aprile 2017, n. 9965, in *Foro. it.*, 2017, I, 3430, con nota di G. D’Angelo. Peraltro, la sentenza di primo grado del T.A.R. Toscana n. 832/2019 cit., giudicava che: “Non muta le conclusioni il fatto che l’onere economico finale sia nella sostanza riversato sull’utenza del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti e degli altri servizi di igiene urbana oggetto del contratto, attraverso l’imposizione tributaria realizzata con la tassa per i rifiuti. Rispetto a questo distinto rapporto, intercorrente tra l’ente comunale impositore e i contribuenti in esso residenti, l’appaltatore è estraneo essendo egli comunque garantito dal pagamento del corrispettivo contrattualmente stabilito”.

Sulla giurisdizione dell’Autorità giudiziaria ordinaria in caso di controversie concernenti l’esecuzione del contratto cfr. Cass., SS.UU., 21 maggio 2019, n. 13660, in *Foro Amm. (III)*, 2019, 12, 1998; Cass., SS.UU., 21 settembre 2018, n. 22428, in *Foro Amm. (III)*, 2019, 5, 777; Cass., SS.UU., ord. 11 giugno 2010, n. 14126, in *Foro amm. CDS*, 2010, 7-8, 1402; Cons. Stato, Sez. V, 27 luglio 2016, n. 3399; Cons. Stato, Sez. V, 31 dicembre 2014 n. 6455. Peraltro, la sentenza del Consiglio di Stato in commento conferma

anche la correttezza dell’iter argomentativo seguito dal T.A.R. Toscana n. 832/2019 cit. secondo cui “la devoluzione della controversia alla giurisdizione amministrativa esclusiva del Giudice amministrativo, non può essere dedotta dalla previsione dell’art. 133 c.p.a., comma 1, lett. p, del c.p.a. che pur vi inquadra anche le ‘controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediamente, all’esercizio di un pubblico potere’; presupponendo, detta norma, l’esercizio di un potere di natura pubblicistica che nel caso di specie non si ravvisa, rimanendone escluse le controversie nelle quali sia dedotto in giudizio un rapporto obbligatorio avente la propria fonte in una pattuizione di tipo negoziale, intesa a regolare gli aspetti meramente patrimoniali della gestione, che continuano ad appartenere alla giurisdizione del G.O.”: sul punto cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 1° aprile 2011, n. 2058, in *Foro amm. CDS*, 2011, 4, 1171. In ogni caso, come anche rileva il T.A.R. Toscana, cit., restano salvi, ai sensi dell’art. 11, comma 2, c.p.a., gli effetti sostanziali e processuali delle domande proposte dalla società ricorrente qualora il processo venga riassunto davanti al Giudice ordinario nel termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della sentenza.

(5) Sul punto la giurisprudenza è costante; *ex multis* cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 agosto 2019, n. 5628.

sussistenza delle (concorrenti ed alternative) condizioni di cui all'art. 63, comma 2, lett. b), numero 2" - sussistevano le condizioni per un affidamento urgente e temporaneo in favore dell'operatore disponibile "sul piano delle postulate condizioni tecniche e dotato delle necessarie qualificazioni tecniche". Le circostanze che nella specie vengono valorizzate dal Giudice riguardavano la necessità di assicurare, in ogni caso, la continuità del servizio di gestione dei rifiuti a condizioni conformi, sotto il profilo tecnico ed economico, al nuovo piano industriale, che al contrario non venivano garantite dal gestore uscente; quest'ultimo, peraltro, non era stato in grado di predisporre in tempo utile un adeguato piano tecnico-economico: da qui, inoltre, la situazione d'urgenza non imputabile all'Amministrazione, ancorché questa avesse svolto preliminari consultazioni di mercato, il cui esito, come si è detto, avevano portato ad escludere che, in quale momento, vi fossero operatori potenzialmente e prontamente interessati all'affidamento del servizio.

Proprio il riferimento alla situazione concreta venutasi a creare, e rispetto alla quale l'Amministrazione aveva dovuto compiere una precisa scelta per garantire continuità al servizio, conduce, infine, il Consiglio di Stato a respingere anche il motivo di appello che censurava l'insussistenza delle condizioni per il futuro affidamento *in house* del servizio al Gestore unico, e che - criticava l'atto di appello - rappresentava al limite una eventualità non di per sé in grado di legittimare, a posteriori, l'affidamento diretto in favore della società al momento gravitante nel gruppo del Gestore unico. In altri termini, il Giudice conclude che la legittimità della scelta compiuta dall'Amministrazione dev'essere valutata alla luce delle condizioni esistenti al momento della sua adozione, peraltro dopo aver constatato che in ogni caso si erano *medio tempore* effettivamente realizzati i presupposti per il successivo affidamento *in house*.

Al fine di svolgere alcune considerazioni, pare opportuno delineare i tratti caratterizzanti dell'istituto (6). L'art. 63 cit. recepisce l'art. 32 della Dir. 2014/24/UE indicando i casi nominati e tassativi, "eccezionali" secondo la legge delega (7), in cui è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione

del bando, vale a dire casi in cui la pubblicazione del bando "non genererebbe maggiore competitività" (8), e comunque non sarebbe garanzia di maggiori vantaggi per la stazione appaltante, in particolare in relazione alle caratteristiche del mercato. In quanto tassativi i casi previsti non sono suscettibili di interpretazione analogica o estensiva (9), in coerenza anche con il principio per cui le deroghe alle norme finalizzate ad assicurare l'efficacia dei diritti nel settore degli appalti pubblici devono essere interpretate in modo restrittivo (10). Specularmente, grava sulla stazione appaltante un particolare onere di motivazione qualora decida di ricorrere a tale procedura, in particolare tramite un puntuale riferimento alle circostanze concrete che giustificano l'utilizzo di tale procedimento; il che presuppone altresì l'onere, sempre per la stazione appaltante, di svolgere indagini di mercato (del resto previste dall'art. 66, D.Lgs. n. 50, cit.), che siano strumentali all'affidamento, e dei cui esiti si dovrà dare adeguatamente conto.

In termini generali, la suindicata procedura costituisce un procedimento di selezione grazie al quale le stazioni appaltanti "consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto", e ciò in linea con quanto previsto per tutte le procedure negoziate secondo le definizioni di cui all'art. 3, comma 1, lett. uuu), del D.Lgs. n. 50/2016. Pertanto, si tratta di una procedura che, pur con l'obiettivo di assicurare *par condicio* tra concorrenti, offre alla stazione appaltante un certo grado di elasticità nelle sue scelte. La Dir. 2014/24 non fornisce dettagliate regole procedurali per lo svolgimento della procedura in questione, mentre il D.Lgs. n. 50 cit. indica delle garanzie procedurali minime: di conseguenza si ritiene che la procedura *de qua* non possa essere identificata con una trattativa privata in senso stretto, nella quale la stazione appaltante potrebbe operare con libertà di forme ed agire sostanzialmente *iure privatorum*.

Tralasciando di considerare in modo particolareggiato tutti i casi tipizzati dall'art. 63 cit., come ad es. l'ipotesi della gara andata "deserta" o delle domande/offerte inappropriate (comma 2, lett. a),

(6) Sull'istituto, senza pretesa di esaustività, cfr. C. Lamberti, *Le procedure negoziate senza bando*, in C. Contessa, *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici. Le grandi tematiche del settore degli appalti pubblici nell'analisi giurisprudenziale*, Milano, 2020, 640; R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 1128 ss.; M. Corradino - S. Sticchi Damiani (a cura di), *I nuovi appalti pubblici*, Milano, 2017, 236 ss.

(7) Art. 1, lett. q), n. 1, L. 28 gennaio 2016, n. 11. Sotto il vigore del precedente Codice la disciplina della procedura in commento

era prevista dall'art. 57, D.Lgs. n. 163/2006, in recepimento della Dir. 2004/18/UE.

(8) Così il Considerando n. 50 della Dir. 2014/24/UE.

(9) *Ex multis* cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 4 settembre 2018, n. 9145; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 6 luglio 2017, n. 3641; T.A.R. Liguria, Sez. II, 9 maggio 2017, n. 411. Il principio era già affermato in giurisprudenza sotto il vigore del vecchio Codice (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 luglio 2014, n. 3997).

(10) Corte di Giustizia UE, 8 aprile 2008, C-337/05.

vale la pena ripercorrere brevemente l'elaborazione giurisprudenziale riferibile ai presupposti specificamente considerati dalla sentenza in commento.

Più precisamente, l'art. 63, comma 2, lett. b), disciplina il caso della c.d. unicità del fornitore in ragione della c.d. infungibilità della prestazione, nel caso di procedura per l'acquisizione di lavori, forniture e servizi. In tali ipotesi, è evidente che una procedura aperta o ristretta sarebbe sostanzialmente inutile in ragione del fatto che rispetto al mercato di riferimento risulta esservi un unico operatore in grado di fornire la prestazione richiesta. Tale presupposto era già previsto dal precedente Codice (11), ma la Dir. 2014/24, recepita nel nuovo Codice, puntualizza meglio, fra l'altro, i casi di affidamento per ragioni di natura tecnica. La predetta "unicità" dell'esecutore può essere determinata da ragioni tecniche, come nel caso in cui l'operatore abbia assunto una posizione di monopolista o comunque sia di fatto l'unico soggetto in grado di rendere la prestazione con le caratteristiche volute dalla stazione appaltante od alle condizioni da questa indicate (12). Ipotesi differente è quella in cui l'unicità deriva da circostanze di diritto, nel senso che l'operatore vanta diritti esclusivi che sostanzialmente impediscono ad altri soggetti l'esecuzione della prestazione. Come si è detto, sulla stazione appaltante è posto l'onere di motivare in ordine alla concreta sussistenza di tali presupposti (13), in ragione delle specifiche esigenze della stessa stazione appaltante, in particolar modo dando conto dell'assenza di soluzioni alternative o sostituibili praticabili (14). Infatti, rispetto al precedente Codice, i presupposti risultano più stringenti poiché le ragioni di natura tecnica o di tutela dei diritti esclusivi si possono configurare unicamente quando l'assenza di concorrenza non sia provocata da limitazioni artificiali dei requisiti di partecipazione dell'appalto. Si è precisato, peraltro, che in ogni caso non sussiste il presupposto della infungibilità qualora sia solo presunto un più alto livello qualitativo del

servizio (prevedibilmente) offerto dall'operatore ritenuto "unico", ovvero qualora la sua offerta sia considerata l'unica in grado di assicurare la conformità a certi parametri di maggior efficienza; infatti, se così fosse, si impedirebbe a priori la possibilità per altri operatori di dimostrare di poter offrire servizi o prodotti equipollenti, od anche di maggiore qualità, effettivamente in grado di soddisfare gli *standards* richiesti dalla stazione appaltante (15).

Indicazioni precise sono state fornite dall'A.N.A.C. (16), la quale si è in particolar modo soffermata sull'esigenza che la stazione appaltante valuti con attenzione la sussistenza effettiva delle circostanze che, nel mercato di riferimento, renderebbero realmente "infungibile" la prestazione di quello specifico operatore, onde evitare che questi ponga in essere, dopo l'eventuale affidamento, condotte tali da vincolare anche per il futuro la stazione appaltante: sostanzialmente eliminando la possibilità anche per il futuro di opzioni alternative alla procedura negoziata di cui all'art. 63 cit. (fenomeno del c.d. *lock-in*). Anche a tal fine, si indica l'importanza di una adeguata programmazione (17) delle presumibili esigenze della stazione appaltante, onde evitare che questa si trovi poi nella scelta obbligata, ad esempio per ragioni d'urgenza, di ricorrere alla procedura dell'art. 63 citato. In altri termini, la stazione appaltante non deve contribuire a creare una situazione di sostanziale esclusività che la leghi in termini eccessivamente stringenti con il fornitore uscente (Dir. 2014/24/UE cit.); più precisamente, l'esigenza di programmazione, di cui si è detto, garantisce l'ottimizzazione delle risorse, ed assicura così che l'azione amministrativa sia coerente con i ben noti principi di buon andamento, economicità ed efficienza.

In questa prospettiva, risultano inoltre fondamentali le consultazioni di mercato *ex art. 66 cit.*, onde verificare appunto la reale unicità del fornitore e dunque la infungibilità della prestazione, con la precisazione che dette indagini devono essere di volta in

(11) Per l'analisi della giurisprudenza formatasi sotto il vigore del precedente Codice cfr. R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici*, cit., 1131 ss.

(12) Sul punto, cfr. M. Corradino - S. Sticchi Damiani (a cura di), *I nuovi appalti pubblici*, cit., 239. Sui limiti alla possibilità di ricorrere alla procedura dell'art. 63 cit. in caso di servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria di impianti di illuminazione pubblica, con passaggio, al termine dei lavori stessi, della proprietà degli impianti interessati all'amministrazione comunale, cfr. il Parere dell'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato 11 marzo 2019, n. AS1585; nonché il Parere dell'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato 26 ottobre 2017, n. AS1440.

(13) Cons. Stato, Sez. III, 8 gennaio 2013, n. 26. Sulla possibilità di ricorrere all'art. 63 cit. per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale extraurbano di competenza regionale cfr. il Parere

dell'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato 29 marzo 2017, n. AS1361.

(14) Così il Considerando n. 50 della Dir. 2014/24/UE.

(15) R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici*, cit., 1142.

(16) Cfr. Linee guida per il ricorso a procedura negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili del 10 ottobre 2017. Su tali Linee Guide cfr. il parere del Cons. Stato, Sez. affari normativi, comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2284; nonché il Parere dell'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato 14 dicembre 2016, n. AS1334. Si veda altresì la Deliberazione A.N.A.C. 6 giugno 2014, n. 22.

(17) In termini generali, sulla necessità della programmazione da parte delle stazioni appaltanti cfr. art. 21, commi 1 e 6, del nuovo Codice.

volta concretamente compiute, non potendo cioè la stazione appaltante invocare i risultati di indagini passate: quelle, infatti, potrebbero non essere più rappresentative della realtà del mercato di riferimento; mentre eventuali sviluppi del mercato andrebbero certamente presi in considerazione per stabilire la durata dell'affidamento, ma questo dovrebbe comunque fondarsi sui risultati attuali delle indagini: durata dell'affidamento che dovrebbe essere in ogni caso limitata nel tempo in ragione della eccezionalità della procedura in questione che, appunto, deroga alle ordinarie regole dell'evidenza pubblica (18). Le suindicate consultazioni sarebbero, peraltro, utili ad evitare asimmetrie informative riguardanti elementi essenziali del mercato di riferimento cui attingere servizi o prodotti (es. qualità, prezzo e così via), asimmetrie che sarebbero ovviamente pregiudizievoli per la stazione appaltante. Infine, si precisa che i termini di "infungibilità" e di "esclusività" non coincidono, nel senso che un bene o un servizio potrebbe essere effettivamente infungibile a prescindere dalla circostanza che vi sia un brevetto (quest'ultimo, propriamente, attribuisce un diritto di esclusiva al relativo titolare) (19). In ogni caso, la verifica della "unicità" dell'operatore presuppone un accertamento non astratto ma concreto, vale a dire che il servizio o il prodotto di cui necessita la stazione appaltante "sia pronto all'uso, senza necessità di adeguamenti, modifiche ed ulteriori incrementi ed adattamenti", poiché diversamente si giungerebbe ad una interpretazione abrogante della disposizione di legge (20).

Altro possibile presupposto per poter legittimamente ricorrere alla procedura in parola concerne le ragioni di urgenza, che ricorre "nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili" non è possibile utilizzare una procedura alternativa: quest'ultima, infatti, non consentirebbe un tempestivo ed utile affidamento rispetto alle improcrastinabili necessità della medesima stazione appaltante (art. 63, comma 2, lett. c) (21). Va qui ricordato che su tale presupposto è intervenuta ancora di recente la Commissione europea per effetto dell'emergenza c.d. Covid, fornendo direttive per l'utilizzo della procedura in parola, sul presupposto che le conseguenze della diffusione epidemica costituiscono un evento imprevedibile per le amministrazioni aggiudicatrici (22). Ciò precisato, secondo un certo indirizzo, la situazione di estrema urgenza potrebbe anche derivare, come nel caso deciso dalla sentenza in commento, per effetto della risoluzione anticipata di un precedente contratto per gravi inadempienze dell'affidatario (23). Anche la sussistenza del presupposto della estrema urgenza richiede una particolare motivazione (24). Peraltro, l'estrema urgenza cui si riferisce l'art. 63 cit. differisce dall'urgenza che, ai sensi degli artt. 61 e 62 del D.Lgs. n. 50 cit., può consentire una riduzione dei termini per lo svolgimento delle procedure aperte, ristrette o competitive con negoziazione. Ovviamente la non prevedibilità delle ragioni d'urgenza richiede che queste non siano in qualche modo imputabili alla stazione appaltante, o a questa comunque riconducibili, ad esempio a causa di un

(18) Sulle consultazioni di mercati cfr. il Parere dell'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, 9 maggio 2019, n. AS1593.

(19) Sul punto, cfr. R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici*, cit., 1139.

(20) Cons. Stato, Sez. III, 10 luglio 2015, n. 3488.

(21) Già in casi di urgenza era prevista la possibilità di trattativa privata dall'art. 41, n. 5, R.D. n. 827/1924, dalla L. n. 584/1977, nonché dall'art. 24, L. n. 109/1994. Rispetto alla procedura negoziata senza bando, sotto il vigore della disciplina precedente posta in recepimento di direttive comunitarie si era formata una articolata giurisprudenza i cui principi, ancora validi, sono approfonditi in R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici*, cit., 1133.

(22) Comunicazione della Commissione, Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19 pubblicata sulla G.U.C.E. 2020/C 108 I/01 del 1° aprile 2020.

(23) Di recente cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 7 ottobre 2019, n. 6763, secondo cui peraltro: "La prescrizione che, in una procedura di urgenza, indetta ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, impone agli operatori economici, di partecipare nella stessa forma e composizione, assunte nella precedente gara avente il medesimo oggetto (affidamento per servizi di pulizia e servizi connessi in istituti scolastici), fermo restando quanto disposto ai sensi dell'art. 45, commi 3 e 5, d.lgs. n. 50/2016, è legittima ove

giustificata dall'esigenza, sorta in forza della risoluzione anticipata della precedente convenzione per gravi inadempienze dell'affidatario, di garantire una celere presentazione e valutazione delle offerte e il ripristino in tempo utile del servizio essenziale per l'imminente avvio del nuovo anno scolastico". In ordine alla discrezionalità della stazione appaltante nella scelta di soggetto in precedenza grave inadempiente cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 giugno 2019, n. 3755, secondo cui: "Il principio di rotazione, che governa la selezione degli operatori invitati alla procedura negoziata di cui all'art. 63 del d.lgs. n. 50/2016, assicura la piena concorrenza e la massima partecipazione, contro il rischio di consolidamento di relazioni esclusive tra stazione appaltante e gestore. Ne deriva l'eccezionalità dell'invito dell'affidatario uscente alla procedura, la cui esclusione non assume carattere sanzionatorio. Nell'ipotesi in cui tale esclusione sia connessa a gravi inadempienze, causa di risoluzione di precedenti rapporti, si rileva l'esistenza in capo alla stazione appaltante di un potere discrezionale di apprezzamento dell'integrità e affidabilità del concorrente ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, che, fatto salvo un più gravoso obbligo dimostrativo, non trova limitazione nell'elencazione predisposta dalla citata disposizione, stante il carattere esemplificativo delle fattispecie indicate, anche nella formulazione precedente alle modifiche di cui al d.l. n. 135/2018 applicabile *ratione temporis*".

(24) *Ex multis* Cons. Stato, Sez. III, 26 aprile 2019, n. 2687.

difetto di programmazione od organizzazione (25). Inoltre, in ragione della eccezionalità della procedura *de qua*, l'affidamento con questa disposta per ragioni di estrema urgenza deve avere una durata contenuta, cioè strettamente necessaria alla soddisfazione dell'esigenza improcrastinabile cui si intende dare risposta, e ciò in vista dell'attivazione di una procedura per così dire ordinaria.

Osservazioni finali

Volendo trarre qualche osservazione finale, pare interessante l'*iter* argomentativo seguito dalla sentenza in epigrafe, il quale, focalizzando l'attenzione sui tratti caratterizzanti il caso concreto, si incentra sulla circostanza che le ragioni d'urgenza che hanno giustificato l'affidamento *ex art. 63 cit.*, si correlano alla necessità di assicurare una adeguata continuità del servizio di gestione dei rifiuti, la quale sarebbe sopravvenuta in costanza di un rapporto con il gestore uscente; questi, tuttavia, non si sarebbe rilevato in grado di garantire prestazioni di un certo *standards*, in particolare rispetto alle nuove e più elevate condizioni richieste dal nuovo piano industriale per la prestazione del servizio. Tale sopravvenuta inadeguatezza avrebbe così concorso a delineare, in particolare con la cessazione del rapporto in essere con il gestore, una situazione di estrema urgenza, appunto connessa alla continuità del servizio, cui l'Amministrazione ha potuto porre rimedio solo con l'affidamento in favore

del soggetto che è parso l'unico in grado di gestire "prontamente" il servizio, e ciò a prescindere dal fatto che, nel mercato di riferimento, non si potesse escludere l'esistenza di altri potenziali concorrenti. In questa prospettiva, l'assenza di concorrenza per ragioni tecniche assume un rilievo, per così dire, relativo (tant'è che il Consiglio di Stato ritiene corretta la decisione amministrativa anche indipendentemente dalla condizione dell'*art. 63, comma 2, lett. b), n. 2)*, poiché tale assenza di concorrenza dev'essere riferibile alla situazione attuale, sulla quale l'Amministrazione si trova ad intervenire; in questo senso, la decisione in commento non esprime un indirizzo isolato (26). Peraltro, proprio il riferimento alla "attualità" della situazione oggetto d'intervento porta il Giudice a ritenere sostanzialmente irrilevante che non si fossero ancora create, al momento dell'affidamento, le condizioni per attivare la procedura che successivamente avrebbe effettivamente consentito l'affidamento *in house* al costituendo Gestore unico; e, del resto, lo stesso Giudice non manca di argomentare a sostegno della legittimità della scelta amministrativa valorizzando il dato rappresentato dalla temporaneità dell'affidamento stesso, proprio in vista della da lì a poco successiva procedura *in house*. Sotto quest'ultimo profilo, la sentenza in commento si inserisce nell'orientamento sopra citato concernente l'esigenza che la procedura *ex art. 63 cit.* debba avere comunque durata limitata nel tempo.

(25) Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2016, n. 413; Cons. Stato, Sez. V, 6 maggio 2015, n. 2272; Cons. Stato, Sez. V, 6 maggio 2015, n. 2272; Cons. Stato, Sez. V, 28 luglio 2014, n. 3977; Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2255; Cons. Stato, Sez. V, 22

novembre 2011, n. 5837; Cons. Stato, Sez. V, 10 novembre 2010, n. 8006; Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2009, n. 5426; Cons. Stato, Sez. V, 27 ottobre 2005, n. 5996.

(26) Cons. Stato, Sez. III, n. 3488/2015, cit.

Organi giurisdizionali

La funzione consultiva del Consiglio di Stato dall'editto di Racconigi ai pareri resi su richiesta dell'ANAC

di Vincenzo Neri (*)

Il Consiglio di Stato, dall'editto di Racconigi ad oggi, ha svolto il suo ruolo consultivo pur in presenza di importanti mutamenti costituzionali, istituzionali e sociali. Il contributo si prefigge lo scopo di esaminare la funzione consultiva svolta dal Consiglio di Stato nella materia degli appalti pubblici in risposta alle richieste di parere e ai quesiti proposti dall'ANAC. Sotto un profilo più generale, la funzione consultiva, e la giurisprudenza che negli anni si è formata, sono la dimostrazione del fatto che si sta assistendo, come icasticamente affermato dalla dottrina, ad un "ritorno al diritto" con un ruolo decisivo della giurisprudenza. È necessario "mettere ordine", infatti, ai molti interessi che si affermano nella società, interessi questi presi in considerazione e tutelati dalla Costituzione e, infine, sbocciati grazie all'idea pluralista di Stato e all'adesione al disegno europeo.

La funzione consultiva del Consiglio di Stato

È noto che con l'editto di Racconigi del 18 agosto 1831 venne istituito il Consiglio di Stato per svolgere funzioni consultive in ausilio del sovrano che lo presiedeva; l'obiettivo era quello di consentire al monarca di avvalersi dell'aiuto delle più illustri personalità dell'epoca ogni volta che fosse stato necessario un approfondimento, essenzialmente di tipo politico, attraverso collaborazioni di uomini con ricche esperienze maturate anche in campo giuridico (1).

Come evidenziato dalla dottrina, dopo lo Statuto albertino, in ragione del mutato quadro costituzionale, il Consiglio di Stato visse una profonda crisi dalla quale si risollevò dapprima diventando organo consultivo del Governo (e non più del re) e poi - "dopo che la legge 30 ottobre 1859, n. 3707 (sul "Riordinamento del Consiglio di Stato"), ribadì la necessità del parere del Consiglio di Stato per la decisione del ricorso straordinario, che fu differenziato nettamente dal diverso istituto del ricorso al Re in via

(*) Nel presente scritto sono espresse opinioni personali dell'autore che non impegnano in alcun modo l'Istituto cui appartiene.

(1) A. De Roberto, *Continuità e metamorfosi nei centottanta anni di storia del Consiglio di Stato*: "Carlo Alberto, sovrano assoluto, avverte l'esigenza, a tre lustri dalla Restaurazione, di svolgere la sua attività di supremo vertice dello Stato piemontese avvalendosi dell'ausilio di personalità di alto profilo, devote al trono, ricche di esperienze in campo politico e giuridico, da consultare collegialmente ogni volta che gli affari dello Stato richiedano particolari approfondimenti. Il nuovo organismo, denominato Consiglio di Stato, presieduto personalmente dal Sovrano risulta costituito da un limitato numero di consiglieri di Stato 'ordinari' (non più di una ventina) affiancati da consiglieri di Stato 'straordinari', nominati insieme ai primi, da inserire nei collegi quando siano da acquisire specifiche valutazioni su affari concernenti il territorio dal quale i consiglieri straordinari venivano tratti. Questo organo, investito di compiti essenzialmente di natura

politica, composto da aristocratici piemontesi, rappresentanti dell'alto clero, delle supreme gerarchie militari è vissuto disimpegnando con generale apprezzamento i compiti che gli erano stati affidati dal cit. regio editto del 1831 fino all'avvento dello statuto nel 1848". Per A. Pajno, *Santi Romano Presidente Del Consiglio Di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, "secondo l'originaria configurazione, delineata dal regio editto di Carlo Alberto del 1831, il Consiglio di Stato per i Regi Stati di Terraferma svolgeva funzioni esclusivamente consultive, su un ampio ambito di materie, alcune tipiche dell'attività di consulenza del Re (leggi, regolamenti, conflitti di attribuzione), altre di natura più prettamente politica (pareri sul bilancio, sul prestito pubblico, sull'imposizione tributaria). La connotazione politica di tale attività di consulenza viene meno con la riforma del 1865, che riafferma il carattere autonomo dell'Istituto e la neutralità delle sue funzioni, riportando anche il ruolo consultivo nell'ambito dei pareri di carattere non politico, ma giuridico-amministrativo".

gerarchica” (2) - nel 1889-1890 con l’attribuzione delle funzioni giurisdizionali (3). Sempre per la dottrina, ciò fu dovuto allo “svolgimento di un’attività di consulenza giuridica condotta con lo ‘stile’ degli organi giurisdizionali e, perciò - secondo il generale riconoscimento - in forma distaccata, oggettiva ed imparziale” (4).

Anche nel periodo fascista il Consiglio di Stato seppe mantenere la sua imparzialità limitando la consulenza al “piano strettamente tecnico-giuridico” (5) e, sotto altro aspetto, meritandosi la “piena dignità di giudice” per l’indipendenza con la quale aveva operato (6).

La funzione consultiva esercitata dal Consiglio di Stato trova oggi fondamento nell’art. 100, comma 1, Cost., secondo cui: “Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell’amministrazione”.

Gli artt. 14-16, R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 (*Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato*) individuano le competenze del Consiglio di Stato in sede consultiva e, per quanto qui di interesse, oltre a menzionare i pareri sui regolamenti (art. 16, comma 1, n. 1) e sui ricorsi straordinari (art. 16, comma 1, n. 4), prevedono espressamente il parere “sopra ... (gli) affari di ogni natura, pei quali sia interrogato dai Ministri del Re” (art. 14, comma 1, n. 1). Il successivo art. 23 dispone che “dal regolamento del servizio interno sono determinati gli affari che debbono essere trattati dalle sezioni, cui spettano, e quali in adunanza generale”.

Le disposizioni contenute nel Testo Unico sono state poi attuate e integrate dal R.D. 21 aprile 1942, n. 444 che, agli artt. 36 ss., stabilisce specifiche disposizioni proprio per l’esercizio della funzione consultiva. L’art. 36 prevede che “le comunicazioni al Consiglio di Stato, per averne parere, sono fatte mediante richiesta del Ministro sopra relazione del capo di servizio contenente i fatti e le questioni specifiche sulle quali si propone di consultare il Consiglio”. L’art. 39 aggiunge che “per l’attribuzione delle questioni di interpretazione di leggi

o regolamenti” si applicano le stesse norme dettate per l’esame dei progetti di legge e dei regolamenti.

La funzione consultiva è stata oggetto di importanti modifiche nel tempo. A tale riguardo, va ricordato l’art. 17, comma 25, L. 15 maggio 1997, n. 127, nella parte in cui ha individuato i casi di richiesta obbligatoria del parere al Consiglio di Stato:

“a) per l’emanazione degli atti normativi del Governo e dei singoli ministri, ai sensi dell’articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, nonché per l’emanazione di testi unici;

b) per la decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica;

c) sugli schemi generali di contratti-tipo, accordi e convenzioni predisposti da uno o più ministri”.

La disposizione ora citata, con l’evidente scopo di limitare la funzione consultiva alle questioni di maggiore importanza, dispone altresì l’abrogazione di “ogni diversa disposizione di legge che preveda il parere del Consiglio di Stato in via obbligatoria” e istituisce “una sezione consultiva del Consiglio di Stato per l’esame degli schemi di atti normativi per i quali il parere del Consiglio di Stato è prescritto per legge o è comunque richiesto dall’amministrazione” (art. 17, comma 28, L. cit.) (7). La riforma Bassanini ha previsto altresì che, se richiesto dal Presidente del Consiglio dei ministri, il Consiglio di Stato esamina gli schemi di atti normativi dell’Unione europea (8). È stato efficacemente affermato che “in capo al Consiglio di Stato il legislatore ha, quindi, identificato una funzione ad hoc, con una sua autonomia anche nell’ambito delle altre funzioni consultive tradizionali, riservate all’attività delle altre Sezioni consultive del Consiglio e da questa, ora, funzionalmente separate” (9).

L’evoluzione della funzione consultiva: il Consiglio di Stato al passo con i tempi

Il quadro normativo sommariamente delineato dimostra che il Consiglio di Stato, oltre a disimpegnare le

(2) L. Maruotti, *Il ricorso straordinario dalle origini fino alle modifiche di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n.104. La concorrenza con il giudizio civile*, in www.giustizia-amministrativa.it.

(3) Si veda ancora, A. De Roberto, *Continuità e metamorfosi nei centottanta anni di storia del Consiglio di Stato*.

(4) Ancora, A. De Roberto, *Continuità e metamorfosi nei centottanta anni di storia del Consiglio di Stato*. Ed invero, come di recente affermato, con la riforma del 1865 venne meno innanzitutto la connotazione politica dell’attività di consulenza e si “riafferma il carattere autonomo dell’Istituto e la neutralità delle sue funzioni, riportando anche il ruolo consultivo nell’ambito dei pareri di carattere non politico, ma giuridico-amministrativo” (A. Pajno, *Santi Romano Presidente Del Consiglio Di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it).

(5) Ancora A. Pajno, cit.

(6) Corte cost. 7 luglio 2004, n. 204.

(7) Al comma 27 si precisa che, “fatti salvi i termini più brevi previsti per legge, il parere del Consiglio di Stato è reso nel termine di quarantacinque giorni dal ricevimento della richiesta; decorso il termine, l’amministrazione può procedere indipendentemente dall’acquisizione del parere. Qualora, per esigenze istruttorie, non possa essere rispettato il termine di cui al presente comma, tale termine può essere interrotto per una sola volta e il parere deve essere reso definitivamente entro venti giorni dal ricevimento degli elementi istruttori da parte delle amministrazioni interessate”.

(8) Il medesimo comma 28 aggiunge che “il parere del Consiglio di Stato è sempre reso in adunanza generale per gli schemi di atti legislativi e di regolamenti devoluti dalla sezione o dal presidente del Consiglio di Stato a causa della loro particolare importanza”.

(9) Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere 24 febbraio 2016, n. 515.

funzioni giurisdizionali (art. 103, comma 1, Cost.), svolge un'importante funzione consultiva che si estrinseca nei pareri resi sopra i ricorsi straordinari (10), nei pareri adottati sui quesiti formulati dal Governo e nei pareri sugli schemi di atti normativi.

La funzione consultiva sugli atti normativi è esercitata attraverso l'adozione di pareri da richiedere obbligatoriamente prima dell'emanazione degli atti normativi indicati dal già citato art. 17, comma 25, L. 15 maggio 1997, n. 127.

I pareri facoltativi, invece, possono essere diretti o all'esame di atti normativi per i quali non è obbligatoria la richiesta di parere al Consiglio di Stato o a risolvere questioni concernenti l'interpretazione o l'applicazione di specifiche disposizioni legislative (in questo caso prendono la forma di "quesiti" sull'interpretazione delle norme) ed hanno in particolare una "funzione di ausilio tecnico-giuridico

indispensabile per indirizzare nell'alveo della legittimità e della buona amministrazione l'attività di amministrazione attiva" (Cons. Stato, Ad. gen., parere 24 aprile 1980, n. 30).

Sulla base delle regole interne di riparto della competenza tra le sezioni, attualmente i pareri sui ricorsi straordinari e quelli sui quesiti interpretativi sono resi dalla prima sezione (dopo che la seconda e la terza sezione hanno avuto attribuita nel tempo la competenza per la trattazione delle controversie in sede giurisdizionale) mentre i pareri sugli atti normativi dalla sezione *ad hoc* costituita. Giova evidenziare in questa sede l'esistenza di un circolo virtuoso posto che, anche in fase di trattazione del ricorso straordinario, è possibile segnalare al Governo casi in cui la "legislazione è in qualche parte oscura, imperfetta o incompleta", ai sensi dell'articolo 58 R.D. 21 aprile 1942, n. 444 (11).

(10) Sterminata è la dottrina sul ricorso straordinario. Si vedano, tra gli altri, V. Bachelet, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 788; C. Mortati, *Sull'incostituzionalità dell'art. 23, ultimo comma, dello Statuto siciliano*, in *Giur. cost.*, 1960, 321; P.G. Lignani, *Il ricorso straordinario tra diritto ed equità*, in *Foro amm.*, 1980, 534; G. Paleologo, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, 1985; G. Vacirca, *Decisione del ricorso straordinario e vizi deducibili in sede giurisdizionale dal controinteressato pretermesso*, in *Foro amm.*, 1986, 1744, nota a decisione Consiglio di Stato, IV, n. 299-1986; C.E. Gallo, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra presente e futuro*, *Foro it.*, 1987, I, 674; G. Silvestri, *Ricorso straordinario al capo dello Stato, garanzie dei cittadini e autonomia regionale: una compatibilità difficile, commento a Corte cost. 19 dicembre 1986 n. 298*, in *Giur. cost.*, 1987, I, 1018; L. Migliorini, *Ricorsi amministrativi*, XL, in *Enc. dir.*, Milano, 1989; A. Sandulli, *Ricorso straordinario e interpretazione della normativa comunitaria*, in *Giornale dir. amm.*, 1997, 1, 69; G. Paleologo, *Il ricorso straordinario, oggi*, in *Giornale dir. amm.*, 1999, 4, 383; M. Giovannini, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002, 1, 61; L. Mazzaroli, *Ricorso straordinario e amministrazioni indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 3, 393; C.E. Gallo, *La tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione ed il ricorso straordinario*, nota a: Cons. Stato 6 maggio 2002, n. 2428, Sez. IV, in *Foro amm.*, CDS, 2002, 5, 1175; F. Saitta, *Alla ricerca di un parere (ovvero della difficile semplificazione del ricorso straordinario): noterelle su una discutibile interpretazione dell'art. 11 comma 2, d.P.R. n. 1199 del 1971*, nota a: Consiglio giust.amm.va Sicilia, Sez. Riunite, 14 marzo 2006, n. 843, in *Foro amm.*, CDS, 2007, 7-8; A. Travi, *La "giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario*, commento a Cons. Stato, Ad. Plen., 6 maggio 2013, n. 10, in *Foro it.*, 2013, III, 476 ss.; C. Volpe, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: un rimedio antico ma ancora attuale?*, in *www.giustamm.it*, 2015; R. De Nictolis, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Codice del Processo Amministrativo*, Milano, 2018. Per una dottissima ricostruzione della storia dell'istituto dall'art. 3 delle Costituzioni Generali di Vittorio Amedeo II del 1723 sino ai giorni nostri, si veda L. Maruotti, *Il ricorso straordinario dalle origini fino alle modifiche di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n.104. La concorrenza con il giudizio civile*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Connesso al tema della natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato è anche il recente parere interlocutorio Cons.

Stato, Sez. I cons., 12 novembre 2019, n. 2848, sulla mancanza della fase dell'audizione in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato: "l'art. 49, comma 1, r.d. n. 444 del 1942 - a mente del quale 'gli affari sui quali è chiesto parere non possono essere discussi con l'intervento degli interessati o dei loro rappresentanti o consulenti' - non contrasta con l'art. 6 C.E.D.U. alla luce della lettura che ne ha dato la giurisprudenza nazionale e la Corte EDU". Ha chiarito la Sezione che la "giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario al Capo dello Stato non determina la totale equiparabilità ai rimedi giurisdizionali in considerazione della specificità e della sommarietà della procedura originata dal ricorso straordinario, a confronto con quella disciplinata dal codice del processo amministrativo. L'equiparazione alla giurisdizione non "può dirsi piena", soprattutto con riferimento al modello di istruttoria previsto dal d.P.R. n. 1199 del 1971, che è basato sull'affidamento dell'indagine e dell'acquisizione degli atti rilevanti in capo alle strutture ministeriali, senza contraddittorio orale con le parti.

Di recente la giurisprudenza ha anche rivisto l'interpretazione del principio di alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale; per Cons. Stato, Sez. I cons., parere 13 novembre 2019, n. 2861 una visione moderna del principio di alternatività impone di rivolgersi allo stesso organo ogni qual volta si discuta del medesimo rapporto giuridico o quando le censure formulate siano identiche e riferibili allo stesso rapporto giuridico tra amministrazione e amministrato. Ragionando diversamente si legittimerebbe il frazionamento della tutela giurisdizionale in contrasto con il principio del giusto processo (art. 111 Cost.) e con il suo corollario dell'economia dei mezzi giuridici; aumenterebbe inoltre il rischio di decisioni contrastanti all'interno dello stesso plesso giurisdizionale con conseguente lesione del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost. e art. 1 c.p.a.).

(11) Si veda di recente, Cons. Stato, Sez. I, 9 luglio 2020, n. 1271: "sussistono i presupposti per dare applicazione all'art. 58 del regio-decreto 21 aprile 1942, n. 444 (Regolamento per l'esecuzione della legge sul Consiglio di Stato) secondo cui, quando dall'esame degli affari discussi dal Consiglio di Stato risulti che la legislazione vigente è in qualche parte "oscura, imperfetta od incompleta" - come è evidente, nel caso di specie, a seguito della sentenza della Corte di giustizia - il Consiglio di Stato medesimo ne riferisce al Presidente del Consiglio dei ministri. Conseguentemente il Collegio ritiene che il Presidente della Sezione debba riferire in merito al Presidente del Consiglio di ministri e al Ministro dell'interno, competente *ratione materiae* - per l'eventuale assunzione delle iniziative normative - ai quali, unitamente alla relativa comunicazione, verrà trasmessa copia della presente decisione".

È stato chiaramente detto che il ricorso alle funzioni consultive “è in grado di ridurre gli oneri di comprensione, interpretazione, pratica applicazione, da parte di tutti i destinatari, con particolare riferimento ai cittadini e alle imprese, perseguendo in tal modo il meritorio risultato di prevenire il contenzioso. A tale scopo soccorre anche la complementarietà, stabilita dalla Costituzione, delle funzioni consultive con quelle giurisdizionali, poste entrambe in capo al Consiglio di Stato, assegnandogli la funzione di realizzare la giustizia nell’amministrazione in un quadro complessivo omogeneo disegnato dagli articoli 100, 103 e 113” (12). Per la Corte costituzionale, “nel Consiglio di Stato coesistono funzioni giurisdizionali e consultive che fanno di tale organo, ad un tempo, il giudice di più elevata istanza nella tutela della giustizia nell’amministrazione ed il più importante istituto di consulenza giuridico-amministrativa” (13). In numerose occasioni (14) la giurisprudenza ha osservato che la richiesta facoltativa di parere su atti normativi o di regolazione “è la conferma di un’evoluzione sostanziale delle funzioni consultive del Consiglio di Stato di cui all’art. 100 della Costituzione” e che questa scelta inquadra le funzioni consultive “in una visione sistemica e al passo coi tempi, confermando il ruolo del Consiglio di Stato come un *advisory board* delle Istituzioni del Paese anche in un ordinamento profondamente innovato e pluralizzato”. Così ragionando le funzioni consultive del Consiglio di Stato si rivolgono, nella prassi più recente, oltre che a singoli “atti”, anche a sostenere “i ‘processi’ di riforma, accompagnandoli in tutte le loro fasi e indipendentemente dalla natura degli atti di attuazione,

fornendo sostegno consultivo ai soggetti responsabili dell’attività di implementazione” (15).

La giurisprudenza “consultiva”, in un’ottica moderna e meno formale, ha affermato la necessità di “superare l’originario modello, ‘chiuso all’esterno’, di valutazione degli schemi di provvedimento” (16). Anche sulla scorta delle più recenti esperienze di ascolto e di valutazione delle ragioni e delle istanze dei soggetti in campo - come avviene nelle consultazioni svolte dalle Autorità indipendenti, specie quelle di regolazione, sul modello della *consultation* di matrice internazionale - il Consiglio di Stato ha inaugurato un’apertura all’esterno, ritenendola in linea con le finalità di crescita, sviluppo e competitività (17). Tutto ciò non condiziona l’imparzialità, la neutralità e l’indipendenza con cui si esercitano le funzioni consultive ma contribuisce a rendere l’esercizio di tale funzione più consapevole, oltre che più attento alla diretta conoscenza delle problematiche “concrete”. Sulla scorta di tali premesse, le commissioni speciali di volta in volta istituite o la sezione per gli atti normativi hanno, quando necessario, disposto l’audizione dei rappresentanti governativi che hanno curato la redazione dei testi (allo scopo di meglio comprendere la *ratio* e gli impatti attesi delle misure normative in esame), non escludendo peraltro la possibilità di ricevere ed esaminare “contributi scritti provenienti da soggetti, anche privati, rappresentativi dei destinatari degli schemi di normativa” (18).

I pareri sugli atti predisposti dall’ANAC

Ad oggi il Consiglio di Stato ha reso oltre trenta pareri (19) sugli atti, per lo più (ma non solo) linee guida, elaborati dall’ANAC.

(12) Cons. Stato, comm. spec., parere 18 ottobre 2017, n. 2162; si veda anche la giurisprudenza della Sezione normativa del Consiglio inaugurata sin dal parere sul primo dei decreti attuativi della L. 7 agosto 2015, n. 124: il n. 515 del 24 febbraio 2016, reso sul c.d. Decreto trasparenza.

(13) Corte cost. 21 ottobre 2011, n. 273.

(14) Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, n. 1767, sulle linee guida dell’ANAC.

(15) Si veda ancora Cons. Stato, comm. Spec., parere 2 agosto 2016, n. 1767.

(16) Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere 24 febbraio 2016, n. 515; Cons. Stato, comm. spec., parere 18 ottobre 2017, n. 2162.

(17) Cons. Stato, comm. spec., parere 18 ottobre 2017, n. 2162.

(18) Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere 24 febbraio 2016, n. 515.

(19) Da una ricerca effettuata questi i pareri resi:

1. Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, n. 1767 avente ad oggetto le Linee guida relative a responsabile unico del procedimento, offerta economicamente più vantaggiosa e servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria.
2. Cons. Stato, comm. spec., parere 13 settembre 2016, n.

1903 avente ad oggetto le Linee guida sulle procedure per l’affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici.

3. Cons. Stato, comm. spec., parere 14 settembre 2016, n. 1919 avente ad oggetto le Linee guida relative ai criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell’Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici.

4. Cons. Stato, comm. spec., parere 14 settembre 2016, n. 1920 avente ad oggetto lo schema di regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso ai sensi dell’art. 211, D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

5. Cons. Stato, comm. spec., parere 3 novembre 2016, n. 2284 avente ad oggetto le Linee guida dell’ANAC relative alle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili.

6. Cons. Stato, comm. spec., parere 3 novembre 2016, n. 2286 avente ad oggetto le Linee guida ANAC in materia di indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle

circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice.

7. Cons. Stato, comm. spec., parere 28 dicembre 2016, n. 2777 avente ad oggetto la richiesta di parere in ordine allo schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, comma 2 e all'art. 213, D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

8. Cons. Stato, comm. spec., parere 1° febbraio 2017, n. 282 avente ad oggetto le Linee guida per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* previsto dall'art. 192, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

9. Cons. Stato, comm. spec., parere 29 marzo 2017, n. 775 avente ad oggetto lo schema di Linee guida recanti monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato.

10. Cons. Stato, comm. spec., parere 29 maggio 2017, n. 1257 avente ad oggetto lo schema di Linee guida di aggiornamento della precedente deliberazione sull'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e dagli enti pubblici economici.

11. Cons. Stato, comm. spec., parere 19 luglio 2017, n. 1708 avente ad oggetto le Linee guida dell'ANAC relative alle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili.

12. Cons. Stato, comm. spec., parere 5 settembre 2017, n. 1940 avente ad oggetto le Linee guida per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* previsto dall'art. 192 del 18 aprile 2016, n. 50.

13. Cons. Stato, comm. spec., parere 25 settembre 2017, n. 2040 avente ad oggetto le Linee Guida di aggiornamento della precedente deliberazione in tema di nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento.

14. Cons. Stato, comm. spec., parere 25 settembre 2017, n. 2042 avente ad oggetto le Linee guida ANAC recanti l'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del codice.

15. Cons. Stato, comm. spec., parere 19 ottobre 2017, n. 2163 avente ad oggetto le Linee guida relative ai criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici.

16. Cons. Stato, comm. spec., parere 22 dicembre 2017, n. 2698 avente ad oggetto l'aggiornamento delle Linee guida n. 1, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria".

17. Cons. Stato, comm. spec., parere 12 febbraio 2018, n. 361 avente ad oggetto l'aggiornamento alle disposizioni del D.Lgs. 9 aprile 2017, n. 56 delle Linee guida in materia di procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici.

18. Cons. Stato, comm. spec., parere 16 marzo 2018, n. 966 avente ad oggetto le Linee guida n. 2 di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa".

19. Cons. Stato, comm. spec., parere 26 aprile 2018, n. 1119 avente ad oggetto lo schema di regolamento sull'esercizio dei poteri dell'ANAC di cui all'art. 211, commi 1 *bis* e 1 *ter* del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

20. Cons. Stato, comm. spec., parere 3 maggio 2018, n. 1173

avente ad oggetto le Linee guida per l'affidamento del servizio di vigilanza privata.

21. Cons. Stato, comm. spec., parere 31 maggio 2018, n. 1435 avente ad oggetto il regolamento di definizione della disciplina della partecipazione a procedimenti di regolazione ANAC e di una metodologia di acquisizione e analisi dei dati rilevanti per l'AIR e la VIR.

22. Cons. Stato, comm. spec., parere 18 giugno 2018, n. 1567 avente ad oggetto le "Quinte linee guida per la gestione degli utili derivanti dalla esecuzione dei contratti d'appalto o di concessione sottoposti alla misura di straordinaria gestione ai sensi dell'art. 32 del d.l. 90/2014".

23. Cons. Stato, comm. spec., parere 20 giugno 2018, n. 1582 avente ad oggetto le Linee guida recanti "Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'art. 177, comma 1 del codice da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea".

24. Cons. Stato, comm. spec., parere 26 giugno 2018, n. 1632 avente ad oggetto la modifica del regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso ai sensi dell'art. 211, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

25. Cons. Stato, comm. spec., parere 3 agosto 2018, n. 2017 avente ad oggetto le Linee guida per l'affidamento dei servizi legali.

26. Cons. Stato, comm. spec., parere 13 novembre 2018, n. 2616 avente ad oggetto le Linee guida n. 6 recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e carenze esecutive di precedente contratto di appalto significative per l'esclusione di cui all'art. 80, co. 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016".

27. Cons. Stato, comm. spec., parere 21 novembre 2018, n. 2703 avente ad oggetto le Linee guida recanti la disciplina delle clausole sociali (art. 50, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 come modificato dal D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56).

28. Cons. Stato, comm. spec., parere 28 novembre 2018, n. 2781 avente ad oggetto la modifica del regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso ai sensi dell'art. 211, D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

29. Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere 14 febbraio 2019, n. 445 avente ad oggetto lo schema di Linee guida recanti "Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato".

30. Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere 25 febbraio 2019, n. 506 avente ad oggetto il regolamento sull'ordinamento giuridico ed economico del personale.

31. Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere 5 marzo 2019, n. 667 avente ad oggetto lo schema di Linee guida in materia di individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, in attuazione dell'art. 213, comma 2, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

32. Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere 30 aprile 2019, n. 1312 avente ad oggetto le Linee guida n. 4, denominate "Linee guida - Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici".

33. Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere 2 maggio 2019, n. 1349 avente ad oggetto l'aggiornamento delle Linee guida n. 1, recanti "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria", in attuazione dell'art. 213, comma 2, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

34. Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere 29 luglio 2019, n. 2189 avente ad oggetto le "Seste linee guida sui requisiti dei commissari ed esperti nominati ai sensi dell'art. 32 del d.l. n. 90/2014".

35. Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere 27 dicembre 2019, n. 3235 avente ad oggetto le Linee guida recanti "Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali".

Non è questa la sede per esaminare, nel merito, i pareri resi e la conseguente attività svolta dall'ANAC. In via generale è importante segnalare che, grazie all'opera della giurisprudenza consultiva, sono stati chiariti alcuni profili di carattere generale di particolare interesse che prescindono dallo specifico settore su cui di volta in volta è intervenuta l'Autorità.

In primo luogo, infatti, il Consiglio di Stato ha potuto affermare, e praticare, la regola per cui il parere può essere richiesto anche quando la legge non lo prevede come obbligatorio. Come già ricordato, il Consiglio di Stato ha apprezzato la scelta dell'ANAC di chiedere il parere in una logica di fattiva cooperazione istituzionale anche perché, come detto, "le funzioni consultive non si rivolgono più solo a singoli 'atti', ma si pronunciano e sostengono i 'processi' di riforma, accompagnandoli in tutte le loro fasi e indipendentemente dalla natura degli atti di attuazione, fornendo sostegno consultivo ai soggetti responsabili dell'attività di implementazione" (20).

Con specifico riferimento, poi, alle linee guida ANAC, già nel primo parere sullo schema del Codice dei contratti pubblici, era stato affermato che, pur in assenza del parere obbligatorio del Consiglio di Stato ex art. 17, L. n. 400 del 1988, "il 'sostegno consultivo' resta pur sempre possibile in via facoltativa, sotto forma di quesito, sia in ragione della generalità delle questioni e dell'impatto *erga omnes* dei provvedimenti, sia per analogia con l'art. 17, comma 25, della l. 15 maggio 1997 n. 127, che prevede il parere obbligatorio del Consiglio sugli schemi generali di contratti-tipo, accordi e convenzioni dei Ministeri" (21).

In secondo luogo, soprattutto nei primi pareri, è stata delineata la distinzione tra linee guida vincolanti e linee guida non vincolanti (22) che, come è noto, assumeva particolare rilievo soprattutto in passato. Il Consiglio di Stato, prima che intervenisse il c.d. decreto sblocca-cantieri, aveva rilevato l'esistenza

di ben tre diverse tipologie di atti attuativi dell'ANAC:

- a) quelli adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari;
- b) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere vincolante *erga omnes*, e in particolare le linee guida;
- c) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante (23).

Con soluzione condivisibile la differenza tra atti vincolanti e non vincolanti è stata rintracciata nella valenza integrativa del precetto primario (24), stabilendo anche che non vi è alcun ostacolo, di carattere testuale o sistematico, alla coesistenza nelle linee guida di contenuti vincolanti e non vincolanti (25). Più di recente, riprendendo la dottrina, è stato affermato che si può "riconoscere il carattere non vincolante quando 'si traducono o in esplicitazione dei principi generali... o in mere parafrasi o ripetizioni di norme di legge ... oppure in suggerimenti e raccomandazioni ... volte a favorire l'adozione di comportamenti omogenei'" (26). La giurisprudenza ha poi chiarito che "predicare di un atto amministrativo la vincolatività delle sue disposizioni, significa attribuirgli efficacia normativa, vale a dire la capacità di innovare nell'ordinamento giuridico introducendo norme giuridiche, cioè generali e astratte, sia pure di livello secondario. Ciò da un lato, implica che, come già osservato, il conferimento di tale potere avvenga solo attraverso una norma primaria, dall'altro qualifica indefettibilmente il contenuto del precetto esclusivamente come l'incisione diretta su posizioni giuridiche soggettive siano interessi legittimi, siano diritti soggettivi o potestà di soggetti pubblici. In effetti, tale capacità di incisione costituisce il discrimine tra una norma giuridica e un mero atto di indirizzo, interpretazione, suggerimento o raccomandazione" (27).

(20) Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, n. 1767; Cons. Stato, comm. spec., parere 13 settembre 2016, n. 1903.

(21) Cons. Stato, comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855, ove si trova anche affermato: "la esposta ricostruzione appare compatibile, oltre che con il dettato della delega e con il sistema delle fonti, anche con l'esigenza inderogabile di un riformato contesto di 'qualità' e 'certezza regolatoria', con valenza *erga omnes* (che le *Authorities* di regolazione già oggi garantiscono, nei loro settori, quando si attengono agli indicati principi di *better regulation*)".

(22) Sul tema sia consentito il rinvio a V. Neri, *Disapplicazione delle linee guida ANAC e rilevanza penale della loro violazione*, in questa *Rivista*, 2018, 2, 145 ss., ove, tra l'altro, si prende posizione sulla questione relativa alla natura giuridica delle linee guida vincolanti, e non, nonché sul regime di impugnazione delle stesse.

(23) Cons. Stato, comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855; Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, n. 1767; Cons. Stato, comm. spec., parere 13 settembre 2016, n. 1903.

(24) Cons. Stato, comm. spec., parere 14 settembre 2016, n. 1919.

(25) Cons. Stato, comm. spec., parere 23 marzo 2017, n. 775.

(26) Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere 29 luglio 2019, n. 2189.

(27) Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere 29 luglio 2019, n. 2189. Più di recente, si veda Cons. Stato, Sez. I, parere 24 marzo 2020, n. 615: Le linee guida dell'ANAC in materia di *whistleblowing* nel settore pubblico, ex art. 1, comma 5, L. n. 179/2017, non hanno carattere vincolante per le P.A., le quali devono comunque continuare a motivare eventuali diverse scelte.

In terzo luogo è stato individuato qual è l'ambito entro il quale l'ANAC può adottare linee guida di tipo non vincolante per l'interpretazione e l'applicazione di disposizioni legislative "esterne" al Codice dei contratti pubblici. Sotto tale specifico aspetto, la giurisprudenza ha ritenuto possibile l'intervento delle linee guida non vincolanti - e il corrispondente potere dell'ANAC in materia di appalti e concessioni - con riferimento alle disposizioni che disciplinano le procedure di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (ivi comprese le concessioni) o l'esecuzione degli stessi. Ha precisato che le disposizioni in materia di procedure di affidamento o quelle relative all'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - rispetto alle quali si giustifica il potere di adottare linee guida non vincolanti - possono essere contenute sia nel Codice dei contratti pubblici sia in altri testi normativi a condizione che riguardino le materie ora indicate (28).

In quarto luogo è stato ricostruito il quadro normativo dopo il c.d. Decreto sblocca-cantieri evidenziando, per un verso, il proposito del legislatore di affidare al regolamento unico la disciplina di esecuzione, attuazione e integrazione dei profili codicistici di maggiore rilevanza. Il Consiglio di Stato, per altro verso, ha precisato però, che il potere dell'ANAC di adottare linee guida non è stato del tutto soppresso. Così, ad esempio, ai sensi dell'art. 80, comma 13, codice, con linee guida - che evidentemente non hanno natura vincolante - l'ANAC può precisare, al fine di

garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lett. c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lett. c). Altro riferimento al perdurante potere di adottare linee guida vi è nella disciplina della crisi di impresa (art. 110, comma 6, Codice) (29).

Di recente il Consiglio di Stato, nel dare parere su uno schema di contratto tipo elaborato dal Ministero dell'economia e delle finanze, ha chiaramente stabilito che solo l'ANAC, in questo contesto ordinamentale, ha attribuito dalla legge il compito di assicurare, attraverso i bandi-tipo e capitolati-tipo, la "omogeneità dei procedimenti amministrativi" e di favorire "lo sviluppo delle migliori pratiche" (art. 213, comma 2, Codice). Se tali compiti fossero demandati alle singole amministrazioni, infatti, verrebbe in radice frustrata la possibilità di assicurare l'omogeneità dei procedimenti di gara (30).

La funzione consultiva sull'interpretazione delle norme di legge in favore di amministrazioni diverse dal Governo (e in particolare dell'ANAC)

Non meno rilevante è la collaborazione di tipo giuridico prestata dal Consiglio di Stato nella risposta ai quesiti posti dall'ANAC su questioni molto complesse e di difficile soluzione (31).

(28) Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere 27 dicembre 2019, n. 3235; nello stesso senso Cons. Stato, Sez. I, parere 17 ottobre 2019, n. 2627, ove, con riferimento alla possibilità per l'ANAC di adottare linee guida non vincolanti nella materia disciplinata dall'art. 32, D.L. 24 giugno 2014, n. 90, si è precisato: "la Sezione osserva che l'articolo 213, comma 3, lettera a), stabilisce che nell'ambito dei poteri ad essa attribuiti, l'Autorità vigila 'sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali'. Per la successiva lettera b), inoltre, l'ANAC vigila 'affinché sia garantita l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici e accerta che dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario'. Per altro verso, va evidenziato che, giusta il chiaro disposto dell'articolo 213, comma 1, l'Autorità svolge 'attività di regolazione' dei contratti pubblici adottando linee guida, di tipo non vincolante, ai sensi del più volte richiamato articolo 213, comma 2, e nel rispetto del procedimento ivi descritto.

Per la Sezione, in tale potere di regolazione non vincolante - da intendersi in senso ampio, così come affermato nel precedente paragrafo alla luce della giurisprudenza consultiva - vi rientra anche la materia disciplinata dall'art. 32 D.L. 24 giugno 2014, n. 90, poiché le misure straordinarie che il Prefetto può disporre hanno come presupposto l'esistenza di un contratto in corso tra l'impresa e la pubblica amministrazione. In altri termini, è vero che l'art. 32 cit. si trova in un corpo legislativo diverso dal codice degli appalti ma è altrettanto vero che tale disposizione si occupa di un aspetto, seppur particolare, dell'esecuzione dei contratti già stipulati con le pubbliche amministrazioni e conseguentemente non vi sono ostacoli all'adozione di linee guida non vincolanti da parte

dell'Anac". Si veda altresì, Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere 29 luglio 2019, n. 2189.

(29) Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere 29 luglio 2019, n. 2189; prima anche Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere 30 aprile 2019, n. 1312.

(30) Cons. Stato, Sezione I, parere 28 aprile 2020, n. 823 ove è anche precisato che "non è inutile ricordare che il legislatore nel tempo ha introdotto numerose disposizioni volte a garantire la concorrenza attraverso l'omogeneizzazione delle condizioni di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica (artt. 46, comma 1 bis, 64, comma 4 bis, D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, ormai abrogato; artt. 71 e 213 D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50)".

(31) Si segnalano i seguenti pareri:

1. Cons. Stato, Sez. I, parere 22 luglio 2016, n. 1708 avente ad oggetto la richiesta di parere in merito alla definizione del ruolo organico del personale dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC).

2. Cons. Stato, comm. spec., parere 21 giugno 2017, n. 1479 avente ad oggetto un quesito in ordine alla interpretazione degli artt. 197 e 199, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici).

3. Cons. Stato, comm. spec., parere 10 maggio 2018, n. 1241 avente ad oggetto l'acquisto da parte dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli del complesso immobiliare di via Carucci, 71 a Roma per l'importo massimo di euro 73.220.500,00 (oltre IVA).

4. Cons. Stato, comm. spec., parere 20 agosto 2018, n. 2052 avente ad oggetto la normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali alla luce del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e del D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117.

Tale ultima attività permette di approfondire la questione relativa alla legittimazione soggettiva per la richiesta di parere. La giurisprudenza consultiva ha più volte evidenziato che, nonostante la collocazione sistematica della norma costituzionale nella Sezione III del Titolo III (sugli “organi ausiliari” del Governo), “la funzione consultiva non è mai esercitata dall’Istituto nell’interesse dello Stato-Governo né di quello dello Stato-Amministrazione, ma esclusivamente nell’interesse dello Stato-Comunità. Il Consiglio di Stato, dunque, può rendere pareri anche a favore di enti e soggetti pubblici differenti dallo Stato strettamente inteso, quali le Autorità amministrative indipendenti e le Regioni” (32). È stato superato dunque l’originario modello “chiuso” essenzialmente limitato alla consulenza al Governo ed estesa la funzione consultiva a beneficio di soggetti come le Autorità amministrative indipendenti (33), la Corte dei Conti (“A maggior ragione deve essere ammessa la legittimazione della Corte dei conti a sottoporre quesiti al Consiglio di Stato in via diretta, senza la mediazione del Governo, atteso che la Corte dei conti è organo previsto dalla Costituzione, quale espressione dello Stato ordinamento, e non solo dalle leggi ordinarie come è per le Autorità

amministrative indipendenti”) e lo stesso Consiglio di Stato (34).

Ciò si inquadra nell’idea per cui la funzione consultiva, estrinsecantesi nella risposta ai quesiti, costituisce “un ulteriore strumento di ‘manutenzione’, specie nella prima fase attuativa”. La giurisprudenza degli ultimi anni, infatti, si è fatta carico di ricordare che tale possibilità è da sempre a disposizione delle amministrazioni competenti, e, per altro verso, ne ha potenziato l’operatività (35).

Per garantire, tuttavia, il corretto equilibrio istituzionale il Consiglio di Stato ha reiteratamente escluso la “possibilità di richiedere pareri facoltativi su materie o fattispecie per le quali già siano pendenti o in corso di attivazione controversie giurisdizionali” (36). Inoltre, in talune pronunce ha affermato che “in presenza di contrasti interpretativi già insorti, la richiesta di parere è inammissibile” (37) nel senso che “nell’esercizio dell’attività consultiva, il Consiglio di Stato, quale organo di consulenza imparziale e terzo dello Stato-ordinamento e non dello Stato-apparato, non è destinato (...) a supportare le scelte decisionali delle Amministrazioni, quante volte esse ritengano, a loro discrezione, di avvalersi della consulenza del Consiglio stesso, dal momento che la funzione consultiva svolta nell’interesse non

5. Cons. Stato, comm. spec., parere 26 ottobre 2018, n. 2427 avente ad oggetto la richiesta di parere sulla sottoposizione della LUMSA - Libera Università SS. Assunta al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

6. Cons. Stato, comm. spec., parere 24 dicembre 2018, n. 2942 avente ad oggetto un quesito in tema di opere di urbanizzazione a scomputo con riferimento alle Linee guida n. 4 recanti procedure per l’affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici.

7. Cons. Stato, Sez. I, parere 21 marzo 2019, n. 883 avente ad oggetto un quesito sull’iscrizione nell’elenco delle amministrazioni che operano affidamenti ad organismi *in house* di Formez PA.

8. Cons. Stato, Sez. I, parere 17 ottobre 2019, n. 2627 avente ad oggetto un quesito sull’interpretazione dell’art. 32, D.L. 24 giugno 2014, n. 90.

(32) Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere 24 febbraio 2016, n. 515; Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere 19 giugno 2017, n. 1458; Cons. Stato, comm. spec., parere 26 settembre 2017, n. 2065.

(33) Cons. Stato, Sez. II, parere 17 dicembre 2003, n. 4904, relativamente all’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici; in termini generali, in merito alla indispensabilità della previsione dell’accesso diretto delle Autorità indipendenti ai pareri del Consiglio di Stato, limitatamente ai quesiti, v. Cons. Stato, Ad. gen., parere 12 luglio 1999, n. 10.

(34) Si veda il parere reso dall’Ufficio Studi della Giustizia Amministrativa sulla specifica questione.

(35) “In una logica di riforma che riguarda lo Stato-comunità e non solo lo Stato-apparato, anche alla luce del rafforzamento degli strumenti di democrazia amministrativa da parte della legge delega (ivi compresa la trasparenza oggi all’esame), si potrebbero tenere, anche formalmente, in considerazione, nell’ambito dell’esercizio della funzione consultiva del Consiglio di Stato, posizioni e

istanze provenienti da qualificate associazioni rappresentative delle parti sociali, degli altri protagonisti del mondo produttivo e, più in generale, dei portatori di interessi collettivi e diffusi, nella loro qualità di componenti, appunto, dello Stato-comunità. In tal modo, su alcune questioni generali di maggior rilievo economico-sociale, si potrebbe prevedere - anche in chiave deflattiva di contenziosi seriali - la proposizione di quesiti ‘di massima’, secondo un procedimento che consenta la partecipazione dei soggetti interessati in veste collaborativa, al fine di determinare indirizzi esegetici di carattere generale che possano servire come elemento di certezza del diritto e di indirizzo applicativo su questioni incerte. Inoltre, in linea con quanto raccomandato retro, al n. 3.1, si suggerisce l’attivazione, nella fase di attuazione successiva all’entrata in vigore dei decreti, di una costante interlocuzione istituzionale (anche tramite la ‘cabina di regia’ ivi menzionata) con il Consiglio di Stato, che potrebbe attivare specifiche modalità di trattazione (si ricorda, in proposito, il felice precedente della Commissione speciale per l’attuazione della legge n. 241 del 1990, istituita presso questo Consiglio durante i primi anni ‘90). Tale interlocuzione ben potrebbe avvenire proprio attraverso un ricorso sistematico al flessibile strumento dei quesiti”, Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere 24 febbraio 2016, n. 515.

(36) Cons. Stato, Sez. II, parere 28 gennaio 2008, n. 442. Un’indicazione nel senso di evitare che possano esserci interferenze tra la funzione consultiva e quella giurisdizionale, può essere rinvenuta anche all’art. 33, comma 1, R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 (“Negli affari che, a norma della presente legge, possono formare oggetto di ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, il Governo, avuto il parere della sezione competente, non può richiedere, in via amministrativa, l’esame del Consiglio di Stato in adunanza generale”).

(37) Cons. Stato, Sez. II, parere 21 aprile 2011, n. 1589; Cons. Stato, Sez. I, parere 31 ottobre 2013, n. 4468.

dell'ordinamento generale, ma dell'Amministrazione assistita, compete all'Avvocatura dello Stato. Il Consiglio di Stato fornisce il proprio parere solo su questioni di massima, la cui soluzione potrà guidare la successiva azione amministrativa nel suo futuro esplicarsi" (38).

Dopo le modifiche introdotte con l'art. 17, L. 15 maggio 1997, n. 127, il parere facoltativo deve riguardare dunque solo "le attività che più incisivamente impegnano l'azione del Governo o degli altri organi di maggior rilevanza dello Stato-ordinamento e non può essere attivata da una mera pretesa o esigenza dell'amministrazione interessata, la quale, al contrario, deve esporre, nella sua richiesta di parere, i rilevanti motivi di interesse pubblico strumentali alle attività fondamentali o comunque più significative, che quasi impongono il ricorso al parere facoltativo, il quale, altrimenti, andrebbe a sovrapporsi all'esclusiva autonomia e responsabilità dirigenziale".

In altri termini, va esclusa la possibilità di emettere pareri su aspetti minimali relativi ad "un ordinario segmento del procedimento amministrativo" (39), in quanto il supporto consultivo, da un lato, non può e non deve sostituirsi all'amministrazione nel dovere di provvedere (40) e, dall'altro, non può invadere l'ambito di operatività delle attribuzioni dell'Avvocatura dello Stato nella sua funzione generale di consulenza alle pubbliche amministrazioni.

L'ampliamento della possibilità di formulare quesiti al Consiglio di Stato da parte di amministrazioni pubbliche porta con sé una serie di aspetti favorevoli, infatti:

a) "il quesito conduce all'espressione di un parere non vincolante - che, dunque, può essere motivatamente disatteso dai richiedenti - la cui

autorevolezza è dovuta alla competenza giuridica dell'Organo che lo rende"

b) "il relativo procedimento è gratuito e si conclude in tempi molto brevi";

c) "nell'esprimere il parere il Consiglio di Stato non è soggetto ai vincoli propri dell'esercizio della funzione giurisdizionale quali le limitazioni derivanti dal principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato o dai ristretti confini della cognizione incidentale (in conseguenza delle regole di riparto della giurisdizione); sicché, in risposta a quesiti, il Consiglio di Stato può pronunciarsi anche su aspetti connessi a quelli sui quali poggia la richiesta di parere, allorché tali aspetti risultino rilevanti, e può anche affrontare questioni giuridiche che esulino dall'ambito della giurisdizione amministrativa" (41).

Brevi osservazioni conclusive

Le brevi considerazioni sino a qui svolte dimostrano che il Consiglio di Stato, dall'editto di Racconigi ad oggi, ha saputo svolgere il suo ruolo consultivo pur in presenza di importanti mutamenti costituzionali, istituzionali e sociali (42).

Sotto altro aspetto, la giurisprudenza consultiva, con la sua importante carica di innovazione, è la dimostrazione del fatto che si sta assistendo, come icasticamente affermato dalla dottrina, ad un "ritorno al diritto" (43). È stato detto che "più che norme scritte, autoritarie, rigide, convengono ... principi e decisioni su casi concreti, e sembrano particolarmente vocate ad avere un ruolo decisivo dottrina e giurisprudenza" (44). Così facendo il Consiglio di Stato si pone nel solco tracciato, ormai più di un secolo fa, da Santi Romano nel discorso inaugurale dell'anno accademico tenuto nel 1909 presso l'Università di Pisa (45). Afferma (implicitamente) la necessità di considerare il diritto "più come ordinamento che

(38) Cons. Stato, Sez. II, parere 21 aprile 2011, n. 1589; Cons. Stato, comm. spec., parere 26 settembre 2017, n. 2065.

(39) Cons. Stato, Sez. I, parere 2 gennaio 2012, n. 1.

(40) Cfr. Cons. Stato, Sez. II, parere 6 marzo 2002, n. 1073; Cons. Stato, Sez. II, parere 7 novembre 2002, n. 4840; Cons. Stato, Sez. II, parere 12 marzo 2003, n. 1015; Cons. Stato, Sez. II, parere 10 giugno 2003, n. 2412; Cons. Stato, Sez. II, parere 24 giugno 2003, n. 2577; Cons. Stato, Sez. II, parere 8 luglio 2003, n. 2771; Cons. Stato, Sez. II, parere 8 febbraio 2005, n. 975; Cons. Stato, Sez. II, parere 19 novembre 2007, n. 6471.

(41) Si veda il parere reso dall'Ufficio studi della Giustizia Amministrativa.

(42) Emblematico è il parere reso, su richiesta del Ministero dell'interno, nel procedimento volto all'annullamento governativo di un'ordinanza sindacale emessa per contrastare l'emergenza sanitaria in atto nel Paese (Cons. Stato, Sez. I, 7 aprile 2020, n. 735: *Va disposto l'annullamento straordinario a tutela dell'unità dell'ordinamento, ai sensi degli artt. 138, t.u. enti locali e 2, comma 3, lett. p), l. n. 400 del 1988, dell'ordinanza del Sindaco di Messina n.*

105 del 5 aprile 2020, che impone a "chiunque intende fare ingresso in Sicilia attraverso il Porto di Messina, sia che viaggi a piedi sia che viaggi a bordo di un qualsiasi mezzo di trasporto" l'obbligo di registrarsi, almeno 48 ore prima della partenza, "nel sistema di registrazione on-line www.sipassaacondizione.comune.messina.it, fornendo una serie di dati identificativi e di informazioni personali", e di "Attendere il rilascio da parte del Comune di Messina del Nulla Osta allo spostamento, essendo necessaria una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali).

(43) P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015.

(44) P. Grossi, cit., 30.

(45) Dello studioso deve qui essere ricordato lo scritto, *L'ordinamento giuridico*, consultabile in *L'ultimo Santi Romano*, Milano, 2013. Si veda anche P. Grossi, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, 2005.

come comando” (46), proprio perché oggi, più di ieri, è necessario “mettere ordine” ai molti interessi che dalla società emergono, imponendosi all’attenzione dei governanti e dei giuristi; interessi questi presi in considerazione e tutelati dalla Costituzione e, infine,

sbocciati grazie all’idea pluralista di Stato e all’adesione al disegno europeo. In poche parole, e per riprendere ancora un efficace sintagma usato da uno storico del diritto, così si spiega il passaggio da modernità a “post-modernità” (47).

(46) Ancora P. Grossi, cit., 10.

(47) Ancora P. Grossi, cit., 3.

Gara

Le procedure di gara ai tempi del coronavirus tra rallentamenti ed accelerazioni

di Andrea Ruffini (*)

La crisi sanitaria causata dalla pandemia da Covid-19 ha imposto l'adozione di stringenti misure di contenimento della diffusione del virus, che hanno impattato gravemente anche nel settore degli appalti pubblici. Per fronteggiare la situazione emergenziale, il Governo ha sospeso sull'intero territorio nazionale ogni tipo di attività economica e produttiva (salvo quelle indispensabili). Ciò ha da subito reso necessario programmare una ripartenza ispirata a velocità e semplificazione delle procedure ad evidenza pubblica, senza perdere di vista le garanzie di massima partecipazione, trasparenza e *par condicio* poste a tutela degli interessi delle stazioni appaltanti e degli operatori economici.

Premessa: il contesto

In seguito al dilagare della pandemia da Covid-19, l'Italia, così come il resto del mondo, ha dovuto affrontare non solo drammatiche conseguenze sanitarie, ma anche imponenti difficoltà per il sistema economico.

La principale misura di controllo utilizzata dal Governo per rallentare la diffusione del virus è stata quella di imporre il c.d. "distanziamento sociale", ossia un distanziamento fisico, che si è tradotto nella drastica riduzione dei contatti interpersonali. Si è dunque reso necessario sospendere un'ampia gamma di attività industriali, produttive e commerciali, in cui tale distacco fisico non sarebbe stato garantito.

In disparte la problematica relativa alla natura dei provvedimenti adottati dal Governo per limitare le libertà personali ed economiche degli individui (dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, alle ordinanze del Capo del dipartimento della protezione civile), la disciplina emanata al fine di contenere il contagio ha impattato profondamente anche sulle modalità di svolgimento e di gestione delle procedure di gara. Queste ultime dapprima hanno dovuto sopportare un duro arresto, per poi ripartire sullo slancio di un rinnovato spirito acceleratorio.

Alla necessità di fronteggiare l'emergenza sanitaria, infatti, si è immediatamente affiancata l'esigenza di garantire una rapida ripresa delle attività economiche e produttive, ricercando costantemente il giusto equilibrio tra la tutela del bene primario della salute pubblica e la concreta necessità di evitare che la crisi sanitaria sfociasse anche in una crisi economica e sociale.

Conciliare tali aspetti, spesso confliggenti, ha indotto varie Amministrazioni ed Autorità ad emanare chiarimenti, indicazioni pratiche, suggerimenti di applicazione e note che si sono stratificati, giorno dopo giorno, rendendo sempre più complicato destreggiarsi nella materia, tanto per le Stazioni appaltanti quanto per gli operatori economici privati.

La pandemia e i rallentamenti: semaforo rosso per gli appalti pubblici

Il primo consistente intervento legislativo durante l'iniziale fase di emergenza sanitaria è stato adottato con il D.L. 17 marzo 2020, n. 18, recante "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19".

(*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

Fino a quel momento, infatti, i precedenti atti normativi avevano avuto ad oggetto principalmente l'adozione di restrittive misure anticontagio (1). Solo con il citato Decreto n. 18/2020, c.d. "Cura Italia", sono state emanate delle disposizioni che hanno interessato un esteso ambito di attività e soggetti, spaziando dal potenziamento del sistema sanitario nazionale all'organizzazione del comparto giustizia, dalla sospensione dell'attività didattica all'incentivo per il lavoro agile, dal sostegno al mondo del lavoro al finanziamento delle imprese, tentando di individuare una primordiale sintesi tra esigenze sanitarie ed esigenze economiche.

Sulla sospensione dei procedimenti

Tra le disposizioni contenute nel D.L. n. 18/2020, quella che ha avuto l'impatto più dirompente nel settore degli appalti pubblici è stata l'art. 103, rubricato "Sospensione dei termini nei procedimenti amministrativi ed effetti degli atti amministrativi in scadenza".

Il comma 1 dell'articolo citato ha introdotto una sospensione *ex lege* ed automatica dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento di qualsiasi procedimento amministrativo, avviato ad istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data, fino al 15 aprile 2020 (poi prorogato sino al 15 maggio 2020 ai sensi dell'art. 37, D.L. 8 aprile 2020, n. 23).

Contestualmente la disposizione ha stabilito che tutti i certificati, attestati, permessi, concessioni, autorizzazioni e atti abilitativi comunque denominati, in scadenza tra il 31 gennaio e il 15 aprile 2020, conservano la loro validità fino al 15 giugno 2020.

Posto che la sospensione opera in generale per i procedimenti amministrativi, non sembra dubitabile che la stessa trovi applicazione anche per le procedure ad evidenza pubblica disciplinate dal D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in quanto la scelta del contraente pubblico e la successiva formazione del vincolo contrattuale si sviluppa in una sequenza procedimentale che culmina nell'adozione di un provvedimento di aggiudicazione e nella successiva stipulazione di un contratto, secondo le regole del diritto pubblico.

Nonostante il chiaro tenore della norma, in data 23 marzo 2020, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha ritenuto necessario adottare una nota avente ad oggetto proprio l'"applicazione

dell'articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020 alle procedure disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50" al fine di fugare ogni eventuale dubbio.

Il Ministero ha asserito che la sospensione disposta dall'art. 103, comma 1 del D.L. n. 18/2020 si applica anche alle procedure di appalto o di concessione disciplinate dal D.Lgs. n. 50/2016, poiché tale conclusione rispecchia la finalità della norma di tutelare, da un lato, la massima partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara e, dall'altro, di evitare che la pubblica amministrazione rischi di incorrere in eventuali ritardi o nel formarsi del silenzio significativo, durante la fase emergenziale.

Sicché, la prima reazione del settore degli appalti pubblici è stata proprio quella di interpretare l'art. 103 del D.L. n. 18/2020 nel senso di arrestare tutte le procedure di gara avviate e da avviare, sospendendo non solo la pubblicazione di nuovi bandi, ma anche tutti i termini stabiliti dalle singole disposizioni della *lex specialis*, nonché quelli eventualmente stabiliti dalle commissioni di gara relativamente alle loro attività.

È fin troppo evidente la portata dirompente di un blocco di simile ampiezza.

Al fine di rendere ancora più lampante l'iniziale percezione che si è avuta della doverosa sospensione generalizzata di ogni procedimento amministrativo, si richiama la Delibera del 19 marzo 2020, n. 268 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

L'ANAC, in seguito all'entrata in vigore del c.d. "Decreto Cura Italia", ha fornito una serie di disposizioni relative alle diverse attività di propria competenza, chiarendo che (i) i procedimenti in corso soggiacevano alla sospensione disposta dalla normativa adottata dal Governo, (ii) l'avvio dei procedimenti non ancora iniziati doveva essere rimandato alla fine del periodo di sospensione, salvo si trattasse di attività urgenti per le quali occorreva procedere all'adozione del provvedimento finale ed ha, altresì, affermato che (iii) la sospensione di cui all'art. 103 del D.L. n. 18/2020 trova applicazione a tutti i termini previsti nell'ambito del procedimento per la richiesta di parere di precontenzioso.

Il grande fermento dispositivo ha reso la generalizzata percezione che ogni attività, procedimento, lavoro, servizio, fornitura, dovesse essere arrestato affinché fosse impedito il dilagarsi del contagio, salvo le attività ritenute indispensabili.

(1) V. D.L. 26 febbraio 2020, n. 6; D.L. 2 marzo 2020, n. 9; D.L. 8 marzo 2020, n. 11.

Sulla esimente per ritardi ed inadempimenti

Per altro verso, il D.L. n. 18/2020 ha introdotto specifiche disposizioni relative alla fase di esecuzione degli appalti pubblici. In particolare, l'art. 91 ha previsto che, nei casi in cui dovessero registrarsi dei ritardi o degli inadempimenti contrattuali, quali conseguenze dell'attuazione delle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica, gli operatori economici non potranno essere colpiti dall'irrogazione delle penali previste nel contratto.

In altri termini, la norma ha garantito agli operatori economici che il rispetto delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica, per le quali è necessario sospendere, ridurre o limitare le attività, non potrà arrecare loro pregiudizio. Infatti, nel caso in cui per ottemperare alle stringenti disposizioni governative anticontagio siano costretti a ritardare o non adempiere alle proprie prestazioni contrattuali, è stata espressamente esclusa la responsabilità delle imprese, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c.

L'art. 91 cit., che trova applicazione a tutte le tipologie di contratti pubblici, siano essi di lavori, servizi o forniture, ha previsto una sorta di "prova liberatoria" per l'appaltatore che potrà andare esente da responsabilità ogniqualvolta dimostri che l'inadempimento o il ritardo nell'esecuzione delle commesse siano collegati all'osservanza delle misure di contenimento.

È appena il caso di evidenziare come la conclusione esternata dall'art. 91 del D.L. n. 18/2020, non appare per nulla innovativa, né tantomeno necessaria. Difatti, essa sarebbe stata raggiungibile anche in virtù dei principi generali che regolano la materia delle obbligazioni, applicabile al settore degli appalti pubblici per espressa previsione dell'art. 30, comma 8 del D.Lgs. n. 50/2016.

Infatti, è principio generale stabilito dalla disciplina civilistica quello per cui il debitore non può essere ritenuto responsabile per l'inadempimento o il ritardo nell'esecuzione della prestazione legato alla impossibilità della stessa derivante da causa a lui non imputabile. Pertanto, al verificarsi di simili evenienze, il debitore inadempiente o non correttamente adempiente non è tenuto al risarcimento del danno sofferto dal creditore.

È evidente che la diffusione di una epidemia a livello globale a cui sia conseguita una restrizione delle libertà personali, imprenditoriali e di spostamento, rappresenti senza dubbio una di quelle circostanze impeditive dell'adempimento non addebitabili al

debitore stesso, che esimono quest'ultimo dall'obbligo di ristorare i danni sofferti dal creditore.

Probabilmente, in un clima di concitata confusione, la preoccupazione del Governo è stata quella di garantire da un lato l'immediata ed esatta osservanza delle misure restrittive da parte degli appaltatori (preoccupati di incorrere in penali o risoluzioni contrattuali) e dall'altro, in un'ottica deflattiva del contenzioso, concedere a questi ultimi una scriminante *ex lege* per eventuali ritardi e inadempienze che sarebbero potute essere oggetto di contestazioni da parte delle amministrazioni committenti.

Sulle deroghe al Codice dei contratti pubblici

Se da un lato la sfida da affrontare durante l'emergenza sanitaria è stata quella di pretendere il rigoroso rispetto delle misure di contenimento adottate, dall'altro è stata quella di garantire alle pubbliche amministrazioni il regolare approvvigionamento di lavori, servizi e forniture collegati alle esigenze della crisi sanitaria.

Al fine di soddisfare tale ultima necessità, è stato inevitabile intervenire sul D.Lgs. n. 50 del 2016 e ciò è avvenuto, in un primo momento, attraverso strumenti straordinari, quali le ordinanze adottate dal Capo della Protezione Civile.

In disparte la problematica relativa alla legittimità di incidere sull'operatività di un testo legislativo attraverso i suddetti atti, l'ordinanza del Capo della Protezione Civile del 3 febbraio 2020, n. 630 è intervenuta sul Codice dei Contratti pubblici riconoscendo la possibilità di derogare ad un'ampia serie di disposizioni dello stesso.

Le deroghe sono state tutte volte a favorire la riduzione dei tempi ordinari di svolgimento delle procedure, la semplificazione delle modalità di affidamento nonché la facilitazione degli approvvigionamenti periodici.

Solo per citare alcune delle disposizioni su cui è stata consentita la deroga, si rappresenta che l'OCPC n. 630/2020 ha espressamente ammesso di procedere anche in modo difforme da quanto stabilito dagli artt. 32, 33 e 36 del D.Lgs. n. 50/2016, allo scopo di velocizzare la procedura di affidamento per adeguarla alle esigenze del contesto emergenziale, dagli artt. 60, 61 e 85 del decreto citato per accelerare la procedura di scelta del contraente, dall'art. 95 ammettendo la possibilità di utilizzare quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso anche al di fuori delle ipotesi previste dalla norma, nonché dall'art. 105 per rendere immediatamente efficace il contratto di subappalto in seguito alla richiesta dell'appaltatore.

Sebbene l'intervento sia stato senza dubbio finalizzato a snellire e sveltire le gare per rispondere con celerità alle esigenze dettate dall'emergenza, si è adottato uno strumento che si è rivelato non adatto e pertanto non ha portato risultati soddisfacenti.

Infatti, le Ordinanze del Capo della Protezione Civile rientrano sicuramente tra gli atti amministrativi, in quanto promanano dall'Autorità amministrativa, ma hanno una natura sostanzialmente normativa, poiché sono indirizzate a dettare, eccezionalmente e temporaneamente, regole di condotta rivolte ad una pluralità di soggetti. L'adozione di tali atti è ammessa nel caso in cui l'ordinamento non abbia previsto altri strumenti ordinari per fronteggiare la situazione emergenziale.

Tuttavia, a livello costituzionale è riconosciuta la possibilità di fronteggiare casi straordinari di necessità ed urgenza, che impongano di incidere sulle libertà costituzionalmente riconosciute (tra cui rileva, per quanto più interessa la presente sede, la libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost.) solo mediante legge o atti aventi forza di legge.

Dunque, in ipotesi emergenziali è il decreto legge lo strumento che l'ordinamento predispone laddove sorga l'esigenza di intervenire a livello legislativo in tempi più celeri rispetto a quelli ordinari per l'adozione di una legge.

Probabilmente, proprio la circostanza che le suddette deroghe al Codice dei Contratti pubblici siano state introdotte tramite un atto amministrativo di presunta valenza normativa gerarchicamente inferiore al rango di legge, ha disincentivato le stazioni appaltanti ad operare in deroga alle disposizioni del D.Lgs. n. 50/2016, le quali, presumibilmente consapevoli della discutibile legittimità di una simile fonte normativa, hanno per la maggior parte rifiutato di agire in deroga e poi, in seguito all'entrata in vigore dell'art. 103 del D.L. n. 18/2020, hanno optato per la sospensione delle procedure.

Semaforo arancione per le gare pubbliche: una ripartenza incisa

In un momento immediatamente successivo alle prime settimane di sospensione, le conseguenze già gravi dell'interruzione di ogni genere di attività, sono divenute enormemente più preoccupanti alla luce della proroga del periodo di sospensione dei termini di cui all'art. 103, D.L. n. 18/2020, disposta dall'art. 37, D.L. 8 aprile 2020, n. 23, il quale ha ampliato l'intervallo della pausa sino al 15 maggio 2020.

Tale circostanza ha condotto a rileggere con uno spirito maggiormente propositivo l'art. 103 del D.L. n. 18/2020, al fine di scongiurare una paralisi dell'intero settore produttivo nazionale.

Con tale norma, infatti, se da un lato il Governo ha imposto una sospensione generalizzata di ogni procedimento amministrativo, dall'altro ha rimesso alle singole amministrazioni l'adozione delle misure organizzative ritenute più idonee per garantire tempi ragionevoli per la definizione delle attività.

Sicché, immediatamente dopo un primo momento di allarme generale e di rigida chiusura, si è verificata una sorta di apertura alla prosecuzione ed avvio delle attività amministrative, riconoscendo al soggetto onerato di osservare il termine (sospeso in suo favore), la possibilità di scegliere liberamente di non agevolarsi della suddetta sospensione.

Tale circostanza si è tradotta, nella pratica, nella lenta ripresa dei procedimenti amministrativi nei quali le stesse amministrazioni, pur riconoscendo che per espressa disposizione legislativa tutti i termini sono stati sospesi, allo stesso tempo ha rimesso agli operatori economici la decisione se agevolarsi o meno della sospensione. Difatti, essendo i termini endoprocedimentali sospesi a favore degli stessi concorrenti, nulla vietava che questi ultimi potessero comunque validamente porre in essere l'attività prevista entro il termine originario ovvero in un termine inferiore rispetto a quello risultante dalla sospensione.

Tale cambio di direzione trova conferma anche nella delibera del 9 aprile 2020 emanata dall'ANAC.

L'Autorità ha fornito alcune indicazioni con lo scopo di garantire, nel periodo di emergenza sanitaria, l'adozione di comportamenti omogenei ed uniformi da parte delle stazioni appaltanti, sia nella fase di selezione del contraente pubblico, sia durante l'esecuzione delle commesse.

In particolare, l'ANAC ha affermato che "in linea generale, le amministrazioni dovrebbero avviare soltanto le procedure di gara ritenute urgenti ed indifferibili", senza adottare comportamenti idonei a ledere la massima partecipazione e la *par condicio* tra i concorrenti.

Sebbene il tenore della delibera sembri limpido nel facultizzare la sospensione delle attività in corso o da iniziare, talune stazioni appaltanti hanno interpretato il provvedimento dell'Autorità nel senso che esso avrebbe inibito la prosecuzione o l'avvio di qualsiasi procedura ad evidenza pubblica.

L'Autorità si è vista costretta a intervenire, con nota del 20 aprile 2020, al fine di precisare che non era mai

stata intenzione della stessa chiedere la sospensione delle procedure ad evidenza pubblica. Così ha ribadito, come espressamente si legge nella Delibera n. 312/2020, di aver semplicemente suggerito di valutare “l’opportunità di differire l’avvio delle procedure di gara già programmate” e di avviare soltanto quelle “ritenute urgenti e indifferibili”, pur con l’adozione di tutte le cautele volte a salvaguardare il rispetto dei principi di massima pubblicità e trasparenza delle determinazioni adottate.

In pari data, peraltro, la medesima Autorità ha inviato al Governo e al Parlamento un Atto di segnalazione (Atto di segnalazione n. 4 del 9 aprile 2020), evidenziando l’opportunità di prevedere misure *ad hoc* per la materia della contrattualistica pubblica. In essa, infatti, era intrinseca la necessità di contemperare le contrapposte esigenze, da un lato, di agevolare l’adempimento delle attività di competenza delle amministrazioni pubbliche in vigenza delle misure restrittive anticontagio e dall’altro, di favorire la celere ripresa delle attività economiche. Tale segnalazione perseguiva lo scopo di evidenziare come la sospensione delle attività amministrative disposta in maniera generalizzata dall’art. 103 del D.L. n. 18/2020, non solo avrebbe determinato un preoccupante blocco dell’attività amministrativa che si sarebbe riversato a danno degli utenti, ma si rivelava altresì incurante dei rilevanti problemi applicativi che la stessa sospensione avrebbe determinato al settore degli appalti pubblici date le sue specificità.

Ciononostante, la L. 24 aprile 2020, n. 27, di conversione con modificazioni del D.L. n. 18/2020, non è minimamente intervenuta sulla formulazione dell’art. 103, comma 1, del Decreto “Cura Italia”, rimasta del tutto immutata, e non ha neppure colto l’invito dell’Autorità anticorruzione di prevedere misure *ad hoc* per il settore dei contratti pubblici.

In sede di conversione del Decreto legge è, invece, stato modificato il secondo comma dell’art. 103, il quale ha prolungato la validità di certificati, attestati e autorizzazioni in scadenza tra il 31 gennaio 2020 e il 31 luglio 2020, sino a novanta giorni successivi alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza. Dunque, sebbene si mostrasse sempre più pregnante l’esigenza di far ripartire gli appalti pubblici, a livello legislativo tale necessità non è stata adeguatamente acccontentata, continuando a tenere ferma la sospensione generalizzata di tutti i procedimenti.

Per reagire alla stasi imposta dal Governo, le Amministrazioni appaltanti, seppure consapevoli del blocco dei procedimenti, si sono ispirate al rispetto

e all’osservanza del principio generale di buon andamento di cui all’art. 97 Cost., iniziando timidamente a riprendere le attività legate alle procedure ad evidenza pubblica.

In altri termini, in una fase di forte tensione tra contrapposti poli di interessi, gli enti pubblici hanno privilegiato le soluzioni idonee a proseguire le attività di loro competenza, nei limiti e nel rispetto di tutte le cautele richieste a garanzia sia della salute sia del corretto e del regolare andamento delle procedure ad evidenza pubblica.

A titolo di esempio è possibile accennare alle sedute di gara svolte in via telematica (mediante videoconferenza o tramite collegamenti da remoto), anche laddove tale modalità di svolgimento delle riunioni non era stato originariamente previsto dalla *lex specialis* di gara, garantendo la massima pubblicità, trasparenza e regolarità delle suddette operazioni.

Semaforo verde: via alle accelerazioni per gli appalti pubblici

Nel confuso clima delle prime settimane di primavera, è divenuta preminente l’attenzione per il riavvio delle attività di ogni genere ed in particolare degli appalti pubblici.

Purtroppo, il sentire comune non è stato adeguatamente percepito dal legislatore che, ancora una volta, ha perso una buona occasione per recepire gli auspici del settore.

Contrariamente ad ogni aspettativa ed in spregio alle richieste dell’ANAC, infatti, il tanto atteso D.L. 19 maggio 2020, n. 34, c.d. “Decreto Rilancio”, ha espulso quasi tutte le disposizioni acceleratorie previste per le gare in corso e per quelle da bandire nel prossimo anno di cui si vociferava.

Tra le poche novità rilevanti per i contratti pubblici, si segnala l’esonero temporaneo di stazioni appaltanti ed operatori economici dal versamento dei contributi dovuti all’Autorità nazionale anticorruzione, per tutte le procedure di gara avviate dal 19 maggio e fino al 31 dicembre 2020 (art. 65, D.L. n. 34/2020). È stata altresì disposta una eccezione all’ultrattività di certificati, attestati ed autorizzazioni stabilita dall’art. 103, comma 2, D.L. n. 18/2020, con riferimento ai documenti unici di regolarità contributiva in scadenza tra il 31 gennaio 2020 ed il 15 aprile 2020. Questi ultimi, infatti, non manterranno intatta la loro validità sino a novanta giorni successivi la dichiarazione della cessata emergenza sanitaria, ma solo sino al 15 giugno 2020 (art. 81, D.L. n. 34/2020). Inoltre, l’art. 207 del D.L. n. 34/2020 ha disposto, per

le procedure di gara avviate a decorrere dal 19 maggio 2020 e fino al 30 giugno 2021, l'incremento dell'anticipazione (dal 20% al 30%) prevista dall'art. 35, comma 18, del D.Lgs. n. 50/2016, anche in favore degli appaltatori che hanno già usufruito di un'anticipazione contrattualmente prevista ovvero abbiano già dato inizio alla prestazione senza aver usufruito di anticipazione, purché ciò sia compatibile con le risorse annuali stanziare per ogni singolo intervento a disposizione della stazione appaltante.

Se da un lato, il legislatore non ha saputo soddisfare le richieste del comparto, limitandosi a minimi interventi, dall'altro le stazioni appaltanti e gli operatori economici hanno potuto beneficiare di un intervento chiarificatore dell'ANAC. Quest'ultima, infatti, in data 22 aprile 2020 (circa un mese prima dell'entrata in vigore del Decreto Rilancio), ha pubblicato una ricognizione delle norme acceleratorie e di semplificazione già presenti nell'attuale Codice dei contratti pubblici che, però, essendo poco note, le amministrazioni non sono avvezze ad applicare.

Lo scopo perseguito dall'Autorità è stato quello di palesare alle stazioni appaltanti come il bisogno di addivenire ad una rapida aggiudicazione delle commesse pubbliche, ben può essere soddisfatto anche in mancanza di uno specifico intervento legislativo di riforma, attraverso una serie di procedure semplificate già previste dal Codice dei contratti pubblici.

Dunque, per far fronte all'emergenza sanitaria, l'Autorità ha fornito un "vademecum" per tutte le occasioni in cui sia necessaria un'accelerazione o una semplificazione degli appalti pubblici.

Forse per un mero caso o forse per una premonizione, l'intervento dell'ANAC si è rivelato uno strumento particolarmente apprezzato soprattutto in seguito al deludente intervento normativo. La guida elenca le numerose possibilità che il Codice degli appalti ammette per semplificare e velocizzare le procedure di gara, anche al di fuori dei contesti emergenziali. Tra queste si rammentano a titolo di esempio,

l'assegnazione degli appalti senza pubblicazione dei bandi di gara, in presenza di determinate circostanze; la riduzione dei tempi per la presentazione delle offerte; l'ammissione di autodichiarazioni e lo svolgimento dei controlli *ex post*; la possibilità di sottoscrivere il contratto senza attendere il termine dilatorio di *stand still*; la facoltà di ricevere forniture in via d'urgenza anche senza aver ancora stipulato un contratto.

Valutazioni finali

La conclusione in tempi certi e celeri dei procedimenti amministrativi rappresenta un'esigenza ineludibile per l'intero settore dei contratti pubblici, a prescindere dall'emergenza determinata dalla diffusione del virus Covid-19.

Appare chiaro come il quadro normativo attualmente in vigore fornisca alle stazioni appaltanti gli strumenti idonei a rispondere alle necessità di semplificazione e velocizzazione delle procedure di affidamento (come, peraltro, ben chiarito dall'atto ricognitorio adottato il 22 aprile 2020 dall'Autorità anticorruzione), pur in mancanza di specifiche misure innovative.

Ad ogni modo, è senza dubbio auspicabile un intervento legislativo dedicato espressamente a regolare le peculiarità della materia degli appalti pubblici, che riesca a soddisfare le esigenze di celerità e snellezza delle stazioni appaltanti, senza, al contempo, ledere i fondamentali principi a tutela degli operatori economici.

In tale ottica, si potrebbe scorgere nella crisi sanitaria ed economica quell'*input*, che finora è mancato, per operare una rinnovazione strutturale della materia delle procedure ad evidenza pubblica, che da più ambiti è tanto reclamata.

Nel frattempo, potrebbe già apparire innovativo "risolvere" le norme esistenti per alleggerire i procedimenti e tentare di recuperare, per quanto è possibile, il periodo in cui l'intero settore è rimasto bloccato.

Termine per l'impugnazione atti di gara

Consiglio di Stato, Ad. Plen., 2 luglio 2020, n. 12 - Pres. Patroni Griffi - Est. Maruotti - Miorelli Service s.p.a. c. Gestore dei Servizi Energetici s.p.a., Co.L.Ser. s.c.r.l. e Consip s.p.a.

L'Adunanza Plenaria ritiene di affermare i seguenti principi di diritto:

"a) il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del D.Lgs. n. 50 del 2016;

b) le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del D.Lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale;

c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione;

e) sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati".

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cons. Stato, Sez. V, 2 aprile 2020, n. 2215, ord.
Difforme	Cons. Stato, Sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3298.

Il Consiglio di Stato (*omissis*)

Fatto e diritto

(*omissis*)

7. Con l'ordinanza di rimessione n. 2215 del 2020, la Sezione Quinta ha osservato che le questioni controverse tra le parti riguardano l'individuazione:

- a) delle forme e delle modalità delle comunicazioni dell'atto di aggiudicazione di un appalto;
- b) della data di inizio della decorrenza del termine per impugnare tale atto;
- c) dei casi in cui rilevi la sua piena ed effettiva conoscenza, quando ne manchi la formale comunicazione.

La Sezione Quinta ha evidenziato le esigenze della certezza dei rapporti giuridici e della stabilità dell'atto di aggiudicazione ed ha richiamato il principio di effettività della tutela giurisdizionale, segnalando che su tali questioni non si è formata una giurisprudenza univoca.

Di conseguenza, la Quinta Sezione ha sottoposto all'esame della Adunanza Plenaria i seguenti quesiti:

"a) se il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione possa decorrere di norma dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del D.Lgs. n. 50 del 2016;

b) se le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del D.Lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi

già individuati ovvero per accertarne altri consentano la sola proposizione dei motivi aggiunti, eccettuata l'ipotesi da considerare patologica - con le ovvie conseguenze anche ai soli fini di eventuali responsabilità erariale - della omessa o incompleta pubblicazione prevista dal già citato articolo 29;

c) se la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara non sia giammai idonea a far slittare il termine per la impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, che decorre dalla pubblicazione ex art. 29 ovvero negli altri casi patologici dalla comunicazione ex art. 76, e legittima soltanto la eventuale proposizione dei motivi aggiunti, ovvero se essa comporti la dilazione temporale almeno con particolare riferimento al caso in cui le ragioni di doglianza siano tratte dalla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero dalle giustificazioni da questi rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

d) se dal punto di vista sistematico la previsione dell'art. 120, comma 5, c.p.a. che fa decorrere il termine per l'impugnazione degli atti di gara, in particolare dell'aggiudicazione dalla comunicazione individuale (ex art. 78 del D.Lgs. n. 50 del 2016) ovvero dalla conoscenza comunque acquisita del provvedimento, debba intendersi nel senso che essa indica due modi (di conoscenza) e due momenti (di decorrenza) del tutto equivalenti ed equipollenti tra di loro, senza che la comunicazione individuale possa ritenersi modalità principale e prevalente e la conoscenza *aliunde* modalità secondaria o subordinata e meramente complementare;

e) se in ogni caso, con riferimento a quanto considerato in precedenza sub d), la pubblicazione degli atti di gara ex art. 29 del D.Lgs. n. 50 del 2016 debba considerarsi rientrante in quelle modalità di conoscenza *aliunde*;

f) se idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione debbano considerare quelle forme di comunicazione e pubblicità individuate nella *lex specialis* di gara e accettate dagli operatori economici ai fini della stessa partecipazione alla procedura di gara".

(omissis)

13. Come si desume dall'ordinanza di rimessione, per le aggiudicazioni disposte nel vigore dell'art. 245 del "primo codice" dei contratti pubblici (come modificato con il D.Lgs. n. 53 del 2010) e del sostanzialmente corrispondente art. 120 del c.p.a., si erano consolidati i seguenti orientamenti giurisprudenziali.

14. Qualora l'Amministrazione aggiudicatrice avesse inviato una "comunicazione completa ed esaustiva dell'aggiudicazione" (con l'esposizione delle ragioni di preferenza per l'offerta dell'aggiudicatario), si affermava che il ricorso era proponibile nel termine di trenta giorni, decorrente dalla comunicazione della aggiudicazione ai sensi dell'art. 79 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (richiamato dall'art. 120, comma 5, del c.p.a. e recante il titolo "Informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni").

Dovendosi coordinare l'art. 120, comma 5, del c.p.a. con l'art. 79 del D.Lgs. n. 50 del 2006 (richiamato dal medesimo comma 5), la sopra citata giurisprudenza riteneva che:

- aveva un rilievo centrale il comma 5 *quater* dell'art. 79 (come introdotto dall'art. 2 del D.Lgs. n. 53 del 2010), per il quale, "Fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'articolo 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'articolo 13";

- il termine di trenta giorni per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione si doveva incrementare di un numero di giorni (massimo dieci) pari a quello necessario per avere piena conoscenza dell'atto e dei suoi eventuali profili di illegittimità, qualora questi non fossero oggettivamente evincibili dalla comunicazione di aggiudicazione (Cons. Stato, Sez. III, 28 agosto 2014, n. 4432; Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 718; Sez. III, 3 luglio 2017, n. 3253; Sez. V, 27 aprile 2017, n. 1953; Sez. V, 23 febbraio 2017, n. 851; Sez. V, 13 febbraio 2017, n. 592; Sez. V, 10 febbraio 2015, n. 864);

- qualora l'Amministrazione aggiudicatrice avesse però rifiutato illegittimamente l'accesso o avesse avuto "comportamenti dilatori", il termine per l'impugnazione cominciava a decorrere dalla data in cui l'accesso era stato effettivamente consentito (Cons. Stato, Sez. III, 22 luglio 2016, n. 3308; Sez. III, 3 marzo 2016, n. 1143;

Sez. V, 7 settembre 2015, n. 4144; Sez. V, 6 maggio 2015, n. 2274; Sez. III, 7 gennaio 2015, n. 25; Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1250).

15. Qualora fosse invece mancata la "comunicazione completa ed esaustiva dell'aggiudicazione" (avendo l'Amministrazione aggiudicatrice comunicato soltanto l'avvenuta aggiudicazione ed il nominativo dell'aggiudicatario), si affermava che si doveva tenere conto della esigenza per l'interessato di conoscere gli elementi tecnici dell'offerta dell'aggiudicatario e, in generale, gli atti della procedura di gara, per poter esaminare compiutamente il loro contenuto e verificare la sussistenza di eventuali vizi (Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2017, n. 3675; Sez. V, 27 aprile 2017, n. 1953; Sez. V, 13 febbraio 2017, n. 592; Sez. V, 26 novembre 2016, n. 4916; Sez. V, 3 febbraio 2016, n. 408; Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 8 giugno 2017, n. 274).

16. Su questo articolato, ma consolidato, quadro normativo e giurisprudenziale, ha inciso l'entrata in vigore del "secondo codice" dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. n. 50 del 2016.

Tale codice non ha testualmente modificato l'art. 120, comma 5, del c.p.a., ma ha con esso interferito sotto un duplice aspetto.

16.1. In primo luogo, l'art. 217 del "secondo codice" ha abrogato il d.lgs. n. 163 del 2006, di approvazione del "primo codice", incluso l'art. 79 (che però continua ad essere richiamato dal medesimo art. 120, comma 5, del c.p.a.).

Già tale discrasia di per sé implica la necessità di chiarire il significato da attribuire all'art. 120, comma 5, giacché esso richiama un articolo che è stato ormai espressamente abrogato nel 2016.

16.2. In secondo luogo, gli articoli 29 e 76 del "secondo codice" in materia di accesso, di informazioni e di pubblicazione degli atti contengono ben diverse disposizioni, rispetto a quelle contenute nell'abrogato art. 79, le quali - come si è prima osservato - avevano anche la funzione di delimitare la portata applicativa dell'art. 120, comma 5, del c.p.a., sulla individuazione del *dies a quo* per l'impugnazione delle diverse tipologie degli atti di gara.

Il vigente art. 29 - in applicazione del principio di trasparenza - ha disposto al comma 1 che tutti gli atti del procedimento "devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione 'Amministrazione trasparente', con l'applicazione delle disposizioni di cui decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33", aggiungendo che, "Fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente".

(omissis)

18. Come ha osservato l'ordinanza di rimessione, tali questioni interpretative hanno condotto ai contrapposti orientamenti giurisprudenziali, che l'Adunanza Plenaria è in questa sede chiamata a risolvere.

19. Per una prima impostazione, va data continuità - con inevitabili adattamenti - agli orientamenti giurisprudenziali sopra sintetizzati ai parr. 14 e 15, pur dopo l'entrata in

vigore del d.lgs. n. 50 del 2016 (malgrado il mancato coordinamento del “secondo codice” dei contratti pubblici con il c.p.a. e malgrado il mutamento della disciplina sull’accesso agli atti della gara).

Si è infatti affermata la perdurante rilevanza del richiamo ancora contenuto nell’art. 120, comma 5, del c.p.a., ma da intendere rivolto non più all’art. 79 (“Informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni”) del “primo codice” ormai abrogato, ma all’art. 76 (“Informazione dei candidati e degli offerenti”) del “secondo codice” (Cons. Stato, Sez. V, 10 giugno 2019, n. 3879; Sez. V, 27 novembre 2018, n. 6725).

In considerazione del diverso contenuto dell’art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell’art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, si è precisato che la “dilazione temporale” prima fissata in dieci giorni per l’accesso informale ai documenti di gara (disciplinato dall’art. 79, comma 5 *quater*, del “primo codice”, ma non più disciplinato dal “secondo codice”) si debba ora ragionevolmente determinare in quindici giorni, termine previsto dal vigente art. 76, comma 2, del “secondo codice” per la comunicazione delle ragioni dell’aggiudicazione su istanza dell’interessato (Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251; Sez. V, 2 settembre 2019, n. 6064; Sez. V, 13 agosto 2019, n. 5717, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1540).

Similmente a quanto deciso in giurisprudenza in sede di interpretazione dell’art. 120, comma 5, del c.p.a. nel periodo di vigenza dell’art. 79 del “primo codice”, si è altresì ribadito che, qualora l’Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l’accesso o impedisca con comportamenti dilatori l’immediata conoscenza degli atti di gara, il termine per l’impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l’interessato li abbia conosciuti (Cons. Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1540).

20. Per una seconda impostazione, l’abrogazione dell’art. 79 del “primo codice” comporta che non abbia più rilievo il richiamo ad esso operato dall’art. 120, comma 5, del c.p.a., con le seguenti conseguenze:

- il termine di trenta giorni per l’impugnazione dell’atto di aggiudicazione decorre in ogni caso dalla ricezione della comunicazione della aggiudicazione ovvero, in mancanza, dalla conoscenza dell’aggiudicazione che l’interessato abbia comunque acquisito *aliunde*;

- non rileva più la distinzione (prima basata sull’art. 120, comma 5, dell’art. 79 del “primo codice”, ma divenuta irrilevante) tra i vizi desumibili dall’atto comunicato, per il quale il *dies a quo* decorrerebbe dalla comunicazione dell’aggiudicazione, e gli altri vizi percepibili *aliunde*, per i quali il *dies a quo* decorrerebbe dal momento dell’effettiva conoscenza (Cons. Stato, Sez. V, 28 ottobre 2019, n. 7384; Sez. IV, 23 febbraio 2015, n. 856; Sez. V, 20 gennaio 2015, n. 143);

- la conoscenza dei vizi dell’aggiudicazione, successiva alla sua comunicazione, consente la proponibilità dei motivi aggiunti.

(*omissis*)

22. Passando all’esame delle questioni rilevanti in questa sede, ritiene l’Adunanza Plenaria che, tra le due soluzioni

sino ad ora prospettate dalla giurisprudenza, vada seguita quella sopra esposta al par. 19.

(*omissis*)

24. Tale constatazione non esaurisce però la definizione dei quesiti sollevati dall’ordinanza di rimessione.

Infatti, l’art. 76 del “secondo codice” non contiene specifiche regole sull’accesso informale, in precedenza consentito per le procedure di gara dall’art. 79, comma 5 *quater*, del “primo codice” (che contribuiva a dare un compiuto e prevedibile significato all’art. 120, comma 5, del c.p.a.).

25. Ritiene l’Adunanza Plenaria che - a seguito della mancata riproduzione nel “secondo codice” di specifiche disposizioni sull’accesso informale agli atti di gara - rilevino le disposizioni generali sull’accesso informale, previste dall’art. 5 del regolamento approvato con il d.P.R. n. 184 del 2006.

25.1. Queste sono divenute applicabili per gli atti delle procedure di gara in questione a seguito della abrogazione delle disposizioni speciali, previste dall’art. 79, comma 5 *quater*, del “primo codice”.

25.2. L’Amministrazione aggiudicatrice deve consentire all’impresa interessata di accedere agli atti, sicché - in presenza di eventuali suoi comportamenti dilatori (che non possono comportare suoi vantaggi processuali, per il principio della parità delle parti) - va ribadito quanto già affermato dalla giurisprudenza sopra richiamata al par. 19, per la quale, qualora l’Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l’accesso o impedisca con comportamenti dilatori l’immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati), il termine per l’impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l’interessato li abbia conosciuti.

26. Ritiene inoltre l’Adunanza Plenaria che, per la individuazione della decorrenza del termine per l’impugnazione, rileva anche l’art. 29, comma 1, ultima parte, del “secondo codice”, per il quale “i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente”.

L’impresa interessata - che intenda proporre un ricorso - ha l’onere di consultare il “profilo del committente”, dovendosi desumere la conoscenza legale degli atti dalla data nella quale ha luogo la loro pubblicazione con i relativi allegati (data che deve costantemente risultare dal sito). (*omissis*)

28. Le considerazioni che precedono sono corroborate dall’esame dell’art. 2 *quater* della direttiva n. 665 del 1989 e della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea.

28.1. L’art. 2 *quater* della direttiva n. 665 del 1989 ha disposto che il termine “per la proposizione del ricorso” - fissato dal legislatore nazionale - comincia “a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell’Amministrazione aggiudicatrice è stata inviata” al partecipante alla gara, “accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti”.

(*omissis*)

30. I principi che precedono risultano conformi alle “esigenze di celerità dei procedimenti di aggiudicazione di affidamenti di appalti pubblici”, sottolineate dall’ordinanza di rimessione.

Tali esigenze:

- sono state specificamente valutate dal legislatore in sede di redazione dapprima dell'art. 245 del "primo codice" (come modificato dal D.Lgs. n. 53 del 2010) e poi dell'art. 120, commi 1 e 5, del c.p.a. (con le connesse regole sopra richiamate della esclusione della proponibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e della fissazione del termine di trenta giorni, ancorata per quanto possibile ad una "data oggettivamente riscontrabile");

- sono concretamente soddisfatte - anche nell'ottica della applicazione dell'art. 32, comma 9, del "secondo codice" sullo *stand still* - in un sistema nel quale le Amministrazioni aggiudicatrici rispettino i loro doveri sulla trasparenza e sulla pubblicità, previsti dagli articoli 29 e 76 del "secondo codice", fermi restando gli obblighi di diligenza ricadenti sulle imprese, di consultare il "profilo del committente" ai sensi dell'art. 29, comma 1, ultima parte, dello stesso codice e di attivarsi per l'accesso informale, ai sensi dell'art. 5 del d.P.R. n. 184 del 2006, da considerare quale "normativa di chiusura" anche quando si tratti di documenti per i quali l'art. 29 citato non prevede la pubblicazione (offerte dei concorrenti, giustificazioni delle offerte).

31. L'ordinanza di rimessione ha posto anche una ulteriore specifica questione (concretamente rilevante per la definizione del caso di specie), sul se il "principio della piena conoscenza o conoscibilità" (per il quale in materia il ricorso è proponibile da quando si sia avuta conoscenza del contenuto concreto degli atti lesivi o da quando questi siano stati pubblicati sul "profilo del committente") si applichi anche quando l'esigenza di proporre il ricorso emerga dopo aver conosciuto i contenuti dell'offerta dell'aggiudicatario o le sue giustificazioni rese in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Ritiene l'Adunanza Plenaria che il "principio della piena conoscenza o conoscibilità" si applichi anche in tale caso, rilevando il tempo necessario per accedere alla documentazione presentata dall'aggiudicatario, ai sensi dell'art. 76, comma 2, del "secondo codice" (come sopra rilevato ai punti 19 e 27).

Poiché il termine di impugnazione comincia a decorrere dalla conoscenza del contenuto degli atti, anche in tal caso non è necessaria la previa proposizione di un ricorso "al buio" [*in abstracto*], nella terminologia della Corte di Giustizia, e di per sé destinato ad essere dichiarato inammissibile, per violazione della regola sulla specificazione dei motivi di ricorso, contenuta nell'art. 40, comma 1, lettera d), del c.p.a.], cui dovrebbe seguire la proposizione di motivi aggiunti.

32. Sulla base delle considerazioni che precedono, l'Adunanza Plenaria ritiene di affermare i seguenti principi di diritto:

"a) il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del D.Lgs. n. 50 del 2016;

b) le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del D.Lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale;

c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione;

e) sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati". (*omissis*)

L'Adunanza plenaria sul termine di decorrenza per l'impugnazione degli atti di gara di Massimo Santini (*)

Il presente lavoro si pone come obiettivo quello di ricostruire la trama normativa e giurisprudenziale che ha portato, nel tempo, ad individuare il momento (o meglio i momenti) in cui si innesca l'onere di impugnare gli atti di gara e, in particolare, quello relativo alla aggiudicazione finale. Se il D.Lgs. n. 163 del 2006, con l'ausilio della giurisprudenza, era in qualche modo riuscito a ricavare un certo equilibrio tra esigenze di speditezza delle procedure di gara ed effettività della tutela (e ciò anche grazie alla tesi della "dilazione temporale"), il successivo D.Lgs. n. 50 del 2016, per via della eliminazione di alcuni istituti prima ritenuti essenziali per il mantenimento di un simile equilibrio (accesso semplificato ed

(*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

accelerato), rischia seriamente di compromettere gli obiettivi di ulteriore semplificazione che pure si era prefissato. In questo difficile quadro regolatorio assume una certa importanza l'intervento della Adunanza plenaria (in uno con le riflessioni a suo tempo formulate nella ordinanza di rimessione della Quinta Sezione del Consiglio di Stato): esso risulta infatti diretto ad assicurare, in qualche misura, un nuovo assetto procedimentale e processuale in base al quale individuare "tempi" e soprattutto "momenti" certi di reazione processuale rispetto ad atti di gara che si rivelino non solo sfavorevoli ma anche eventualmente pregiudizievoli.

Il fatto

Il G.S.E. (Gestore dei servizi energetici) avviava una procedura di gara per l'aggiudicazione del servizio di pulizia presso gli uffici del proprio gruppo societario. In esito alla procedura stessa, la seconda classificata proponeva ricorso in quanto la aggiudicataria del servizio non avrebbe avuto diritto alla attribuzione di due ulteriori punti, con riguardo al punteggio dell'offerta tecnica, per il criterio di valutazione concernente la "rumorosità degli aspirapolveri" (il suddetto punteggio aggiuntivo era previsto per attrezzature con potenza sonora inferiore a 60 decibel, laddove il prodotto offerto dalla controinteressata avrebbe avuto al contrario una potenza di 70 decibel).

Il ricorso veniva dichiarato irricevibile in primo grado in quanto l'atto di aggiudicazione sarebbe stato pubblicato sul profilo del committente in data 29 ottobre 2018, per essere poi comunicato via PEC alla ricorrente in data 6 novembre 2018 e da quest'ultima impugnato il 6 dicembre 2018. Il T. A.R. per il Lazio reputava in altre parole che il termine di 30 giorni per l'impugnazione decorresse, nel caso di specie, dal momento della pubblicazione dell'atto di aggiudicazione sul profilo del committente (29 ottobre 2018) e non dalla comunicazione individuale del medesimo provvedimento (6 novembre 2018).

La sentenza di primo grado veniva dunque appellata davanti al Consiglio di Stato il quale, con ordinanza della quinta sezione 2 aprile 2020, n. 2215, decideva di rimettere la questione alla Adunanza Plenaria sulla base delle considerazioni di seguito meglio illustrate.

Sintesi dell'ordinanza di rimessione e della pronuncia della Adunanza plenaria

Tema centrale è dunque costituito dalla esatta individuazione del termine per impugnare l'atto finale

della procedura di gara, ossia l'aggiudicazione. Si anticipa sin da ora che il presente lavoro, anche per ragioni di ovvia economia espositiva, non potrà riguardare il tema delle impugnazioni del bando nonché delle ammissioni/esclusioni.

Due sono i principi che spesso entrano in conflitto per la risoluzione di una siffatta problematica: da un lato la speditezza e la celerità delle procedure di evidenza pubblica; dall'altro lato l'effettività e la pienezza della tutela giurisdizionale.

Sulla corretta individuazione del *dies a quo* per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione si confrontano due tesi: un primo tradizionale orientamento (formalista) che si basa sulla conoscenza degli elementi essenziali del provvedimento (avvenuta aggiudicazione e nominativo aggiudicatario); un secondo più recente orientamento (sostanzialista) che si incentra invece sulla nozione di "comunicazione completa ed esaustiva dell'aggiudicazione", contenente ossia - quanto meno - le ragioni di preferenza e le caratteristiche fondamentali dell'offerta del soggetto aggiudicatario. Ciò allo scopo di "poter esercitare consapevolmente un'azione giurisdizionale" (1). Si anticipa sin da ora come la plenaria abbia in sostanza abbracciato quest'ultimo orientamento.

Un simile confronto si snoda, secondo una possibile ricostruzione di chi scrive, attraverso almeno tre direttrici tematiche: a) la prima di esse riguarda il *contenuto* più o meno ampio della comunicazione (2); b) la seconda si concentra invece sull'istituto dell'*accesso agli atti*, cui sovente si ricorre proprio per avere una conoscenza integrale degli atti e del procedimento di gara (verbali, offerta tecnica e spesso giudizio di anomalia) ed a cui *naturaliter* si ricollega il meccanismo processuale dei *motivi aggiunti ex art. 43 c.p.a.*, diretto in quanto tale ad evidenziare ulteriori vizi prima non altrimenti conosciuti né conoscibili; c) la terza si riferisce infine alle

(1) La distinzione in senso formale e sostanziale tra i due orientamenti si rinviene in S.S. Scoca, *Contratti pubblici: l'effettività della tutela tra formalismo e sostanzialismo*, in *Giur. it.*, 2015, 3, 698.

(2) Oppure della pubblicazione, qualora si acceda alla tesi per cui - come più avanti si avrà modo di osservare - anche tale momento possa in qualche misura essere preso in considerazione alla stregua di *dies a quo*.

diverse *modalità informative* (3) con cui il soggetto non aggiudicatario può venire a conoscenza del provvedimento conclusivo - a lui ovviamente non favorevole - nonché di tutti gli atti relativi all'intero procedimento di gara.

Su ciascuna di tali aree tematiche si avrà modo più avanti di svolgere maggiori e più puntuali approfondimenti, sia sulla base di quanto considerato dalla Adunanza plenaria con la decisione in commento (in uno con i relativi quesiti della quinta sezione, dato che questi ultimi sono stati tutti pressoché condivisi), sia sulla base di quanto sino ad ora affermato dalla giurisprudenza e dalla dottrina. In queste prime battute ci si limita ad evidenziare quanto di seguito indicato.

Sulla prima direttrice la Adunanza plenaria sembra privilegiare la tesi più sostanzialista secondo cui è necessario, allo scopo di individuare tale momento di decorrenza, che il provvedimento di aggiudicazione rechi non solo il dispositivo ma anche un *quid minimum* informativo (caratteristiche e vantaggi dell'offerta prescelta dalla stazione appaltante) (4).

Sulla seconda direttrice tematica (accesso agli atti e motivi aggiunti) la stessa plenaria pone in evidenza la probabile differenza, almeno sul piano della diversa estensione oggettiva, tra l'art. 76 dell'attuale Codice dei contratti e l'art. 79 del vecchio Codice (D.Lgs. n. 163 del 2006). Con il venir meno dell'accesso semplificato e accelerato di cui al comma 5 *quater* dell'art. 79, infatti, lo stesso bagaglio informativo prima assicurato non risulterebbe più ulteriormente garantito con l'attuale art. 76: di qui la concreta possibilità che a tale forma di accesso *semplificato* (ma non più *accelerato*) possa fare seguito una ulteriore domanda di accesso ordinario ai sensi dell'art. 22, L. n. 241 del 1990 (la plenaria pone un particolare accento anche sull'accesso "informale" di cui all'art. 5 del d.P.R. n. 184 del 2006) onde acquisire maggiori e più approfondite informazioni, con tutte le conseguenze in termini di allungamento dei tempi di attesa amministrativa e di conseguente reazione processuale.

Quanto infine alla terza direttrice tematica, dopo avere ricostruito il quadro normativo di riferimento la stessa plenaria fa presente che, a tal fine, potrebbero essere utilmente prese in considerazione non solo le comunicazioni individuali previste dall'art. 76 del Codice dei contratti ("su richiesta" nonché "d'ufficio") ma anche altre forme comunque idonee a consentire una certa "piena conoscenza" del provvedimento di aggiudicazione, e tra queste proprio la pubblicazione *online* sul sito della stazione appaltante (art. 29, D.Lgs. n. 50 del 2016).

Nel penultimo paragrafo del presente lavoro si avrà modo infine di soffermarsi, più diffusamente, sui diversi punti evidenziati dalla decisione della Adunanza plenaria.

Il tema introduttivo

Come già anticipato, sul tema del *dies a quo* per la impugnazione dell'aggiudicazione di appalti pubblici occorre realizzare un adeguato bilanciamento tra la *ratio* acceleratoria del c.d. "rito appalti" (5) ed i canoni di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost. e all'art. 47 della Carta di Nizza.

In questa direzione: da un lato occorre evitare il grave inconveniente di rendere "mobile" ed incerto il *dies a quo* per la proposizione del ricorso in una materia di sì rilevante interesse pubblico come quella degli appalti, materia ove il legislatore ha da tempo introdotto un rito accelerato connotato da evidenti tratti di marcata specialità (6).

Per il diritto eurounitario, dall'altro lato, se la regola è data dal principio di autonomia processuale nazionale (le norme di decadenza processuale sono in altre parole stabilite dal diritto nazionale), l'eccezione è invece costituita dal rispetto, in ogni caso, dei principi di non discriminazione e di effettività della tutela. E la piena osservanza del secondo principio richiede, in particolare, che il diritto processuale nazionale non renda difficile o addirittura impossibile l'esercizio di un diritto riconosciuto dall'Unione (7).

(3) Comunicazioni ex art. 76, D.Lgs. n. 50 del 2016 oppure pubblicazione *online* ai sensi dell'art. 29 dello stesso Codice dei contratti.

(4) Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 14 giugno 2017, n. 2925, in *Foro amm.*, 2017, 1227, ove si parla anche di "un minimo contenutistico".

(5) Si vedano al riguardo i considerando 25 e 27 della Dir. 2007/66.

(6) Così T.A.R. Toscana, Sez. I, 17 ottobre 2018, n. 1348, in *laministrativista.it*, 18 ottobre 2018. Non è un caso che la Corte di giustizia abbia infatti avuto modo di osservare che: "la completa realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva 89/665 sarebbe compromessa se ai candidati ed offerenti fosse

consentito far valere in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione infrazioni alle regole di aggiudicazione, obbligando quindi l'amministrazione aggiudicatrice a ricominciare l'intero procedimento al fine di correggere tali infrazioni" (cfr., sul punto, Corte di Giustizia UE, Sez. III, 28 gennaio 2010, causa C-406/08, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2010, 545, con nota di Carullo; in *Foro amm.* - *Cons. Stato*, 2010, 22; in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2010, 888 (m), con nota di Vimborgati; in *Riv. amm. appalti*, 2010, 30 (m)).

(7) Si veda sul punto la accurata analisi di I. Grossi, *Il rito super accelerato supera il vaglio della Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 2019, 2, 175.

Punto di incontro tra le due diverse se non opposte esigenze può dunque trovarsi in talune affermazioni della giurisprudenza secondo cui “ricorsi efficaci e tempestivi contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici” passano necessariamente “attraverso la comunicazione dell’atto di affidamento nella sua forma integrale” (8).

Il contenuto della comunicazione (prima direttrice tematica): il modello della “dilazione temporale”

Come rammentato dalla Adunanza plenaria e prima ancora dalla rimettente quinta sezione, secondo la tesi più tradizionale (formalista) il termine di impugnazione decorrerebbe in ogni caso dalla comunicazione della avvenuta aggiudicazione (ora art. 76 del nuovo Codice dei contratti) (9). In questa ipotesi, la tutela giurisdizionale nei confronti dei vizi conosciuti soltanto in un secondo momento - e non per ragioni imputabili al ricorrente stesso - sarebbe comunque garantita per via dell’istituto dei motivi aggiunti (art. 43 c.p.a.) (10).

La tesi, come rammentato nella stessa ordinanza in commento, ha formato oggetto di diverse critiche in sede eurounitaria ad opera della Corte di Giustizia UE. È stato al riguardo progressivamente affermato che: a) la fissazione di brevi e perentori termini di ricorso consentono di realizzare l’obiettivo di celerità perseguito dalla Dir. n. 89/665; b) la Dir. 89/665/CEE (c.d. Direttiva Ricorsi) esige che il termine per proporre un ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici “decorra dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della violazione stessa” (principio di effettività della tutela giurisdizionale); c) ed infatti: “Solamente dopo essere venuto a conoscenza dei motivi per i quali è stato escluso dalla procedura di

aggiudicazione di un appalto, il candidato o l’offerente interessato potrà formarsi un’idea precisa in ordine all’eventuale esistenza di una violazione delle disposizioni in materia di appalti pubblici e sull’opportunità di proporre ricorso”; d) i provvedimenti impugnati debbono dunque essere “accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti tale da garantire che detti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell’Unione dagli stessi lamentata” (11); e) qualora le disposizioni nazionali non si attengano a tale principio, “il giudice nazionale sarebbe tenuto a disapplicarle, al fine di applicare integralmente il diritto comunitario e di proteggere i diritti che questo attribuisce ai singoli”; f) in questa direzione, il giudice stesso dovrebbe provvedere a prorogare il termine di impugnazione (proroga *iussu iudicis* del termine di impugnazione) (12); g) la possibilità di proporre motivi aggiunti “non costituisce sempre un’alternativa valida di tutela valida effettiva”. Ciò in quanto gli offerenti sarebbero in tal caso “costretti a impugnare in *abstracto* la decisione di aggiudicazione dell’appalto, senza conoscere, in quel momento, i motivi che giustificano tale ricorso” (13). A quest’ultimo proposito si vedano proprio le considerazioni della Adunanza plenaria nella parte in cui (punto n. 31) evidenzia che simili ricorsi (“al buio”) risultano peraltro spesso suscettibili di inammissibilità per genericità dei motivi [art. 40, comma 1, lettera c), c.p.a.]. La Corte di Giustizia ha dunque nel tempo sposato la tesi per cui è essenziale conoscere i motivi della decisione onde poterne valutare, in concreto, il relativo contenuto. Tali motivi debbono essere conosciuti prima della proposizione del ricorso proprio al fine di decidere, in radice, se proporre o meno lo stesso (14).

Una simile impostazione sembra del resto essere stata trasfusa: sia nella Dir. 2014/24/UE nella parte in cui, al considerando n. 82, si richiama proprio la Direttiva

(8) Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 14 marzo 2012, n. 1428, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2012, 569.

(9) E ciò per la sconosciuta distinzione, nel nostro ordinamento, tra vizi percepibili “dal provvedimento” comunicato e vizi percepibili *aliunde*.

(10) In tal senso, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, n. 3298 del 2004, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2004, 1383.

(11) I principi *sublett.* a) e d) sono contenuti nell’ord. 14 febbraio 2019, Sez. IV, in causa C-54/18, *Cooperativa Animazione Valdocco* (in *Foro it.*, 2019, IV, 431, con nota di Condorelli; in questa *Rivista*, 2019, 175, con nota di Grossi; in *Giur. it.*, 2019, 1168, con nota di Gallo; in *Rass. avv. Stato*, 2018, fasc. 4, 27; in *Riv. giur. edilizia*, 2019, I, 276; in *Riv. giur. edilizia*, 2019, I, 485, con nota di Tagliaretti; in *Foro amm.*, 2019, 187), adottata in materia di rito superaccelerato, poi frutto di abrogazione per mano del D. Lgs. n. 32 del 2019. Si vedano al riguardo le considerazioni C.E. Gallo, *Rito superspeciale nei contratti pubblici - La compatibilità europea*

del rito superspeciale in materia di contratti pubblici, in *Giur. it.*, 2019, 5, 1168, cit. Secondo l’autore tale decisione potrà in ogni caso avere “effetti dirompenti”, per quanto attiene all’orientamento sostanzialista, anche sul resto dell’ordinamento.

(12) I principi b), c), e) ed f) sono in particolare contenuti nella sentenza 28 gennaio 2010, Sez. III, in causa C-406/08, *Uniplex*, cit. La “relazione sintetica dei motivi pertinenti”, dopotutto, è prevista proprio dall’art. 2 *quater* della Dir. 89/665/CE.

(13) Il principio g) è specificamente contenuto nella sentenza 8 maggio 2014, Sez. V, in causa C-161/13, *Idrodinamica Spurgo*, in *www.curia.europa.eu*, 2014; in *Giurisdiz. amm.*, 2013, ant., 961; in questa *Rivista*, 2014, 1021, con nota di De Nictolis; *Nuovo notiziario giur.*, 2015, 205, con nota di Barbieri.

(14) Si vedano in tal senso le ampie considerazioni di G. Carullo, *Appalti: il termine di ricorso fra incertezze interpretative e riforme legislative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2010, 553, cit.

ricorsi 89/665/CE con riguardo alla esigenza “di fornire agli offerenti e ai candidati interessati una relazione sintetica dei motivi di alcune delle decisioni centrali prese nel corso di una procedura d'appalto”; sia, con ancora maggior chiarezza, nell'art. 2 *quater* della stessa Dir. 89/665/CEE (disposizione questa introdotta dalla Dir. 2007/66/CE), laddove si stabilisce che: “La comunicazione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice ad ogni offerente o candidato è accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti”.

A ben vedere, prima ancora dei giudici comunitari era stata autorevole dottrina interna a porre alcune riserve sulla bontà della tesi formalista. Tali critiche si concentravano, in particolare, sul fatto che il concetto di lesività viene normalmente inteso nel senso di effetto pregiudizievole per l'interesse del soggetto mentre, in realtà, la lesione sussiste soltanto qualora il pregiudizio risulti altresì illegittimo. Ed infatti, intanto l'atto è lesivo in quanto sia illegittimo, poiché se la lesione è inferta *iure* ricorre lo schema del “sacrificio” e non della “lesione” (15). In altre parole: non è sufficiente la notizia della esistenza di un provvedimento e del suo carattere sfavorevole per il destinatario. Occorre conoscerne il contenuto per poter valutare se l'atto medesimo, oltre che sfavorevole, è anche illegittimo (16). È dunque “l'iter logico-motivazionale seguito dalla stazione appaltante nella valutazione delle offerte” (17), in buona sostanza, che occorre acquisire onde avere piena conoscenza della “lesione” e non solo del “sacrificio”.

A questo punto, dopo le critiche della dottrina e le indicazioni del giudice comunitario si affaccia, sullo scenario, l'orientamento maggiormente sostanzialista: il termine per ricorrere decorre soltanto dalla piena conoscenza del provvedimento o meglio dalla sua “conoscenza integrale” (18). Come pure affermato dalla giurisprudenza amministrativa (19),

un termine di impugnazione così breve (30 giorni) deve necessariamente avere come contraltare la disponibilità di “informazioni adeguatamente dettagliate in ordine alle caratteristiche dell'offerta dell'aggiudicatario”, sì da poter effettivamente “articolare difese compiute” e “con piena cognizione di causa” (20). Deve essere in altre parole fornito, al concorrente che subisce un simile “sacrificio” (mancata aggiudicazione commessa), un “*quid minimum* conoscitivo necessario per supportare la consapevole proposizione di un ricorso”. Il concorrente non aggiudicatario, più specificamente, deve poter apprezzare non soltanto la lesività dell'intervenuta aggiudicazione (o meglio il “sacrificio” della mancata aggiudicazione in suo favore) ma anche la eventuale “illegittimità commessa in proprio danno”.

Ne consegue che, come pure affermato in sede eurounitaria, il termine per la proposizione del ricorso in materia di appalti non può essere semplicemente fatto decorrere dal momento della mera notizia, in sé, dell'atto che priva il concorrente del bene della vita, bensì da quello in cui il medesimo è venuto altresì a conoscenza della presunta violazione della normativa posta a fondamento dell'aggiudicazione stessa (“consapevolezza dei vizi”).

In siffatta direzione il c.d. “contenuto minimo indeffettibile” è dunque costituito, quanto meno, dagli elementi di cui all'art. 79 del vecchio Codice dei contratti (relazione su caratteristiche e vantaggi dell'offerta selezionata), e tanto proprio allo scopo di consentire all'interessato di effettuare una “scelta processuale consapevole”.

Di qui anche la possibile distinzione tra “elementi essenziali” (solo dispositivo atto) e “contenuto essenziale” (sintesi su *iter* logico-giuridico seguito dalla PA), laddove la *piena conoscenza* si ricollega anche al secondo e non soltanto ai primi.

Si è andato così affermando, per tale via, il modello della “dilazione temporale” (21).

(15) S. Raimondi, *La “piena conoscenza” ai fini della decorrenza del termine per ricorrere*, Relazione al convegno “Il cittadino e la pubblica amministrazione” (Giornate di studi in onore di Guido Corso, Palermo 12-13 dicembre 2014), il quale richiama a sua volta E. Cannada Bartoli, *Decorrenza dei termini e possibilità di conoscenza dei vizi*, in *Foro amm.*, 1961, parte I, 1085.

(16) S. Raimondi, *La “piena conoscenza”*, cit.

(17) T.A.R. Lombardia, Sez. I, 10 settembre 2018, n. 2056, in *Riv. giur. edilizia*, 2018, 5, I, 1370.

(18) Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 14 gennaio 2019, n. 349.

(19) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2017, n. 592, in *Foro amm.*, 2017, 306; in *Appalti & Contratti*, 2017, fasc. 3, 88.

(20) Corte di Giustizia UE, Sez. IV, ord. 14 febbraio 2019, C-54/18 - *Cooperativa Animazione Valdocco*, cit.

(21) Indirizzo questo sostanzialmente inaugurato con la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 1° settembre 2011, n. 4895, in *Riv. amm. appalti*, 2012, 45, con nota di Buquicchio, e poi

confermato con l'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 790, in *Giurisdiz. amm.*, 2012, ant., 870; in *Arch. giur. oo. pp.*, 2013, 279. È noto, poi, che l'Adunanza Plenaria abbia deciso di non esprimersi sui predetti quesiti della sesta sezione dal momento che il T.A.R. per la Puglia aveva ritenuto di sollevare analogo - ma non identica, a sommo parere di chi scrive - questione dinanzi alla Corte di Lussemburgo. Questione poi sfociata nella decisione della Corte di Giustizia UE, Sez. V, 12 marzo 2015, n. 538, in *www.curia.europa.eu*, 2015; in questa *Rivista*, 2015, 893, con nota di Viviani; in *Giurisdiz. amm.*, 2015, ant., 909; in *Guida dir.*, 2015, fasc. 16, 92, con nota di Ponte; *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2015, 407; in *Nuovo notiziario giur.*, 2016, 615, con nota di Barbieri. È altrettanto noto, in ogni caso, come una simile impostazione sia stata fatta propria, nel tempo, da un pacifico orientamento giurisprudenziale. Si veda in tal senso: Cons. Stato, Sez. III, 21 marzo 2016, n. 1143, in *Foro amm.*, 2016, 560; Cons. Stato, Sez. III, 25 novembre 2014, n. 5830 (in *Uff. studi*,

Decisivo, in questo senso, si è rivelato il ruolo (evidenziato anche dalla plenaria con la decisione in rassegna) dell'istituto dell'accesso semplificato ed accelerato di cui all'art. 79, comma 5 *quater*, *ratione temporis* vigente ed in base al quale l'interessato, una volta ricevuta la comunicazione di aggiudicazione in favore di altro offerente poteva avere accesso, nel termine massimo di dieci giorni dalla ricezione della comunicazione stessa, a tutti gli atti della procedura di gara senza richiesta espressa e senza formalità. A quel dato momento (dieci giorni dalla comunicazione) per effetto della predetta procedura di accesso semplificato ed accelerato si sarebbe dovuta infatti consolidare una certa "presunzione di conoscenza integrale" degli atti di gara, sì da poter far utilmente scattare il termine decadenziale di 30 giorni a tal fine prescritto.

Pertanto, qualora la presunta violazione di disposizioni comunitarie e nazionali non sia direttamente percepibile dal contenuto della comunicazione d'ufficio ex art. 79, commi 2 e 5, del vecchio Codice dei contratti (disposizione, questa, ora trasfusa entro certi limiti nell'art. 76 nuovo Codice), il termine di 30 giorni dovrebbe essere incrementato di un numero di giorni pari a quelli necessari per avere accesso, su richiesta di parte, agli ulteriori atti della procedura secondo quanto previsto dal predetto art. 79, comma 5 *quater*. Di qui la nuova configurazione di un termine di decorrenza pari a complessivi 40 giorni (10 giorni per la "conoscenza integrale", quanto meno presunta, degli atti di gara + 30 per la predisposizione del ricorso) a decorrere dalla comunicazione individuale d'ufficio ex art. 79, commi 2 e 5, del vecchio Codice dei contratti.

La "dilazione temporale", come è evidente, si traduce in una sorta di proroga *iussu iudicis* in base al quale il termine decadenziale breve (di trenta giorni) "slitta in avanti" (*rectius*: dev'essere prorogato; va incrementato) di un numero di giorni pari a quelli che si sono resi necessari per acquisire la piena conoscenza degli atti (22). E tanto proprio sulla base di quanto a suo tempo auspicato dalla stessa Corte di Giustizia UE (23).

Peraltro secondo la stessa giurisprudenza (si veda la stessa decisione in commento al punto n. 19) la dilazione temporale può ora ragionevolmente essere

fissata nei quindici giorni previsti dal comma 2 dell'art. 76 del D.Lgs. n. 50 del 2016 (nuovo Codice dei contratti), appositamente concepito per la comunicazione delle ragioni dell'aggiudicazione su istanza dell'interessato (24). Con l'unica avvertenza che, come anche più avanti si avrà modo di appurare, le informazioni ottenibili con tale forma peculiare di "accesso" non potranno più estendersi a tutti gli atti della procedura ma soltanto a caratteristiche e vantaggi dell'offerta selezionata (dunque il bagaglio informativo si restringe, in qualche misura).

Quello della "dilazione temporale" non è comunque un modello del tutto sconosciuto al nostro ordinamento interno. Di esso si trova infatti già traccia, sebbene in ordine a settori diversi dagli appalti, nel dibattito giurisprudenziale che nel tempo si è sviluppato attorno alla nozione di "motivazione *per relationem*". È stato al riguardo affermato, infatti, che la decorrenza del termine di impugnazione presuppone la consapevolezza dei vizi che rendono il provvedimento sfavorevole non soltanto *incidente* in senso sfavorevole sulla sfera giuridica dell'interessato ma anche *lesivo* ossia pregiudizievole della stessa. Con la conseguenza che la mancata osservanza degli obblighi sottesi alla motivazione "*per relationem*" (ossia: tempestiva allegazione o messa a disposizione di atti e documenti dal cui contenuto è ricavabile l'*iter* logico e giuridico intrapreso dalla PA per la adozione di un dato provvedimento) produce come effetto non la illegittimità dell'atto in sé ma, piuttosto, la mancata acquisizione della conoscenza circa la eventuale sua lesività in capo al diretto destinatario: in tutti questi casi il relativo termine di impugnazione non comincia dunque a decorrere ma viene spostato in avanti, ossia fino alla piena conoscenza degli atti richiamati nel provvedimento (25). La tesi sostanzialista si era pertanto già da tempo affermata nel nostro ordinamento, ma in ordine a diversi ambiti.

Una simile evenienza (motivazione *per relationem* del provvedimento di aggiudicazione) è peraltro molto comune in un ambito come quello degli appalti pubblici ove peculiarità e complessità del procedimento di gara danno luogo a provvedimenti altrettanto articolati che non possono ragionevolmente essere formati dal solo atto di aggiudicazione in senso formale ma risultano altresì integrati, in chiave

mass. e formaz. giust. amm., 2014; in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2014; in questa *Rivista*, 2015, 476); Cons. Stato, Sez. III, 28 agosto 2014, n. 4432, in *Appalti & Contratti*, 2014, fasc. 9, 70.

(22) Cons. Stato, Sez. III, 22 luglio 2016, n. 3308.

(23) R. De Nicolis, *La Corte UE sulla decorrenza del termine*, in questa *Rivista*, 2014, 1021, cit.

(24) In questo senso si veda: Cons. Stato, Sez. III, 21 novembre 2019, n. 7935; Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251, in *Guida dir.*, 2019, fasc. 42, 98, con nota di Ponte; Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2018, n. 6725, in *Foro amm.*, 2018, 1938.

(25) Cons. Stato, Sez. VI, 25 settembre 2002, n. 4879, in *Foro amm.* - *Cons. Stato*, 2002, 2159; più di recente si veda anche T.A. R. Napoli, Sez. VII, 4 giugno 2014, n. 3069.

sostanziale, da tutta la documentazione in essi richiamata, per l'appunto, *ob relationem*. Dunque un provvedimento "composito" ove confluisce una serie organizzata di atti e documenti (verbali di gara, documentazione prodotta dai concorrenti, valutazioni della commissione e del RUP, pareri legali, etc.) spesso soltanto richiamata ma non anche debitamente allegata: il che innesca la necessità di acquisire talune ulteriori informazioni onde pervenire ad una conoscenza, anche minima, del percorso logico e giuridico che ha seguito la stazione appaltante prima di addivenire ad una certa decisione.

Il descritto modello della "dilazione temporale", occorre infine evidenziare, risulta inoltre suscettibile di subire modifiche per via di alcune variabili indipendenti. Tali variabili si riverberano sui criteri di calcolo del termine di decorrenza. Più in particolare: a) il ridetto termine di complessivi 40 giorni deve essere correlativamente ridotto nelle ipotesi in cui, effettuato l'accesso semplificato agli atti della gara, la relativa documentazione sia stata resa disponibile in un termine inferiore rispetto a quello di dieci giorni (ora quindici); b) se la stazione appaltante rifiuta l'accesso (oppure lo differisce per ragioni per lo più legate alla segretezza commerciale dell'offerta tecnica) il potere di impugnare "non si consuma" ed il termine di impugnazione, in altre parole, non comincia a decorrere (26). Tale principio è stato peraltro ribadito dalla Adunanza plenaria con la decisione in rassegna (punto n. 25.2.); c) si presuppone comunque la "normale diligenza" dell'interessato. Questi deve infatti avere esperito tutte le azioni necessarie onde reperire ogni indispensabile informazione (27). E ciò attraverso gli strumenti normativamente contemplati [accesso agli atti e, in particolare, accesso semplificato *ex art.* 76, comma 2, lett. b)] (28). Ci si deve trovare, in altre parole, dinanzi ad "un'offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente" (29). Di conseguenza, ogni eventuale giorno di ritardo del concorrente non aggiudicatario che intenda accedere agli atti deve essere computato, a suo carico, sul termine complessivamente utile per proporre gravame (30).

Va dunque operato, in conclusione, un calcolo complesso ed articolato in base al quale ai 30 giorni *ex art.* 120, comma 5, c.p.a., vanno *aggiunti* 15 giorni necessari per la comunicazione *ex art.* 76, comma 2 (oppure quelli eventualmente *inferiori* se la PA risponde prima del 15mo giorno dalla richiesta di accesso semplificato). Occorrerà poi ulteriormente *aggiungere*, a tale complessivo termine, tutti i giorni eventualmente superiori al quindicesimo che la PA ha impiegato per consentire l'accesso effettivo agli atti richiesti nonché *sottrarre*, se del caso, i giorni "a carico" del ricorrente, pari ossia al tempo impiegato tra la comunicazione di aggiudicazione e la domanda di accesso.

L'accesso agli atti e gli eventuali motivi aggiunti (seconda direttrice tematica)

L'orientamento della c.d. "dilazione temporale" ha altresì affermato, tra i suoi corollari, che "se la parte ha già proposto ricorso avverso l'aggiudicazione, può proporre motivi aggiunti, ai sensi dell'art. 43, cod. proc. amm., nell'ulteriore termine, che può essere al massimo di dieci giorni, per vizi rilevati dagli atti successivamente conosciuti attraverso l'accesso agli atti" (31).

Va da subito osservato come la decisione in commento non affronti direttamente anche tale profilo. Profilo che in questa sede si ritiene comunque di affrontare per ragioni di maggiore trattazione organica del tema.

Il termine di 10 giorni è stato poi sostanzialmente inteso in 15 giorni, per effetto della procedura di accesso semplificato (ma non più accelerato, come si avrà più avanti modo di vedere) di cui all'art. 76, comma 2, del nuovo Codice dei contratti. Si veda in questo senso proprio il punto n. 19 della decisione in rassegna.

Seguendo dunque il modello tipico della "dilazione temporale": se i vizi non sono immediatamente percepibili dal provvedimento di aggiudicazione comunicato ai sensi del predetto art. 76, comma 1 (comunicazione d'ufficio), l'interessato ha diritto ad una proroga di 15 giorni per ottenere, ai sensi del successivo comma 2, un minimo di informazioni

(26) Cfr., da ultimo: Cons. Stato, Sez. V, 4 dicembre 2019, n. 8294; Cons. Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1540, in *lamministrativista.it*, 7 marzo 2019.

(27) Si vedano, sul punto della "normale diligenza", i rilievi di C. Vivani, *Termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione e diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2015, 893.

(28) Cons. Stato, Sez. V, 2 settembre 2019, n. 6064, in *Foro amm.*, 2019, 9, 1456.

(29) C. Vivani, *Termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione*, cit.

(30) T.A.R. Palermo, Sez. II, 16 ottobre 2019, n. 2404.

(31) Cons. Stato, Sez. V, 13 agosto 2019, n. 5717, in *Appalti & Contratti*, 2019, fasc. 9, 82; Cons. Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1540, cit., in *lamministrativista.it*, 7 marzo 2019; Cons. Stato, Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 718, in *lamministrativista.it*, 6 febbraio 2018; Cons. Stato, Sez. III, 28 agosto 2014, n. 4432, cit., in *Appalti & Contratti*, 2014, fasc. 9, 70.

circa l'offerta prescelta dalla stazione appaltante e notificare se del caso il ricorso introduttivo.

Qualora invece alcuni vizi siano già percepibili, e dunque si proponga il ricorso nel termine prescritto di 30 giorni dalla relativa comunicazione, mentre altri vizi vengano appresi soltanto in un momento successivo (solitamente in forza di richiesta di accesso ai sensi degli artt. 53 Codice Appalti e 22 della L. n. 241 del 1990, laddove la decisione in commento fa anche riferimento all'accesso informale di cui all'art. 5 del d. P.R. n. 184 del 2006), secondo l'orientamento descritto ad inizio paragrafo i correlati motivi aggiunti non potranno essere presentati nel termine di 30 giorni decorrenti dalla conoscenza di tali ulteriori vizi ma da quello, assai più ristretto, di 15 giorni dalla conoscenza stessa.

Trattasi in qualche modo di "diritto vivente", a parere di chi scrive, atteso che plurime sentenze del giudice di appello hanno da tempo confermato una simile impostazione: ricorrerebbe dunque il requisito dell'orientamento ormai stabilizzato (32).

Un orientamento che, occorre comunque rilevare, ha generato non pochi dubbi nella giurisprudenza di primo grado. Più in particolare, in alcuni casi è stata persino sollevata questione di costituzionalità per violazione dei principi concernenti il diritto di difesa e la effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost. Un simile ristretto termine di soli 15 giorni - si ripete: dal momento in cui, dopo la proposizione del ricorso introduttivo riguardante alcuni vizi della procedura, il ricorrente abbia avuto conoscenza di ulteriori vizi - impedirebbe la "concreta possibilità di esercitare consapevolmente il diritto di azione" dal momento che tali ulteriori vizi non erano conosciuti (né sarebbero stati altrimenti conoscibili) al momento della proposizione del ricorso (33).

L'impostazione appena descritta - al netto di ogni considerazione circa la possibile disapplicazione per violazione del diritto eurounitario (34) - si ispira con tutta probabilità a quella consolidata giurisprudenza costituzionale secondo cui, in presenza di un consolidato orientamento, il giudice "a quo" può alternativamente esercitare la facoltà di assumere

l'interpretazione censurata in termini di "diritto vivente" e di richiederne, su tale presupposto, il controllo di compatibilità con i parametri costituzionali ritenuti violati (opzione prescelta da questa prima parte della giurisprudenza) oppure di non uniformarsi a tale radicato indirizzo per proporre una sua diversa esegesi, ossia una interpretazione per l'appunto costituzionalmente orientata, "essendo la 'vivenza' della norma una vicenda per definizione aperta, ancor più quando si tratti di adeguarne il significato a precetti costituzionali" (35).

Questa seconda opzione è stata nella sostanza adottata, invece, da altra parte della giurisprudenza di primo grado la quale ha da un lato ritenuto applicabile il termine di 30 giorni anche ai motivi aggiunti (l'art. 120 c.p.a. non opererebbe infatti distinzione alcuna tra ricorso introduttivo e motivi aggiunti nel momento in cui indica la presenza di un simile "termine breve") e dall'altro lato ha comunque fatto leva sul concetto di normale diligenza per porre a carico del privato eventuali ritardi nell'attivarsi per acquisire la ostensione della necessaria documentazione di gara. In questa stessa direzione dal termine di 30 giorni, che per i motivi aggiunti scatterebbe dal momento in cui il ricorrente ha effettiva conoscenza di nuovi eventuali vizi della procedura, deve dunque essere sottratto il tempo intercorrente tra la conoscenza dell'atto lesivo (provvedimento di aggiudicazione definitiva) e la proposizione dell'istanza di accesso agli atti. Ed infatti, "il tempo che il privato abbia impiegato per l'esercizio del diritto di accesso, invero, non può valere quale immotivata proroga del termine di legge" (36).

Lo schema sopra delineato (ricorso - accesso - motivi aggiunti) si presume sarà spesso ricalcato, *de futuro*, vuoi per la soppressione del rito superaccelerato (per cui vi sarà un ricorso introduttivo contro l'ammissione/esclusione, a pena di decadenza, per poi formulare atto di motivi aggiunti contro altri elementi successivamente conosciuti come offerta tecnica, anomalia, etc.), vuoi per la minore estensione oggettiva dell'art. 76 del Codice dei contratti (su cui ci si soffermerà nel paragrafo che segue) che darà

(32) Cfr., *ex multis*, Corte cost. 2 luglio 2008, n. 242, in *Giurisdiz. amm.*, 2008, III, 581; in *Giur. costit.*, 2008, 2893.

(33) T.A.R. Puglia, Sez. Lecce, 2 marzo 2020, n. 297, ord., in *Uff. studi, mass. e formaz. giust. amm.*, News n. 30 del 16 marzo 2020. In quel caso veniva proposto ricorso, nel termine di 30 giorni dalla ricezione della comunicazione di aggiudicazione, per violazione delle disposizioni relative alla nomina dei membri della commissione di gara. Nel frattempo veniva richiesto l'accesso ai documenti che venivano tuttavia resi disponibili soltanto a circa due mesi dalla suddetta comunicazione. Da tale ostensione la parte ricorrente rilevava la presenza di ulteriori vizi (riguardanti questa

volta la congruità dell'offerta tecnica) che venivano tuttavia notificati al 16mo e non al 15mo giorno (secondo il descritto orientamento giurisprudenziale) dalla acquisizione della documentazione stessa. Di qui la sollevata eccezione di irricevibilità, da parte della difesa della stazione appaltante, e la conseguente decisione di rimessione della questione al vaglio della Consulta.

(34) Cfr. Corte di Giustizia UE, 28 gennaio 2010, Sez. III, in causa C-406/08 (*Uniplex*), cit.

(35) Cfr., *ex multis*, Corte cost. 24 ottobre 2014, n. 242, in *Giur. cost.*, 2014, 5, 4004.

(36) T.A.R. Palermo, 16 ottobre 2019, n. 2404.

luogo, come anche ipotizzato nella decisione in commento, ad un maggiore utilizzo dell'accesso di cui agli artt. 53 del Codice e 22, L. n. 241/1990 (la decisione in commento fa anche riferimento all'accesso informale di cui all'art. 5 del d.P.R. n. 184 del 2006; per quanto - va osservato - tale forma peculiare di accesso può essere esercitata, sì, ma in assenza di controinteressati).

Al netto di ciò che riterrà la Consulta sulla questione sopra descritta, a sommosso avviso di chi scrive la tesi della lettura costituzionalmente orientata, diretta ossia ad affermare la sussistenza di un termine di trenta giorni anche per i motivi aggiunti (e non di soli quindici, come pur affermato da larga parte della giurisprudenza), potrebbe tutto sommato risultare condivisibile per le ragioni di seguito sintetizzate: a) in chiave *sistemica*, è ben vero che il termine di "dieci giorni civili" dalla ricezione della comunicazione di aggiudicazione è previsto proprio dalla Direttiva ricorsi (art. 2 *quater* della Dir. 89/665/CEE, come introdotto dalla Dir. 2007/66/CE), ma è anche vero che un simile termine, proprio in quanto chiaramente derogatorio rispetto a quello ordinariamente fissato in 60 giorni dall'art. 29 c.p.a., dovrebbe essere quanto meno il frutto, come del resto lo stesso art. 120, comma 5, c.p.a., di una espressa ed inequivoca opzione legislativa di recepimento. Opzione, quella di una sostanziale "doppia dimidiazione" del termine di decadenza, non apertamente recepita dal legislatore interno e, dunque, non altrimenti qui rinvenibile; b) in chiave più eminentemente *letterale*, si potrebbe inoltre fornire una diversa interpretazione della nozione di "comunicazione" di cui all'art. 120 c.p.a., riconducendo ossia ad essa tutte le "comunicazioni" comunque previste dall'art. 76 del Codice dei contratti: ed infatti quest'ultima disposizione, sia che si tratti di "richiesta di parte" sia che si tratti di atto "d'ufficio", utilizza sempre il verbo "comunicare": di qui l'ipotesi che l'art. 76 disciplini non una sola comunicazione ma un "complesso sistema di comunicazioni". Ed è a quest'ultimo che potrebbe ben fare riferimento l'art. 120 ai fini della decorrenza del termine di 30 giorni (questo, naturalmente, nella ipotesi in cui l'accesso sia esercitato nelle forme semplificate di cui all'art. 76); c) in chiave strettamente *logica*, infine, non si vede per quale ragione per alcuni possibili vizi della procedura sarebbero assegnati trenta giorni e per altri, solo perché successivamente conosciuti (ma non per cause imputabili al ricorrente, almeno si presume), soltanto quindici. Con la precisazione che in questo secondo caso i vizi di conoscenza

postuma si rivelano spesso piuttosto complessi da affrontare, in termini di difese da predisporre, vedendo il più delle volte su aspetti peculiari della procedura quali le valutazioni sull'offerta tecnica nonché sulla congruità di quella economica. Sempre in questa direzione, tra l'altro, si consideri che il ricorso "al buio" ("sconsigliato" dalla Corte UE ed anche dalla Adunanza plenaria, la quale ne prospetta come già detto la possibile inammissibilità per genericità dei motivi, ma non certo "vietato" ai difensori che ritengano cautelativamente di farne utilizzo) costituisce ad oggi pratica tutt'altro che abbandonata per ragioni che risiedono, il più delle volte, nell'esigenza di evitare consuete (e spesso accolte) eccezioni di decadenza: di qui la necessità di non penalizzare ulteriormente, con un termine così ristretto pari a quindici giorni, quella parte che - spesso per la mancanza di leale collaborazione ad opera della stazione appaltante - non ha sino a quel momento avuto l'opportunità di vagliare adeguatamente tutti gli atti di gara.

Le diverse modalità di acquisizione della conoscenza (terza direttrice tematica)

Giova rammentare in via preliminare che l'art. 41 c.p.a. prevede, in linea generale, che il termine di impugnazione decorra dalla notifica/comunicazione del provvedimento oppure dalla sua piena conoscenza. In via residuale, ossia qualora non siano previste forme di comunicazione individuali obbligatorie, il termine può allora decorrere dalla pubblicazione del provvedimento (ove tale forma di pubblicazione sia in qualche modo prevista dalla legge).

In questa stessa direzione l'art. 120 c.p.a., in tema di impugnazione degli atti di gara, prevede che il suddetto termine decorra dalla comunicazione individuale (art. 76 Codice contratti) o in ogni caso dalla piena conoscenza del provvedimento ritenuto lesivo. Le due citate disposizioni sono dunque in linea di perfetta coerenza. Ed infatti, per giurisprudenza costante e come rilevato dalla stessa quinta sezione nell'ordinanza in commento, esse non prevedono forme di comunicazione dell'aggiudicazione in senso "esclusivo e tassativo", non incidendo in questo modo sulle regole generali del processo amministrativo in tema di decorrenza dei termini di impugnazione.

Una delle più immediate conseguenze è rappresentata dal fatto che si lascia in vita la possibilità che la piena conoscenza dell'atto, al fine del decorso del

termine di impugnazione, possa essere acquisita anche con altre forme (37).

A tale ultimo riguardo va operato un sia pur breve cenno a due temi largamente affrontati dalla giurisprudenza: la pubblicazione sull'albo pretorio (ed anche sulla gazzetta ufficiale) e la presenza alle sedute di gara di un rappresentante dell'impresa concorrente.

Il primo tema è stato affrontato in maniera piuttosto risolutiva: come rammentato dalla stessa quinta sezione nella citata ordinanza di rimessione, infatti, è stata ritenuta inidonea, a far decorrere il termine di decorrenza di cui si discute, la sola pubblicazione della delibera di aggiudicazione all'albo pretorio (38) oppure sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea (39). La *ratio* sottesa a tale ritenuta inidoneità risiede nel fatto che, come già detto in precedenza, il termine per proporre l'impugnazione decorre dal giorno in cui sia scaduto il periodo della pubblicazione (qualora questa sia prescritta da una norma di legge o di regolamento) soltanto nel caso in cui non sia necessaria la notificazione individuale del provvedimento (40). Notificazione qui invece ampiamente prescritta in base al richiamato art. 76 del nuovo Codice dei contratti;

Ampiamente discusso è invece il tema della "presenza" al seggio di gara di un rappresentante a ciò

abilitato dell'impresa concorrente. E tanto sempre in funzione di conoscenza *aliunde* delle decisioni di gara. Ebbene: parte della giurisprudenza afferma che se l'impresa partecipante assiste, tramite idoneo rappresentante, alla seduta in cui vengono adottate talune determinazioni da parte della commissione di gara, è in tale medesima seduta che l'impresa acquisisce la piena conoscenza del provvedimento, e ciò con ogni conseguenza in merito alla decorrenza del termine di impugnativa (41). Altra parte ritiene invece che, affinché tale presenza possa far scattare il termine di decorrenza, è pur sempre necessario che "siano percepibili i profili che ne rendano evidente la lesività per la sfera giuridica dell'interessato" (42). È stato così efficacemente affermato che la conoscenza di un fatto (l'ammissione) ma non la disponibilità di un atto (il provvedimento di ammissione) non determina di per sé la decorrenza del termine di impugnazione (43). Lo stesso ragionamento potrebbe dunque estendersi non solo ai provvedimenti di ammissione/esclusione ma anche a quelli di aggiudicazione. Questa parte della giurisprudenza tende a distinguere in relazione al caso concreto, ossia al grado di conoscenza minima e di consapevolezza che il rappresentante possa avere maturato nel corso della seduta di gara (44). Un simile approccio - ad avviso di chi scrive - potrebbe essere utilmente seguito allorché si

(37) Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2018, n. 4442, in *lamministrativista.it*, 24 luglio 2018.

(38) Cons. Stato, Sez. V, 25 luglio 2019, n. 5257, in *Foro amm.*, 2019, 7-08, 1248; Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2018, n. 4442, cit., in *lamministrativista.it*, 24 luglio 2018; Cons. Stato, Sez. V, 23 novembre 2016, n. 4916, in *Appalti & Contratti*, 2016, fasc. 12, 97.

(39) Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251, cit.

(40) Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2018, n. 4442, cit., in *lamministrativista.it*, 24 luglio 2018. Si osserva qui che: "Sarebbe d'altronde lesivo del diritto di difesa del soggetto direttamente interessato e lesivo dal provvedimento fare riferimento ad una pubblicazione che, in quanto non prescritta da alcuna norma di legge, e dunque non onerando la parte ad effettuare il relativo controllo, finisce per concretizzare un effetto sorpresa potenzialmente pregiudizievole del termine, già breve, per impugnare gli atti di gara". In sintesi è stato così ritenuto (cfr. T.A.R. Lombardia, Sez. IV, 28 maggio 2018, n. 1366, in *lamministrativista.it*, 29 maggio 2018) che: "La pubblicazione del provvedimento rileva ai fini della decorrenza del termine perentorio di impugnazione soltanto qualora l'amministrazione non abbia un obbligo di notifica individuale del provvedimento stesso e, nel caso di specie, non può dubitarsi dell'onere, gravante sull'amministrazione, di comunicazione individuale alla ditta seconda classificata dell'esito della gara (cfr. l'art. 76 del D.Lgs. 50 del 2016)".

(41) Cons. Stato, Sez. III, 11 luglio 2016, n. 3026. Come anche affermato in altre pronunzie (Cons. Stato, Sez. IV, 25 agosto 2016, n. 3688, in *Appalti & Contratti*, 2016, fasc. 9, 86), il termine di impugnazione decorre infatti dalla effettiva conoscenza, anche se anteriore rispetto alla comunicazione formale. Dunque tale termine decorre dal momento in cui l'impresa, tramite il suo amministratore o rappresentante, viene edotta, nella sostanza, delle ragioni della esclusione, indipendentemente da qualsiasi successiva comunicazione formale.

(42) Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5870, in *Appalti & Contratti*, 2017, fasc. 12, 75, in *Foro amm.*, 2017, 2411; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *quater*, 22 agosto 2017, n. 9379, in *Foro amm.*, 2017, 7-08, 1709. È stato così affermato che l'interessato, in tali ipotesi, deve in ogni caso avere avuto "piena contezza circa 'i motivi del rigetto della sua offerta' (cfr. art. 76, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016) e ciò anche nell'ipotesi in cui il rappresentante legale abbia partecipato al seggio di gara. In tale evenienza, dunque, le ragioni della esclusione dovrebbero essere non solo esternate ma anche puntualmente verbalizzate onde dimostrare la 'piena conoscenza' (ex art. 41, comma 2, c.p.a.) non solo della lesività ma anche della eventuale illegittimità dell'atto" (così T.A.R. Lazio, Sez. III *quater*, 19 marzo 2019, n. 3644). La giurisprudenza contraria a far scattare il termine di decorrenza dalla seduta di gara cui ha presenziato un rappresentante del concorrente leso si è altresì basata sui differenti compiti attribuiti al seggio di gara ed alla stazione appaltante, spettando la aggiudicazione della gara soltanto a quest'ultima e non anche al primo (così Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2018, n. 4442, cit., ove si afferma che: "il codice dei contratti attribuisce esclusivamente alla stazione appaltante la competenza all'aggiudicazione della gara (art. 32, comma 5), rientrando nelle attribuzioni della commissione giudicatrice (art. 77) e/o del RUP (art. 31) soltanto la redazione della graduatoria sulla base dei punteggi attribuiti e, conseguentemente, la proposta di aggiudicazione (art. 33, comma 1)").

(43) Cons. Stato, Sez. V, 27 dicembre 2018, n. 7256, in *Foro amm.*, 2018, 2159; in *Appalti & Contratti*, 2019, fasc. 7, 74.

(44) T.A.R. Lazio, Sez. III, 10 maggio 2019, n. 5880, in *Foro amm.*, 2019, 5, 905. Si veda ad esempio il caso in cui sono state formulate in quella particolare sede puntuali contestazioni in ordine alla assegnazione del punteggio all'offerta tecnica (cfr. T.A.R. Toscana, Sez. III, 16 dicembre 2019, n. 1707, in

tratti di gravare atti di ammissione oppure di esclusione dalla gara. In tali eventualità, infatti, la parte interessata è evidentemente a piena conoscenza della documentazione che ha prodotto ai fini della partecipazione alla procedura selettiva. A diverse conclusioni si dovrebbe invece pervenire qualora la parte ricorrente intenda contestare altri aspetti della procedura di gara che richiedono la conoscenza di valutazioni ed elementi fattuali (es. documentazione tecnica di altri concorrenti oppure di giustificazioni poste alla base del giudizio di congruità delle offerte) non compiutamente conosciuti né altrimenti conoscibili, attraverso la “normale diligenza”, al momento in cui il seggio di gara adotta le proprie decisioni (45). Tornando adesso alle modalità di acquisizione della conoscenza degli atti di gara espressamente previste dalla normativa sui contratti pubblici si rammenta che: A. L’art. 29 prevede del Codice dei contratti che: a) “Tutti gli atti” relativi alle “procedure per l’affidamento di appalti ... devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione ‘Amministrazione trasparente’ (46). La stessa disposizione prevede infine ‘significativamente’ che: ‘i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente’”. Una simile specificazione - è bene osservare - è stata introdotta con il primo correttivo al nuovo Codice dei contratti, ossia con il D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56); B. L’art. 76 del medesimo Codice disciplina, dal canto suo, la “informazione dei candidati e degli offerenti”. Esso prevede a sua volta: a) al comma 1 che: “Le stazioni appaltanti ... informano tempestivamente ciascun candidato e ciascun offerente delle decisioni adottate riguardo ... all’aggiudicazione di un appalto”; b) al comma 2 che: “Su richiesta scritta dell’offerente ... l’amministrazione aggiudicatrice comunica immediatamente e comunque entro quindici giorni dalla ricezione della richiesta: ... b) ... le caratteristiche e i vantaggi dell’offerta selezionata”; c) al comma 5 che: “le stazioni appaltanti

comunicano d’ufficio immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni: a) l’aggiudicazione ... al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un’offerta ammessa in gara”.

Ebbene l’art. 76, come evidenziato dalla Adunanza plenaria e prima ancora dall’ordinanza di rimessione, sicuramente condivide stessa materia, *ratio* e finalità (informazioni ai concorrenti) dell’art. 79 del vecchio Codice dei contratti. Sussistono tuttavia alcune rilevanti differenze tra le due disposizioni. Più in particolare: a) con riguardo alle comunicazioni “su istanza di parte”, l’art. 76 nuovo Codice non replica la disposizione contenuta nel comma 5 *quater* dell’art. 79 vecchio Codice (accesso informale oppure accesso semplificato ed accelerato) (47). Il meccanismo della “dilazione temporale” si fondava proprio su tale peculiare opzione ostensiva. Dal momento della comunicazione l’interessato poteva da subito attivarsi per avere accesso “agli atti del procedimento” (si presume tutti, senza esclusione alcuna). I caratteri differenziali rispetto al rito ordinario erano evidenti, poiché non occorre istanza né un provvedimento di ammissione. Neppure era imposta alcuna previa informativa ai controinteressati per l’eventuale opposizione (48). Il tutto in non più di dieci giorni. Di qui la possibilità di impugnare nel complessivo termine di 40 giorni (10 per accesso semplificato ed accelerato + 30 per studio causa e preparazione/pre-disposizione ricorso). Ciò proprio in quanto il richiamato comma 5 *quater* garantiva, in qualche misura, una presunzione di piena ed integrale conoscenza dei suddetti atti di gara. L’art. 76, comma 2, nuovo Codice (comunicazione “su richiesta di parte”), prevede invece che l’interessato possa acquisire “soltanto” caratteristiche e vantaggi dell’offerta selezionata, non anche i verbali della commissione di gara, il che costituisce senza dubbio una *deminutio* ossia un più blando livello di conoscenza rispetto al precedente meccanismo informativo. Ne consegue che con l’art. 76 nuovo Codice, il quale assume una

lammministrativista.it, 17 dicembre 2019). Ed ancora l’ipotesi in cui, durante la seduta pubblica di verifica delle offerte tecniche, una delegata della impresa ricorrente risultava presente e aveva fatto rilevare una asserita difformità, rispetto alla *lex specialis*, del prodotto offerto dall’impresa poi risultata aggiudicataria dell’appalto (T.A.R. Valle d’Aosta, Sez. I, 25 luglio 2016, n. 38). Dubbi possono piuttosto esservi allorché in seduta di gara, con riguardo alle valutazioni tecniche ed economiche, sia stata data soltanto una “lettura sintetica” dei verbali della commissione. Evenienza questa invece ritenuta idonea a far scattare il termine di decorrenza da Cons. Stato, Sez. III, 30 ottobre 2015, n. 4982, in *Foro amm.*, 2015, 2505.

(45) Cons. Stato, Sez. III, 14 giugno 2017, n. 2925, in *Foro amm.*, 2017, 1227.

(46) Secondo l’interpretazione datane dall’ANAC (cfr. deliberazione n. 1310 del 28 dicembre 2016), nell’obbligo di cui sopra ricadono anche i verbali di gara.

(47) A norma del quale, si rammenta, “l’accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall’invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione”.

(48) Inoltre il titolo all’accesso era esclusivamente nella legge e non occorre formale esplicitazione di legittimazione all’accesso, né formale dimostrazione di interesse. In questi termini: Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2017, n. 851.

funzione più “descrittiva” e meno profonda rispetto al citato art. 70 vecchio Codice, viene meno quella presunzione di conoscibilità integrale (o quasi) degli atti di gara che consentiva, allo scadere dei dieci giorni ivi previsti, di far scattare con un ragionevole grado di certezza il termine di 30 giorni per impugnare il provvedimento di aggiudicazione. Tali aspetti sono stati in qualche misura evidenziati anche nella decisione in commento; b) con riguardo alle comunicazioni “d’ufficio”, poi, mentre l’art. 79 (commi 2 e 5) prevedeva in automatico la disponibilità di caratteristiche e vantaggi dell’offerta selezionata (ossia ciò che ad oggi si può ottenere solo con la richiesta di parte ai sensi dell’art. 76, comma 2) ed in ogni caso, ossia in sostituzione di una relazione sui predetti vantaggi e caratteristiche dell’offerta, i verbali della commissione di gara che non di rado dicono molto di più di una semplice relazione amministrativa (con il nuovo Codice i verbali della commissione non sono invece ottenibili, almeno secondo una rigorosa lettura dell’art. 76, neppure con la comunicazione “su richiesta di parte”), con l’art. 76 le stesse comunicazioni d’ufficio (comma 5) prevedono soltanto la avvenuta aggiudicazione della commessa (49).

Si osserva sin da subito come una minore garanzia informativa di questo tipo non possa ascriversi ad una particolare formulazione della Direttiva europea da recepire, atteso che l’art. 55 della Dir. 2014/24/UE (recepito nel nostro ordinamento attraverso il citato art. 76, D.Lgs. n. 50 del 2016) ha grossomodo lo stesso contenuto dell’art. 41 della Dir. 2004/18/CE (recepito dal canto suo con il citato art. 79, D.Lgs. n. 163 del 2006). Il tutto in un ambito (obblighi informativi a carico della stazione appaltante) che di certo non potrebbe essere interessato dal divieto di *gold plating* di cui alla L. n. 11 del 2016 e del D.L. n. 246 del 2005. In conclusione: la disposizione di cui all’art. 79 vecchio Codice garantiva tutto sommato la comunicazione tempestiva di numerose informazioni (50). La tesi della “dilazione temporale” che era stata concepita a livello giurisprudenziale poteva dunque consentire un certo equilibrio tra le (spesso) opposte esigenze di celerità del giudizio in materia di appalti

e di effettività della tutela giurisdizionale (51). La stessa Adunanza plenaria, con la decisione in commento, fa espresso riferimento ad un “articolato, ma consolidato, quadro normativo e giurisprudenziale” (punto 16 decisione). Lo stesso non può invece affermarsi, come è appena emerso, con il nuovo sistema delineato dall’art. 76 nuovo Codice. Le informazioni sono oggettivamente inferiori in termini quantitativi ed anche qualitativi: dunque anche le probabilità di acquisire una piena conoscenza degli atti - o almeno di una parte di essi - sono destinate notevolmente a diminuire.

Dalla pressoché dimostrata minore estensione oggettiva dell’art. 76 deriva pertanto l’esigenza - avvertita proprio con l’ordinanza di rimessione della quinta sezione e poi confermata dalla decisione qui in commento - di poter ricorrere in via suppletiva, ossia per le informazioni non altrimenti ottenibili con i meccanismi di cui all’art. 76 (es. verbali della commissione, schede tecniche offerta e dichiarazioni produttore, atti del giudizio di anomalia: in sostanza, la gran parte della documentazione intorno alla quale si sviluppa il contenzioso sugli appalti pubblici), all’istituto ordinario e generale dell’accesso agli atti di cui all’art. 22 della L. n. 241 del 1990 (richiamato tra l’altro dall’art. 53 del nuovo Codice appalti) (52). Il che potrebbe inevitabilmente portare, rispetto al sistema precedente del vecchio Codice appalti, ad un non voluto allungamento dei tempi amministrativi e di quelli processuali. Salvo naturalmente quanto affermato dalla Adunanza plenaria con riguardo al ruolo succedaneo che dovrebbe svolgere in tal senso, ossia in seguito alla soppressione del comma 5-*quater* dell’art. 79, l’accesso informale di cui all’art. 5 del d.P.R. n. 184 del 2006 (il quale trova in ogni caso applicazione soltanto in assenza di controinteressati).

Di qui anche l’esigenza, avvertita proprio dal Consiglio di Stato e sempre in via suppletiva o meglio integrativa rispetto allo schema della “dilazione temporale”, di fare ricorso alla pubblicazione *online* di cui all’art. 29 del nuovo Codice quale momento utile per far decorrere il termine di impugnazione. E ciò proprio in ragione dell’oggetto di tale forma di

(49) Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 21 novembre 2019, n. 7935; Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251, cit. Secondo tali decisioni: “Si può, quindi, ritenere che ora la stazione appaltante non sia più obbligata, nella comunicazione d’ufficio dell’avvenuta aggiudicazione, ad esporre le ragioni di preferenza dell’offerta aggiudicata, ovvero, in alternativa, ad allegare i verbali della procedura”. Sul punto di veda anche D. Ponte, *Non è automatica la revoca in autotutela dell’aggiudicazione*, in *Guida dir.*, 2019, 42, 108.

(50) Tutte sostanzialmente riconducibili alla “relazione sintetica dei motivi pertinenti” di cui all’art. 2 *quater* della Dir. 89/665/CEE. Si vedano sul punto le osservazioni di C. Vivani, *Termine per l’impugnazione dell’aggiudicazione e diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2015, 8-9, 893.

(51) Cons. Stato, Sez. III, 25 novembre 2014, n. 5830, cit.

(52) Il tema della diversa estensione oggettiva e contenutistica tra le due disposizioni, è diffusamente affrontata in G. La Rosa, *L’incerta decorrenza del termine per l’impugnazione dell’aggiudicazione*, in questa *Rivista*, 2020, 1, 65.

pubblicazione (“Tutti gli atti ... relativi ... alle procedure per l’affidamento di appalti pubblici”). L’art. 29 del nuovo Codice, alla luce della impostazione innovativa suggerita dalla quinta sezione e sulla quale si avrà modo più avanti di tornare più diffusamente, potrebbe quindi svolgere un qualche ruolo di bilanciamento o di compensazione rispetto al maggior deficit di informazioni che comporta il nuovo meccanismo di cui al descritto art. 76 nuovo Codice.

I paletti fissati dalla Adunanza plenaria: residui profili critici

La quinta sezione, con la citata ordinanza di rimessione, chiedeva innanzitutto se, alla luce dell’art. 120 c.p.a. (il quale - giova ripetere - prevede ai fini della decorrenza del termine di impugnazione sia le comunicazioni individuali sia la piena conoscenza comunque avvenuta nei confronti dell’interessato) pubblicazione *ex art. 29* e comunicazione *ex art. 76* non possano essere considerate alla stregua di modalità di conoscenza del tutto equivalenti, senza rapporti di gerarchia tra le medesime forme [quarto quesito]. La risposta della plenaria a tale quesito è stata sostanzialmente affermativa, laddove è stato ritenuto che “la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, *ex art. 29* del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione” [cfr. lett. d) dei principi di diritto affermati]. Si osserverà più avanti come poi, in realtà, questo rapporto di gerarchia potrebbe rischiare, almeno in linea fisiologica, di essere rovesciato a favore della pubblicazione generalizzata *ex art. 29*.

La quinta sezione, in questa stessa direzione, chiedeva altresì se la pubblicazione *ex art. 29* non possa dunque essere considerata alla stregua di modalità di conoscenza *aliunde* [quinto quesito]. La plenaria non sembra per la verità prendere direttamente posizione su tale specifico aspetto. A parere di chi scrive, sembra comunque evidente che la pubblicazione *online* non possa di certo essere considerata alla stregua di pubblicazione “prevista dalla legge” ai sensi dell’art. 41, comma 2, c.p.a. (utile a far scattare i termini di impugnazione), e tanto sia perché si è in presenza di comunicazioni individuali obbligatorie (il *dies a quo* dalla pubblicazione, per principio generale, scatta infatti soltanto in via residuale) sia perché l’ultimo periodo del comma 1 dell’art. 29 (ove si fa

riferimento agli “effetti giuridici” legati alla pubblicazione stessa) non prevede espressamente una deroga al principio di cui al medesimo art. 41 c.p.a. (decorrenza del termine per impugnare in via principale da comunicazioni individuali/piena conoscenza ed in via residuale da pubblicazioni). Applicandosi pertanto soltanto la prima parte dell’art. 41, comma 2, c.p.a. (*dies a quo* da comunicazione o piena conoscenza dell’atto lesivo) e non anche la seconda parte della stessa disposizione (*dies a quo* dalla pubblicazione *ex lege*), ne consegue l’esigenza di qualificare, ai soli fini processuali, la pubblicazione *online* di cui all’art. 29 del Codice dei contratti, benché per l’appunto “prevista dalla legge”, alla stregua non di pubblicazione in senso stretto ma, piuttosto, di atto di cui si è comunque venuti a conoscenza “per altra via”. Un simile riconoscimento (pubblicazione *online* quale forma di conoscenza *aliunde*) si rivela ad ogni modo essenziale, come si è già del resto anticipato, se non altro per assicurare una qualche forma di compensazione rispetto alle minori informazioni acquisibili attraverso l’art. 76 nuovo Codice.

Fatte queste premesse, l’Adunanza plenaria propone nella sostanza un modello “a gradini” se non proprio alternativo comunque sovrapposto, almeno entro certi limiti, rispetto a quello della “dilazione temporale”.

Ed infatti, se prima il termine scattava tendenzialmente con la comunicazione individuale di cui all’art. 79 vecchio Codice (poi tramutato nell’art. 76 nuovo Codice) per essere poi “incrementato” di un numero di giorni (prima 10 e poi 15) pari a quelli necessari per ottenere l’accesso semplificato agli atti di gara, il modello ora percorribile potrebbe sintetizzarsi nei passaggi di seguito indicati.

In prima battuta il termine scatterebbe, *di norma*, dalla pubblicazione generalizzata *ex art. 29* degli atti di gara sul profilo del committente (pubblicazione che in linea teorica ricomprenderebbe tutti gli atti di gara e tra questi anche i verbali di gara, come specificato da ANAC) [cfr. primo quesito della quinta sezione]. Si tratterebbe di una novità piuttosto importante, soprattutto se raffrontata a quanto in precedenza affermato dalla stessa giurisprudenza (53) [cfr. lettere a) e d) dei principi di diritto della decisione in rassegna].

In seconda battuta, in caso di omessa o incompleta pubblicazione dei suddetti dati di cui all’art. 29, le comunicazioni “d’ufficio” o “su richiesta” di cui al

(53) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251, cit., ove la pubblicazione degli atti di gara sul “profilo del committente” era stata considerata, alla stessa stregua di albo pretorio del

Comune e Gazzetta Ufficiale UE, quale mezzo inidoneo a far decorrere il termine in questione (punto 4.3.1.).

citato art. 76 consentirebbero, in chiave di supplemento cognitorio, di formulare motivi aggiunti onde sollevare ulteriori vizi eventualmente rilevati in base ai nuovi elementi successivamente acquisiti per effetto delle medesime “comunicazioni individuali” [cfr. secondo quesito ordinanza di rimessione]. In questa direzione, siffatte “comunicazioni individuali” ex art. 76 rivestirebbero natura *complementare* (pubblicazione ex art. 29 “incompleta”) se non addirittura *sostitutiva* (pubblicazione del tutto “omessa”). Nel primo caso possono formularsi motivi aggiunti; nel secondo anche il ricorso principale, come affermato dalla plenaria [lettera b) dei principi di diritto]. In realtà, il ricorso principale potrebbe essere presentato anche in caso di pubblicazione ex art. 29 “incompleta”, qualora dai dati comunque pubblicati non si ricavi alcuna possibile violazione della normativa sugli appalti. In caso di pubblicazione ex art. 29 regolare o fisiologica, si osserva, un certo rapporto di gerarchia tra comunicazione ex art. 76 e pubblicazione ex art. 29 - a discapito di quanto auspicato nella citata ordinanza di rimessione - in qualche modo si verrebbe comunque a configurare e, tra l'altro, a tutto favore della seconda rispetto alla prima. Ci si chiede altresì, a questo punto, quale debba essere il termine per impugnare mediante motivi aggiunti ai sensi dell'art. 43 c.p.a. Per le considerazioni sopra svolte si ritiene detto termine debba essere pari a giorni 30, difettando in senso contrario (ossia: 15 giorni) una norma processuale che espressamente autorizzi una siffatta - ed ulteriore - deroga al termine generale di 60 giorni di cui all'art. 29 c.p.a. Un tale specifico aspetto non ha comunque formato oggetto di intervento ad opera della plenaria (né i presupposti quesiti vi facevano espresso riferimento).

In terza battuta, alcuni elementi dell'offerta tecnica (soprattutto per ragioni di segretezza commerciale o industriale) sono conosciuti soltanto in un momento successivo, spesso anche a seguito di apposito ricorso giurisdizionale (solitamente ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., il quale disciplina il rito dell'accesso in pendenza di giudizio, in questi casi già proposto avverso l'aggiudicazione). Un discorso analogo potrebbe farsi per gli atti del giudizio di anomalia (per quanto tale documentazione, al momento dell'aggiudicazione, dovrebbe già ritenersi formata e dunque pubblicabile). In tutte queste ipotesi ci si chiede innanzitutto se l'accesso agli atti debba essere formulato ai sensi dell'art. 76, comma 2, del nuovo Codice dei contratti, oppure ai sensi del più generale rito di cui agli artt. 22 della L. n. 241 del 1990 (oppure ancora ai sensi dell'art. 5 del d.P.R. n. 184 del 2006,

come rilevato dalla plenaria). E ciò nella assorbente considerazione per cui simili elementi (offerta tecnica e atti del giudizio di anomalia) come già detto al paragrafo che precede non sembrano essere ricompresi, ad una più attenta lettura, nell'oggetto di cui all'art. 76, comma 2, il quale fa esclusivo riferimento a “caratteristiche e vantaggi dell'offerta selezionata”. In ogni caso, vuoi che si inneschi la procedura *semplificata* dell'art. 76 (o del citato art. 5 del d.P.R. n. 184 del 2006) vuoi che si applichi quella *ordinaria* di cui all'art. 22, l'Adunanza plenaria afferma che, nell'eventualità emergano nuovi elementi da cui scaturiscano nuovi possibili vizi della procedura di gara, lo strumento processuale da utilizzare debba essere quello della “dilazione temporale”, ossia dello slittamento in avanti del termine di impugnazione originaria [cfr. terzo quesito ordinanza di rimessione]. Sarebbe in ogni caso fatta salva la presentazione di motivi aggiunti, ad avviso di chi scrive, qualora un ricorso principale sia già stato presentato avverso gli atti sino a quel momento resi in qualche modo disponibili. Ciò dipenderà molto, in buona sostanza, da cosa e quanto si è fino a quel momento avuto modo di scoprire da parte del soggetto non aggiudicatario. Qualora emergano già alcuni vizi, egli dovrà naturalmente tempestivamente impugnare l'aggiudicazione per poi formulare, all'esito dell'accesso agli atti (semplificato oppure ordinario), rituale atto di motivi aggiunti (il Consiglio di Stato non risolve tuttavia la ulteriore questione circa l'ampiezza del relativo termine). Qualora invece sino a quel momento (accesso agli atti semplificato oppure ordinario) nulla sia potuto emergere in termini di possibili vizi della procedura di gara (ipotesi tutto sommato non del tutto implausibile, considerato che numerosi contenziosi si concentrano proprio su bontà dell'offerta tecnica e possibili incongruenze del giudizio di anomalia), potrà allora ragionevolmente riproporsi il meccanismo processuale (di derivazione sostanzialmente pretoria) della “dilazione temporale”. Premesso che eventuali eccezioni di tardività vanno in primo luogo dimostrate da chi le solleva, va da sé che il soggetto ricorrente dovrà tenersi comunque pronto a contrastare efficacemente simili questioni di rito attraverso puntuali e rigorose dimostrazioni (prima fra tutte l'impossibilità, anche mediante la normale diligenza, di poter acquisire per altra via ed in un momento precedente determinate informazioni). In ultima analisi, la plenaria afferma [cfr. lettera e) dei principi di diritto] che “possano ritenersi idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione anche quelle forme di

comunicazione e pubblicità individuate nella *lex specialis* di gara e accettate dagli operatori economici ai fini della stessa partecipazione alla procedura di gara” [cfr. sesto quesito ordinanza di rimessione]. Ci si limita in questa sede a riportare pedissequamente l’orientamento della giurisprudenza che, almeno sino ad ora, aveva avuto modo di soffermarsi sul tema specifico. Essa aveva in particolare statuito che: “La decorrenza del termine di impugnazione dalla ricezione della comunicazione dell’aggiudicazione è una norma processuale, stabilita dall’art. 120, 5° comma, c.p.a., che nessuna legge di gara può disattendere, non essendo la materia nella disponibilità delle stazioni appaltanti, pertanto, una clausola del bando che prevedesse un diverso termine dovrebbe dichiararsi radicalmente nulla, per difetto assoluto di attribuzione, ai sensi dell’art. 21 *septies* della l. n. 241 del 1990” (54).

Considerazioni finali

L’equilibrio tra speditezza della procedura di gara ed effettività della tutela giurisdizionale costituisce obiettivo difficile da raggiungere ed ancor più da mantenere.

Il D.Lgs. n. 163 del 2006 era in qualche modo riuscito, grazie anche all’ausilio della giurisprudenza (cfr. tesi della “dilazione temporale”), in questa complicata operazione di cesellatura. Un tale equilibrio non è stato tuttavia mantenuto. L’irresistibile voglia di riforme, nel momento in cui occorreva recepire la Dir. 2014/24/UE, ha soffocato i sia pur timidi tentativi di limitarsi ad un *restyling* del Decreto n. 163/2006 senza riuscire, tuttavia, a centrare gli anelati obiettivi di maggiore semplificazione delle procedure di gara. È successo anzi il contrario, almeno sotto i profili qui partitamente esaminati.

Ai fini che qui interessano (corretta individuazione del *dies a quo* per l’impugnazione della aggiudicazione), il D.Lgs. n. 50 del 2016 rischia in altre parole di rimettere tutto in discussione: calando infatti il *quantum* informativo si allontana, allo stesso tempo, il momento in cui può effettivamente formarsi la “piena conoscenza” e dunque anche il termine di decorrenza stesso. Ne deriva ulteriormente che i tempi di attivazione del processo sono destinati ad allungarsi (pur se quelli di celebrazione resteranno gli stessi). L’obiettivo di semplificare il mondo degli appalti in realtà fallisce.

Merito della decisione in commento è comunque quello di ricercare un nuovo assetto, un nuovo equilibrio. Sacrificando in un certo modo la pur lodevole ed assodata tesi della “dilazione temporale” si propone una alternativa - ma pur sempre necessitata dai suddetti “eventi legislativi” - costruzione “a gradini” degli *step* procedurali (pubblicazione *ex art. 29* - comunicazioni *ex art. 76* - eventuale accesso ordinario *ex art. 22* oppure “informale” *ex art. 5 d.P.R. 184*) cui sono parallelamente correlati i necessari strumenti di reazione processuale (ricorso introduttivo e motivi aggiunti). Costruzione questa che tuttavia, proprio per i limiti regolativi prima accennati, rischia di allungare ulteriormente i tempi di decisione giurisdizionale.

Altrettanto meritevole risulta poi l’affermazione secondo cui, nel dare conferma alla bontà dell’indirizzo sostanzialista (un *quid minimum* informativo resta dunque presupposto essenziale al fine di introdurre il gravame in via originaria, pena il rischio di qualificare l’accesso al giudice come “meramente simbolico”), occorre realizzare in questa delicata tematica un elevato grado di certezza del quadro giuridico (la quinta sezione, nell’ordinanza di rimessione, si riferiva efficacemente ad “un *dies certus* per poter far valere in giudizio le proprie ragioni”). Se proprio non risulta possibile aspirare ad un *numerus clausus* ossia ad un sistema chiuso di regole e di meccanismi, di livello legislativo primario, in base ai quali reagire agli sfavorevoli atti di gara, si dovrebbe almeno pretendere di avere un quadro certo di regole di fonte tanto normativa quanto (necessariamente, a questo punto) giurisprudenziale. Del resto, riteneva la stessa quinta sezione nella citata ordinanza di rimessione, è interesse primario delle stazioni appaltanti quello di “cristallizzare al più presto l’esito della procedura” (55).

Occorrerà comunque, in questa direzione, dare una configurazione certa alla pubblicazione *ex art. 29*, strumento questo sino ad ora - benché la nuova formulazione di cui all’ultimo periodo del comma 1 risalga al 2017 - non considerato per la verità idoneo a far scattare un simile onere impugnativo (56). Oltre alla necessaria diligenza delle imprese (cfr. punto n. 29 della decisione in rassegna) decisivi risulteranno, sotto questo profilo, mezzi ed accorgimenti tecnologici che potranno essere utilizzati per garantire non solo “piena” ma ancor prima “tempestiva” conoscenza di tale forma di pubblicità legale (*alert*, notifiche elettroniche, etc.). Solo in questo modo si potrà

(54) Così Cons. giust. amm. reg. sic., 8 giugno 2017, n. 274, in *Foro amm.*, 2017, 1339.

(55) T.A.R. Lombardia, Sez. III, 4 febbraio 2019, n. 256.

(56) Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251, cit.

recuperare quel *gap* che la (improvvida) eliminazione del comma 5 *quater* ha determinato nel sufficiente quadro di certezze che, piuttosto faticosamente, in un certo modo erano pur sempre state nel tempo costruite. Occorrerà altresì delimitare, per le stesse finalità, ulteriori tematiche non ancora ben definite in giurisprudenza come gli ambiti entro cui può operare il meccanismo della conoscenza *aliunde* (si vedano gli effetti legati alla presenza alla seduta di gara) nonché i termini da assegnare per la formulazione di eventuali - ma non per questo meno rari - atti di motivi aggiunti.

Presupposto indefettibile, onde aspirare ad un certo successo di tale ambiziosa operazione, è in ogni caso costituito dal ruolo che legislatore e giudice amministrativo saranno chiamati ad interpretare.

Quanto al primo è necessario porre un freno ad una legislazione troppo mutevole ed in qualche caso poco attenta - stando almeno ai risultati del presente lavoro - agli impatti delle rispettive opzioni regolative sia sul versante processuale che su quello sostanziale. Come rilevato da accorta dottrina, un legislatore che per la fretta di mutare frequentemente le norme finisce per disorientare gli operatori e per spingere alla lite continua (57). È dunque necessario comprendere che un "accanimento legislativo" di questo tipo, diretto ossia a conferire, al settore degli appalti, un regime sempre più speciale ed accelerato, potrebbe rivelarsi addirittura controproducente. E i

risultati sono sotto gli occhi di tutti. Si potrebbe dunque ipotizzare, quanto al sistema regolativo, di abbracciare per un po' la nota "opzione zero" ed affidare piuttosto al Consiglio di Stato, in funzione di *advisory board*, il compito di provvedere alla "attività manutentiva" del codice mediante una rinnovata visione della funzione consultiva di tipo discendente (quella ossia che si svolge in base ai "quesiti" formulati dalle amministrazioni più direttamente coinvolte nella attuazione concreta del codice stesso) (58).

Quanto al secondo è poi necessario, ad avviso di chi scrive: a) da un lato evitare, ogni volta risulti possibile, di giungere a soluzioni dettate dalla (non necessariamente condivisibile) "ragione più liquida". Soluzioni ossia di carattere meramente processuale, prevalentemente basate su aride questioni di rito, che nel tempo hanno progressivamente rischiato di dare vita ad applicazioni alquanto radicali dell'art. 105 c.p.a. Occorre in altre parole evitare la tentazione di abbracciare tesi - pur brillantemente e pregevolmente sostenute dagli attori del libero foro - dirette in realtà a provocare un ambitissimo effetto "sgombera scrivanie" (59); b) dall'altro lato superare il complesso del "5% del PIL" - giudizio questo derivante da apodittiche affermazioni basate su analisi di carattere più esoterico che non econometrico - e decidere esclusivamente secondo i principi fissati dalla Costituzione e dai Trattati europei.

(57) La felice espressione è dovuta a D. Ponte, *Non è automatica la revoca in autotutela dell'aggiudicazione*, in *Guida dir.*, 2019, 42, 106. Sulle continue modifiche normative in materia di appalti si consideri, altresì: M.P. Chiti, *Il decreto "sblocca cantieri": ambizioni e limiti*, in *Giornale dir. amm.*, 2019, 6, 719; D. Galli, *Ritorno alle origini: la soppressione del rito superaccelerato*, in *Giornale dir. amm.*, 2019, 6, 746.

(58) Cfr. Cons. Stato, Sez. per gli atti normativi, parere 24 febbraio 2016, n. 515, in *Riv. corte conti*, 2016, fasc. 1, 416; in *Giornale dir. amm.*, 2016, 270.

(59) Per quanto lo schema di decreto-legge recante "Semplificazione del Sistema Italia" (Consiglio dei ministri del 7 luglio 2020) sembra piuttosto spingere verso questa direzione (la "ragione più liquida"), e ciò proprio nel momento in cui si "impone" la sentenza breve quale strumento ordinario di definizione del contenzioso in materia di appalti.

Edilizia e urbanistica

Corte Costituzionale 24 aprile 2020, n. 70 - Pres. Cartabia - Rel. Barbera

L'art. 2, L.R. Puglia n. 59/2018 è illegittimo nella misura in cui, interpretando l'art. 4, comma 1, L.R. n. 14/2009 nel senso che l'intervento edilizio di ricostruzione a seguito di demolizione "può essere realizzato anche con una diversa sistemazione plano-volumetrica, ovvero con diverse dislocazioni del volume massimo consentito all'interno dell'area di pertinenza", estende in via retroattiva l'oggetto della disposizione originaria, in elusione della norma statale sulla c.d. "ristrutturazione ricostruttiva" all'epoca ricomprensiva del vincolo della sagoma, ed introducendo così un'ipotesi di sanatoria di opere di ristrutturazione disallineate rispetto alla sagoma preesistente.

L'art. 7 della L.R. Puglia n. 5/2019 è illegittimo nella misura in cui, disponendo che gli interventi edilizi di ricostruzione a seguito della demolizione "possono essere realizzati anche con una diversa sistemazione plano-volumetrica, ovvero con diverse dislocazioni del volume massimo consentito all'interno dell'area di pertinenza", contrasta con il principio fondamentale della materia contenuto nell'art. 2 bis, comma 1 ter, del d. P.R. n. 380/2001. La norma statale detta una regola unitaria, valevole sull'intero territorio nazionale, diretta a favorire la rigenerazione urbana e a rispettare l'aspetto urbanistico impedendo ulteriore consumo di suolo, esprimendo così l'univoca ratio di superare tutte le disposizioni (anche regionali), in materia di SCIA, incompatibili con i nuovi vincoli.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

La Corte (*omissis*)

Considerato in diritto

1.- Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha promosso questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2 della L.R. Puglia 17 dicembre 2018, n. 59, recante "Modifiche e integrazioni alla L.R. 30 luglio 2009, n. 14 (Misure straordinarie e urgenti a sostegno dell'attività edilizia e per il miglioramento della qualità del patrimonio edilizio residenziale)".

Il ricorrente ha impugnato la predetta disposizione per violazione degli artt. 3, 97 e 117, terzo comma, della Costituzione, anche in relazione agli artt. 36 e 37 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia (Testo A)" (da ora in poi anche: t.u. edilizia), e all'art. 5, comma 10, del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, recante "Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia" (da ora in avanti anche: "decreto sviluppo"), convertito, con modificazioni, nella L. 12 luglio 2011, n. 106.

Tale disposizione introduce una norma definita di "interpretazione autentica", con la quale il legislatore pugliese si propone l'obiettivo di interpretare l'art. 4, comma 1, della menzionata L.R. Puglia n. 14 del 2009.

Con autonomo e distinto ricorso, di qualche mese successivo al precedente, il Presidente del Consiglio dei ministri ha altresì promosso questioni di legittimità costituzionale degli artt. 7 e 8 della L.R. Puglia 28 marzo 2019, n. 5, recante "Modifiche alla L.R. 30

novembre 2000, n. 17 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi in materia di tutela ambientale) e istituzione del Sistema informativo dell'edilizia sismica della Puglia, nonché modifiche alle L.R. 30 luglio 2009, n. 14 (Misure straordinarie e urgenti a sostegno dell'attività edilizia e per il miglioramento della qualità del patrimonio edilizio residenziale) e 17 dicembre 2018, n. 59 (Modifiche ed integrazioni alla L.R. 30 luglio 2009, n. 14)".

Il ricorrente ha impugnato dette disposizioni per violazione degli artt. 3, 97 e 117, terzo comma, Cost., anche in relazione agli artt. 36 e 37 del t.u. edilizia, all'art. 5, comma 10, del "decreto sviluppo", e all'art. 5, comma 1, lettera b), del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, recante "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici", convertito, con modificazioni, nella L. 14 giugno 2019, n. 55.

La nuova legge regionale procede alla abrogazione della predetta norma di interpretazione autentica (art. 8) e ne trasfonde il contenuto in una nuova disposizione, non più interpretativa (art. 7).

2.- I ricorsi propongono questioni simili nell'oggetto e nei parametri evocati. Possono essere quindi riuniti e trattati congiuntamente, al fine di essere decisi con una unica pronuncia.

3.- In via preliminare, questa Corte è chiamata a pronunciarsi sulla duplice eccezione di inammissibilità sollevata dalla Regione Puglia con riferimento a entrambe le impugnazioni.

3.1.- Ad avviso della difesa regionale, infatti, le censure sarebbero inammissibili perché entrambe prive di motivazione e di intrinseca coerenza, dato che gli argomenti spesi dalla Avvocatura generale dello Stato non si porrebbero in un rapporto di consequenzialità logica rispetto ai parametri evocati. La carenza argomentativa viene ulteriormente sostenuta con riferimento alla censura che evoca l'art. 5, comma 10, del "decreto sviluppo", in relazione al quale non sarebbe "neppure minimamente accennato" il tenore dell'asserita violazione costituzionale.

3.2.- Le eccezioni di inammissibilità non sono fondate. I termini delle questioni sono, infatti, sufficientemente chiari ed omogenei, risultando esaustivamente evidenziati i profili che, a parere della difesa statale, renderebbero illegittime le disposizioni impugnate.

4.- Con il primo ricorso (reg. ric. n. 27 del 2019), come dianzi anticipato, lo Stato ha impugnato l'art. 2 della L.R. Puglia n. 59 del 2018, recante una norma di interpretazione autentica dell'art. 4, comma 1, della L.R. Puglia n. 14 del 2009.

Il legislatore regionale ha così stabilito che detta disposizione debba intendersi "nel senso che l'intervento edilizio di ricostruzione da effettuare a seguito della demolizione di uno o più edifici a destinazione residenziale o non residenziale, può essere realizzato anche con una diversa sistemazione plano-volumetrica, ovvero con diverse dislocazioni del volume massimo consentito all'interno dell'area di pertinenza, alle condizioni di cui all'articolo 5, comma 3, della medesima L.R. n. 14 del 2009 e qualora insista in zona dotata delle urbanizzazioni primarie previste dalle vigenti disposizioni normative, statali e regionali".

4.1.- Sostiene la difesa dello Stato che questa norma violerebbe l'art. 3 Cost. perché, lungi dall'individuare uno dei possibili significati desumibili dalla prescrizione interpretata, innoverebbe retroattivamente l'ordinamento regionale, così consentendo deroghe volumetriche, nell'ambito della ristrutturazione edilizia, oltre i limiti assentiti dalla originaria disciplina regionale del 2009. La disposizione censurata realizzerebbe, quindi, una nuova deroga *ex lege* agli strumenti urbanistici, ledendo il principio di ragionevolezza, coerenza e certezza del diritto, nonché il legittimo affidamento di terzi controinteressati agli ampliamenti volumetrici in deroga.

La previsione regionale lederebbe altresì il buon andamento della pubblica amministrazione, di cui all'art. 97 Cost., posto che la sua efficacia retroattiva avrebbe l'effetto di "disorientare" le amministrazioni comunali, che non sarebbero in grado di individuare, al fine di un corretto esercizio delle proprie funzioni, gli ampliamenti realizzati nei periodi intercorrenti tra la prima e la seconda normativa.

Questa censura è strettamente collegata alla terza delle questioni, diretta a sostenere la violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost., in relazione agli artt. 36 e 37 del t.u. edilizia. La retroattività della disposizione, infatti, porterebbe alla sanatoria di abusi sostanziali, così violando il principio fondamentale della "doppia conformità", principio in virtù del quale il manufatto edilizio deve risultare

conforme sia alla disciplina urbanistica vigente quando è stato edificato, sia a quella vigente quando viene domandato l'accertamento di conformità.

4.2.- In via preliminare, va ricordato che la successiva L.R. Puglia n. 5 del 2019, ha abrogato (art. 8) la disposizione impugnata, e introdotto un'altra dal medesimo tenore letterale di quella abrogata, ma con efficacia pro futuro (art. 7).

Tali articoli sono stati autonomamente impugnati dallo Stato con il successivo ricorso (reg. ric. n. 63 del 2019), anch'esso portato all'odierna attenzione di codesta Corte. Questa autonoma impugnazione impedisce che, nel caso di specie, possa dichiararsi la cessazione della materia del contendere della questione relativa all'art. 2 della L.R. Puglia n. 59 del 2018. Per costante orientamento di questa Corte, la cessazione della materia del contendere è pronunciata qualora la modifica intervenuta in pendenza di giudizio abbia carattere satisfattivo delle pretese del ricorrente e la norma abrogata non abbia trovato medio tempore applicazione (*ex plurimis*, sentenze n. 287 e n. 180 del 2019). Il successivo ricorso del Governo avverso la norma abrogatrice e l'ulteriore disposizione aggiunta nel corpo dell'art. 4 della L.R. n. 14 del 2009 (rappresentata dall'art. 7 della L.R. Puglia n. 5 del 2019) dimostrano la persistenza di un interesse a una pronuncia nel merito, come pure argomentato dallo stesso ricorrente nella successiva impugnazione.

Peraltro, il periodo di vigenza della norma retroattiva prima della sua abrogazione, per quanto limitato, non è tale da escludere in radice una sua qualche applicazione.

5.- Prima di entrare nel merito delle prospettate questioni di legittimità costituzionale della norma di interpretazione autentica, deve essere ricordato, a titolo di premessa, che detta previsione si preoccupa di interpretare una disposizione, contenuta nella L.R. Puglia n. 14 del 2009, relativa agli ampliamenti volumetrici consentiti in caso di demolizione e ricostruzione di edifici preesistenti (cosiddetta ristrutturazione ricostruttiva).

5.1.- La legge appena menzionata è stata adottata dalla Regione Puglia in attuazione del cosiddetto "piano casa", misura straordinaria di rilancio del mercato edilizio predisposta nel 2008 dal legislatore statale, contenuta nell'art. 11 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, nella L. 6 agosto 2008, n. 133.

In particolare l'art. 11, comma 5, lettera b), prevedeva che detto piano potesse realizzarsi anche attraverso possibili "incrementi premiali di diritti edificatori finalizzati alla dotazione di servizi, spazi pubblici e di miglioramento della qualità urbana, nel rispetto delle aree necessarie per le superfici minime di spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi di cui al D.M. dei lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444".

Nel 2009, per dare attuazione a tale norma fece seguito l'intesa raggiunta in sede di Conferenza unificata, stipulata in data 1° aprile 2009, che ha consentito ai legislatori regionali, fra cui quello pugliese, aumenti volumetrici

(pari al 20 per cento o al 35 per cento in caso di demolizione e ricostruzione) a fronte di un generale miglioramento della qualità architettonica e/o energetica del patrimonio edilizio esistente.

5.2.- Per restare alla cosiddetta ristrutturazione ricostruttiva, che più da vicino interessa l'oggetto del presente giudizio, talune misure regionali adottate hanno realizzato una vera e propria disciplina derogatoria non perfettamente coerente rispetto al generale quadro normativo statale.

5.2.1.- A tale riguardo, deve essere ricordato come, in origine, l'art. 3, comma 1, lettera d), del t.u. edilizia disponesse che, in caso di demolizione, la ricostruzione per essere tale e non essere considerata una nuova "costruzione" - che avrebbe in tal caso richiesto un apposito permesso di costruire, e non una mera segnalazione certificata di inizio attività (artt. 10 e 22 del t.u. edilizia) - doveva concludersi con la "fedele ricostruzione di un fabbricato identico", comportando dunque identità di sagoma, volume, area di sedime e caratteristiche dei materiali.

Il successivo D.Lgs. 27 dicembre 2002, n. 301 (Modifiche ed integrazioni al D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia) ha modificato la definizione di "ricostruzione", eliminando sia lo specifico riferimento alla identità dell'area di sedime e alle caratteristiche dei materiali, sia il concetto di "fedele ricostruzione".

5.2.2.- In epoca successiva, nel 2011, con il comma 9 dell'art. 5 del D.L. n. 70 del 2011 (cosiddetto "decreto sviluppo"), il legislatore ha espressamente autorizzato le Regioni a introdurre normative che disciplinassero interventi di ristrutturazione ricostruttiva con ampliamenti volumetrici, concessi quale misura premiale per la razionalizzazione del patrimonio edilizio, eventualmente anche con "delocalizzazione delle relative volumetrie in area o aree diverse". In tal modo, il legislatore nazionale ha ammesso deroghe all'identità di volumetria nell'ipotesi di ristrutturazioni realizzate con finalità di riqualificazione edilizia.

Simile possibilità è stata però esclusa, dallo stesso legislatore, per una particolare categoria di manufatti, e cioè per gli "edifici abusivi o siti nei centri storici o in aree ad inedificabilità assoluta ..." (art. 5, comma 10, del medesimo decreto).

5.2.3.- Nel 2013, il legislatore è nuovamente intervenuto sull'art. 3, comma 1, lettera d), del t.u. edilizia, con l'art. 30, comma 1, lettera a), del D.L. 21 giugno 2013, n. 69 (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), cosiddetto "decreto del fare", convertito, con modificazioni, nella L. 9 agosto 2013, n. 98, che ha qualificato come "interventi di ristrutturazione edilizia" quelli di demolizione e ricostruzione "con la stessa volumetria di quella preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica nonché quelli volti al ripristino di edifici, o parti di essi, eventualmente crollati o demoliti, attraverso la loro ricostruzione, purché sia possibile accertarne la preesistente consistenza. Rimane fermo che, con riferimento agli immobili

sottoposti a vincoli ai sensi del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della L. 6 luglio 2002, n. 137 e successive modificazioni, gli interventi di demolizione e ricostruzione e gli interventi di ripristino di edifici crollati o demoliti costituiscono interventi di ristrutturazione edilizia soltanto ove sia rispettata la medesima sagoma dell'edificio preesistente".

Il legislatore statale ha dunque progressivamente allargato l'ambito degli interventi di ristrutturazione, consentendo di derogare all'identità di volumetria in caso di ricostruzioni volte alla riqualificazione edilizia e imponendo il rispetto della sagoma solo per immobili vincolati.

5.2.4.- Questa tendenza si è arrestata, nel 2019, con l'art. 5, comma 1, lettera b), del D.L. n. 32 del 2019 (cosiddetto decreto "sblocca cantieri"), che ha inserito il comma 1-ter all'art. 2-bis del t.u. edilizia, così imponendo, per la ristrutturazione ricostruttiva, il generalizzato limite volumetrico (a prescindere, dunque, dalla finalità di riqualificazione edilizia) e il vincolo dell'area di sedime: "in ogni caso di intervento di demolizione e ricostruzione, quest'ultima è comunque consentita nel rispetto delle distanze legittimamente preesistenti purché sia effettuata assicurando la coincidenza dell'area di sedime e del volume dell'edificio ricostruito con quello demolito, nei limiti dell'altezza massima di quest'ultimo".

Allo stato attuale, quindi, la ristrutturazione ricostruttiva, autorizzabile mediante segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), è ammissibile purché siano rispettati i volumi, l'area di sedime del manufatto originario e, per gli immobili vincolati, la sagoma. Al momento dell'adozione del "piano casa" da parte delle Regioni, invece, la normativa statale richiedeva, per la ristrutturazione ricostruttiva, il solo rispetto della volumetria e della sagoma, non l'identità di sedime, limiti da rispettare affinché la ristrutturazione non si traducesse in una nuova costruzione, diversamente regolata dalla legislazione nazionale di settore.

6.- Alla luce di tali premesse, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2 della L.R. Puglia n. 59 del 2018 sono fondate per violazione degli artt. 3 e 117, terzo comma, Cost., in relazione agli artt. 36 e 37 del t.u. edilizia e all'art. 5, comma 10, del D.L. n. 70 del 2011 (cosiddetto "decreto sviluppo").

7.- L'art. 4, comma 1, della L.R. Puglia n. 14 del 2009, oggetto della norma interpretativa, aveva previsto (e prevede) che, "al fine di migliorare la qualità del patrimonio edilizio esistente, sono ammessi interventi di demolizione e ricostruzione di edifici residenziali e non residenziali o misti con realizzazione di un aumento di volumetria sino al 35 per cento di quella legittimamente esistente alla data di entrata in vigore della presente legge da destinare, per la complessiva volumetria risultante a seguito dell'intervento, ai medesimi usi preesistenti legittimi o legittimati, ovvero residenziale, e/o a usi strettamente connessi con le residenze, ovvero ad altri usi consentiti dallo strumento urbanistico. A seguito degli interventi previsti dal presente articolo, gli edifici non residenziali non possono essere destinati a uso residenziale

qualora ricadano all'interno delle zone territoriali omogenee E) di cui all'articolo 2 del D.M. dei lavori pubblici 1444 del 1968". Il comma 3 del medesimo articolo si premura poi di specificare che "gli interventi di ricostruzione devono essere realizzati nel rispetto delle altezze massime e delle distanze minime previste dagli strumenti urbanistici. È consentito il mantenimento dei distacchi, degli arretramenti e degli allineamenti dei manufatti preesistenti limitatamente alla sagoma preesistente. In mancanza di specifica previsione in detti strumenti, e nel caso di ricostruzione di edifici all'interno della sagoma planimetrica dell'esistente, le volumetrie complessive ricostruite sono consentite nel rispetto delle altezze massime della strumentazione urbanistica comunale vigente e delle distanze minime previste dal D.M. 2 aprile 1968, n. 1444 (...)".

In tal senso l'aumento volumetrico, in caso di ricostruzione e demolizione, era (ed è) condizionato dalla legge regionale al rispetto delle altezze e delle distanze previste dagli strumenti urbanistici o, in mancanza, dall'art. 9 del D.M. dei lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444 (Limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza fra i fabbricati e rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, al verde pubblico o a parcheggi da osservare ai fini della formazione dei nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, ai sensi dell'art. 17 della L. 6 agosto 1967, n. 765), o comunque all'osservanza della sagoma dell'edificio preesistente rispetto ai distacchi, agli allineamenti e agli arretramenti.

7.1.- In simile contesto, qualche anno dopo, il legislatore pugliese, con la citata L.R. Puglia n. 59 del 2018, ha inserito l'impugnata norma di interpretazione autentica, la quale ha disposto che il sopra menzionato art. 4, comma 1, della L.R. Puglia n. 14 del 2009 deve essere inteso nel senso che "l'intervento edilizio di ricostruzione da effettuare a seguito della demolizione di uno o più edifici a destinazione residenziale o non residenziale, può essere realizzato anche con una diversa sistemazione plano-volumetrica, ovvero con diverse dislocazioni del volume massimo consentito all'interno dell'area di pertinenza".

7.2.- La disposizione impugnata, come emerge dal confronto delle due prescrizioni, non ha una portata meramente interpretativa.

Questa Corte, con riferimento a una norma di altra Regione che interpretava la locuzione "edifici esistenti" nel senso di includervi "anche gli edifici residenziali in fase di realizzazione in forza di titolo abilitativo in corso di validità" (così allargando, in via retroattiva, la platea dei manufatti beneficiari degli ampliamenti volumetrici previsti dal "piano casa"), ha ribadito la "sostanziale indifferenza, quanto allo scrutinio di legittimità costituzionale, della distinzione tra norme di interpretazione autentica - retroattive, salva una diversa volontà in tal senso esplicitata dal legislatore stesso - e norme innovative con efficacia retroattiva" (sentenza n. 73 del 2017; nonché, da ultimo, sentenza n. 108 del 2019).

Al legislatore - anche regionale - "non è preclusa la possibilità di emanare norme retroattive sia innovative

che di interpretazione autentica. La retroattività deve, tuttavia, trovare adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza attraverso un puntuale bilanciamento tra le ragioni che ne hanno motivato la previsione e i valori, costituzionalmente tutelati, al contempo potenzialmente lesi dall'efficacia a ritroso della norma adottata" (sentenza n. 73 del 2017).

7.2.1.- Questa Corte ha, peraltro, individuato alcuni limiti generali all'efficacia retroattiva delle leggi, relativi al "principio generale di ragionevolezza, che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; alla tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; alla coerenza e alla certezza dell'ordinamento giuridico; al rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario" (sentenza n. 73 del 2013; *ex plurimis*, da ultimo anche sentenze n. 174 e n. 108 del 2019).

Questa Corte ha peraltro precisato che la qualifica di norma (meramente) interpretativa va ascritta solo a quelle disposizioni "che hanno il fine obiettivo di chiarire il senso di norme preesistenti ovvero di escludere o di enucleare uno dei sensi fra quelli ritenuti ragionevolmente riconducibili alla norma interpretata, allo scopo di imporre a chi è tenuto ad applicare la disposizione considerata un determinato significato normativo. Il legislatore, del resto, può adottare norme di interpretazione autentica non soltanto in presenza di incertezze sull'applicazione di una disposizione o di contrasti giurisprudenziali, ma anche quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, così rendendo vincolante un significato ascrivibile ad una norma anteriore" (sentenza n. 73 del 2017).

La distinzione tra norme interpretative e disposizioni innovative rileva, ai fini dello scrutinio di legittimità costituzionale, perché "la palese erroneità di tale auto-qualificazione può costituire un indice, sia pure non dirimente, della irragionevolezza della disposizione impugnata" (sentenza n. 73 del 2017; *ex plurimis*, anche sentenze n. 103 del 2013 e n. 41 del 2011).

7.3.- Alla luce di questi criteri si deve concludere che la specificazione contenuta nella disposizione impugnata è insuscettibile di essere ricompresa nell'originario contenuto dell'art. 4, comma 1, della L.R. Puglia n. 14 del 2009. La norma regionale fa infatti riferimento a una "diversa sistemazione plano-volumetrica o a diverse dislocazioni del volume nell'area di pertinenza". Estende, quindi, in via retroattiva, l'oggetto della disposizione originaria: con riferimento alle "diverse dislocazioni", la disposizione censurata consente nuove e distinte costruzioni rispetto all'immobile originario, collocate in luogo diverso dal precedente ancorché nella medesima area di pertinenza. È vero che, con l'art. 5, comma 9, del citato "decreto sviluppo", il legislatore nazionale ha consentito interventi di demolizione e ricostruzione anche con "delocalizzazione delle relative volumetrie in area o aree diverse", ma tale fattispecie disciplina l'ipotesi affatto diversa del possibile trasferimento (cosiddetto decollo), nell'ambito delle scelte di pianificazione dell'ente locale, dei volumi da

una determinata area del territorio ad altra zona che ammetta l'edificabilità. "Delocalizzazione", peraltro, che rimane preclusa agli "edifici abusivi o siti nei centri storici o in aree ad inedificabilità assoluta" (art. 5, comma 10, del "decreto sviluppo").

A tacere del fatto che la norma regionale fa retroagire al 2009 una possibilità prevista dalla disciplina statale solo nel 2011, la disposizione introdotta dalla Regione Puglia ha una portata diversa e più ampia rispetto alla disciplina dello Stato, la quale non ammette la "dislocazione" dei volumi, così come previsto da quest'ultima disposizione.

7.4.- A conclusioni analoghe può giungersi per l'ambiguo riferimento alle "diverse sistemazioni plano-volumetriche".

La norma regionale autorizza retroattivamente modifiche alla sagoma dell'edificio, da intendersi come "conformazione planivolumetrica della costruzione fuori terra nel suo perimetro considerato in senso verticale ed orizzontale, ovvero il contorno che viene ad assumere l'edificio, ivi comprese le strutture perimetrali, nonché gli aggetti e gli sporti superiori a 1,50 m.": così ai sensi dell'Allegato A, recante "Quadro delle definizioni uniformi" dello Schema di regolamento edilizio tipo, adottato a seguito di intesa in Conferenza unificata del 20 ottobre 2016.

Il t.u. edilizia ha sempre richiesto, come si è visto *supra*, per gli interventi di demolizione e ricostruzione, il rispetto della sagoma dell'edificio preesistente (art. 3, comma 1, lettera d). Il vincolo della sagoma è stato attenuato solo nel 2013, quando l'art. 30, comma 1, lettera a), del D.L. n. 69 del 2013 ne ha disposto il rispetto solo per gli immobili vincolati ai sensi del cod. beni culturali.

Ne deriva che il significato dell'originaria disposizione regionale non poteva consentire ab origine una diversa sistemazione plano-volumetrica e conseguenti modifiche alla sagoma dell'edificio oltre a quelle ammissibili ai sensi e nei limiti della disciplina statale: la norma di interpretazione autentica ha lo scopo, dunque, di legittimare retroattivamente opere di ristrutturazione disallineate rispetto alla preesistente sagoma del manufatto.

7.5.- Non è discutibile, dunque, la portata innovativa della disposizione impugnata, la quale integra, non diversamente da quanto affermato dalla difesa dello Stato, una nuova deroga agli strumenti urbanistici, rendendo irragionevolmente legittime, in virtù della sua portata retroattiva, "condotte ... non considerate tali al momento della loro realizzazione (perché non conformi agli strumenti urbanistici di riferimento)", ma che tali "divengono per effetto dell'intervento successivo del legislatore", così realizzando una "surrettizia ipotesi di sanatoria" (sentenza n. 73 del 2017).

7.6.- L'irragionevolezza della disposizione censurata, con conseguente lesione dell'art. 3 Cost., si accompagna ad una contestuale violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost., in relazione agli artt. 36 e 37 del t.u. edilizia e all'art. 5, comma 10, del "decreto sviluppo". Gli artt. 36 e 37 del t.u. edilizia esprimono, infatti, il principio fondamentale della cosiddetta doppia conformità edilizia, principio che richiede la coerenza del manufatto con la disciplina

urbanistica sia quando è stato edificato, sia quando viene domandato l'accertamento di conformità.

Come questa Corte ha avuto modo di chiarire in più occasioni in tema di condono edilizio "straordinario", "... spettano alla legislazione statale, oltre ai profili penalistici (integralmente sottratti al legislatore regionale: sentenze n. 49 del 2006, n. 70 del 2005 e n. 196 del 2004), le scelte di principio sul versante della sanatoria amministrativa, in particolare quelle relative all'*an*, al quando e al *quantum*. Esula, infatti, dalla potestà legislativa concorrente delle Regioni il potere di 'ampliare i limiti applicativi della sanatoria' (sentenza n. 290 del 2009) oppure, ancora, di 'allargare l'area del condono edilizio rispetto a quanto stabilito dalla legge dello Stato' (sentenza n. 117 del 2015). A maggior ragione, esula dalla potestà legislativa regionale il potere di disporre autonomamente una sanatoria straordinaria per il solo territorio regionale (sentenza n. 233 del 2015)" (sentenza n. 73 del 2017; nello stesso senso, da ultimo, sentenze n. 208 del 2019 e n. 68 del 2018).

7.7.- Le considerazioni appena compiute inducono a dichiarare assorbita la censura concernente la violazione dell'art. 97 Cost.

8.- Il Presidente del Consiglio ha poi impugnato, con autonomo ricorso, due disposizioni della L.R. Puglia n. 5 del 2019: la prima (art. 8) ha abrogato la più volte menzionata norma di interpretazione autentica (art. 2 della L.R. Puglia n. 59 del 2018); la seconda (art. 7) ha inserito in pianta stabile, e con efficacia pro futuro, una prescrizione riproduttiva della abrogata norma regionale (asseritamente) interpretativa.

8.1.- Avverso tali norme la difesa statale ha reiterato, nella sostanza, le censure già proposte nei confronti della disposizione (asseritamente) interpretativa di cui all'art. 2 della citata L.R. n. 59 del 2018.

Ad avviso della Avvocatura generale, l'inserimento in pianta stabile di una norma identica al contenuto precettivo dell'art. 2 della L.R. n. 59 del 2018 avrebbe reso l'abrogazione di quest'ultima priva di qualsiasi effetto pratico, realizzando un continuum normativo che persisterebbe nelle violazioni degli artt. 3, 97, 117, comma terzo, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 36 e 37 del t.u. edilizia e all'art. 5, comma 10, del "decreto sviluppo".

8.1.1.- Rispetto ai termini del precedente ricorso, vi è un profilo di novità, attinente all'asserita lesione dell'art. 2-bis, comma 1-ter, del t.u. edilizia (comma inserito, come si è visto, dall'art. 5, comma 1, lettera b, del D.L. n. 32 del 2019), il quale ora dispone che "in ogni caso di intervento di demolizione e ricostruzione, quest'ultima è comunque consentita nel rispetto delle distanze legittimamente preesistenti purché sia effettuata assicurando la coincidenza dell'area di sedime e del volume dell'edificio ricostruito con quello demolito, nei limiti dell'altezza massima di quest'ultimo", così collocandosi fra i principi fondamentali della materia "governo del territorio".

9.- La questione di legittimità costituzionale, concernente l'art. 7 della L.R. Puglia n. 5 del 2019, promossa con riferimento all'art. 117, terzo comma, Cost., in relazione

all'art. 5, comma 1, lettera b), del D.L. n. 32 del 2019, è fondata.

9.1.- In primo luogo, deve sottolinearsi che la norma statale evocata come parametro interposto, entrata in vigore quattro giorni dopo la impugnata disposizione regionale, assurge, come anticipato, al rango di principio fondamentale della materia.

In tale direzione, un indice significativo è offerto, anzitutto, dalla particolare sede normativa (il t.u. edilizia) prescelta dal legislatore per l'inserimento della nuova norma (avvenuto, come già detto, per mezzo dell'art. 5, comma 1, lettera b, del D.L. n. 32 del 2019).

Per costante giurisprudenza costituzionale, a prescindere dall'auto-qualificazione, certamente non vincolante per l'interpretazione di questa Corte, contenuta nell'art. 1, comma 1, del t.u. edilizia, in detto testo unico trova sede la legislazione di cornice in materia di edilizia, a sua volta riconducibile al governo del territorio.

Molteplici sono le disposizioni del citato testo unico che questa Corte ha annoverato tra i principi fondamentali della suddetta materia (*ex plurimis*, sentenze n. 125 del 2017, n. 282 e n. 272 del 2016, e n. 259 del 2014).

Lo stesso art. 2-bis del t.u. edilizia, nel cui ambito si trova il menzionato comma 1-ter, è stato considerato principio fondamentale per ciò che concerne la vincolatività delle distanze legali stabilite dal D.M. n. 1444 del 1968, derogabili solo a condizione che le eccezioni siano "inserite in strumenti urbanistici, funzionali a conformare un assetto complessivo e unitario di determinate zone del territorio" (sentenza n. 86 del 2019), salvo quanto previsto dall'art. 5, comma 1, lettera b-bis), del D.L. n. 32 del 2019.

9.2.- Come questa Corte ha già avuto modo di sottolineare, le disposizioni del t.u. edilizia integrano "norme dalla diversa estensione, sorrette da *rationes* distinte e infungibili, ma caratterizzate dalla comune finalità di offrire a beni non frazionabili una protezione unitaria sull'intero territorio nazionale" (sentenza n. 125 del 2017).

Il comma 1-ter dell'art. 2-bis del t.u. edilizia, nel disporre che "in ogni caso di intervento di demolizione e ricostruzione, quest'ultima è comunque consentita nel rispetto delle distanze legittimamente preesistenti purché sia effettuata assicurando la coincidenza dell'area di sedime e del volume dell'edificio ricostruito con quello demolito, nei limiti dell'altezza massima di quest'ultimo", detta evidentemente una regola unitaria, valevole sull'intero territorio nazionale, diretta da un lato a favorire la rigenerazione urbana e, dall'altro, a rispettare l'assetto urbanistico impedendo ulteriore consumo di suolo (come peraltro si trae dai lavori preparatori della legge di conversione dell'art. 5, comma 1, lettera b-bis, del D.L. n. 32 del 2019).

9.3.- Chiarita la portata del comma 1-ter, risulta evidente l'antinomia tra il suo tenore normativo e il disposto dell'art. 7 della L.R. Puglia n. 5 del 2019.

Il comma 1-ter dell'art. 2-bis del t.u. edilizia è infatti incompatibile con l'art. 7 della citata L.R. Puglia n. 5 del 2019, che consente, in caso di demolizione e ricostruzione, un aumento volumetrico. Inoltre, il riferimento alla necessaria costruzione entro l'area di sedime - come

definita dal sopra menzionato Allegato A dello Schema di regolamento edilizio tipo - impedisce le "diverse disposizioni dei volumi" cui fa riferimento la norma regionale impugnata.

Non può sostenersi, come invece argomenta la difesa regionale, che l'intervenuta modifica normativa statale non incida sulla legislazione regionale attuativa del "piano casa", considerata disciplina speciale rispetto alla normativa generale prevista dal legislatore nazionale. Il nuovo comma 1-ter dell'art. 2-bis del t.u. edilizia stabilisce che i limiti volumetrici e di sedime si applichino "in ogni caso di intervento di demolizione e ricostruzione", così esprimendo una ratio univoca, volta a superare tutte le disposizioni (anche regionali), in materia di SCIA, incompatibili con i nuovi vincoli.

L'intervenuta modifica del parametro interposto rappresentato dal nuovo principio fondamentale rende quindi costituzionalmente illegittima la norma impugnata, a partire dalla entrata in vigore della novella legislativa statale.

Inoltre, poiché la norma regionale impugnata è entrata in vigore il 16 aprile 2019 mentre la norma statale è entrata in vigore il 19 aprile 2019, la disposizione non può avere avuto applicazione per i pochi giorni precedenti, essendo stata vigente per un tempo incompatibile con il consolidarsi del titolo abilitativo (ai sensi dell'art. 19, comma 6-bis, della L. 7 agosto 1990, n. 241, recante "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi").

Per tale ragione può considerarsi cessata la materia del contendere della questione relativa all'art. 7 impugnato, per l'arco temporale antecedente all'entrata in vigore del nuovo art. 2-bis, comma 1-ter, del t.u. edilizia.

9.4.- Sono assorbite le censure promosse per violazione degli artt. 3, 97 e 117, terzo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 36 e 37 del t.u. edilizia e all'art. 5, comma 10, del D.L. n. 70 del 2011 (cosiddetto "decreto sviluppo").

9.5.- Le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della L.R. Puglia n. 5 del 2019 sono invece non fondate, data la natura meramente abrogativa della disposizione impugnata.

P.Q.M.

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della L.R. Puglia 17 dicembre 2018, n. 59, recante "Modifiche e integrazioni alla L.R. 30 luglio 2009, n. 14 (Misure straordinarie e urgenti a sostegno dell'attività edilizia e per il miglioramento della qualità del patrimonio edilizio residenziale)";

2) dichiara l'illegittimità costituzionale, a partire dalla data del 19 aprile 2019, dell'art. 7 della L.R. Puglia 28 marzo 2019, n. 5, recante "Modifiche alla L.R. 30 novembre 2000, n. 17 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi in materia di tutela ambientale) e istituzione del Sistema informativo dell'edilizia sismica della

Puglia, nonché modifiche alle L.R. 30 luglio 2009, n. 14 (Misure straordinarie e urgenti a sostegno dell'attività edilizia e per il miglioramento della qualità del patrimonio edilizio residenziale) e 17 dicembre 2018, n. 59 (Modifiche ed integrazioni alla L.R. 30 luglio 2009, n. 14)";

3) dichiara cessata la materia del contendere in ordine alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 della L.R. Puglia n. 5 del 2019, nell'arco temporale antecedente all'entrata in vigore dell'art. 5, comma 1, lettera b), del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, recante "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici", convertito, con modificazioni, nella L. 14 giugno 2019, n. 55, promossa dal Presidente del Consiglio dei ministri,

in riferimento agli artt. 3, 97 e 117, terzo comma, della Costituzione, con il ricorso iscritto al n. 63 del reg. ric. 2019;

4) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 della L.R. Puglia n. 5 del 2019, promossa dal Presidente del Consiglio dei ministri, in riferimento agli artt. 3, 97 e 117, terzo comma, Cost., anche in relazione agli artt. 36 e 37 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia (Testo A)", all'art. 5, comma 10, del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, recante "Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia", convertito, con modificazioni, nella L. 12 luglio 2011, n. 106, e all'art. 5, comma 1, lettera b), del D.L. n. 32 del 2019, con il ricorso iscritto al n. 63 del reg. ric. 2019.

La ristrutturazione edilizia "ricostruttiva" secondo la Corte costituzionale

di Paolo Urbani

La sentenza della Corte costituzionale censurando alcune disposizioni del "Piano casa" della Regione Puglia in materia d'interventi di demolizione e ricostruzione con premio di volumetria, riconduce la cosiddetta ristrutturazione edilizia "ricostruttiva" nell'ambito del principio fondamentale della materia di cui al comma 1 *ter* dell'art. 2 *bis* del T.U. dell'edilizia n. 380/2001 introdotto con la L. n. 55 del 2019 ridefinendo i confini della SCIA per quanto riguarda la cosiddetta ristrutturazione edilizia "leggera".

Prologo

La recente sentenza della Corte costituzionale segna un punto di non ritorno rispetto alla disciplina del "Piano casa" introdotto come disciplina straordinaria nel 2009 la cui durata - proprio per tale suo carattere - avrebbe dovuto avere una validità non superiore a 18 mesi, ma in realtà prorogatosi per anni in molte Regioni, e ancora vigente in Puglia, oggetto del presente arresto giurisprudenziale.

Il tema riguarda il cosiddetto "rinnovo urbano" del patrimonio edilizio esistente, oggetto di attenzione da parte del legislatore statale fin dalla L. n. 133 del 2008 seguita poi dal D.L. n. 70 del 2011 (1). Il "Piano

casa" del 2009 s'inserisce quindi tra questi due provvedimenti.

La filosofia alla base di tali scelte normative si fonda su un elemento centrale: ovvero quello di prevedere l'ammissibilità della demolizione e ricostruzione d'interi edifici legittimi offrendo contestualmente una premialità volumetrica variabile che rilanci il settore e renda conveniente per le imprese procedere a tali interventi.

Sulla base di tali previsioni numerose sono le leggi regionali che sono intervenute per disciplinare tali interventi di riuso, ripristino, rinnovo, con l'aggiunta delle cosiddette premialità, variabili da Regione a Regione, ma che al fondo si basavano (e si basano

(1) Si riporta qui il comma 9 dell'art. 5: "Al fine di incentivare la razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente nonché di promuovere e agevolare la riqualificazione di aree urbane degradate con presenza di funzioni eterogenee e tessuti edilizi disorganici o incompiuti nonché di edifici a destinazione non residenziale dismessi o in via di dismissione ovvero da rilocalizzare, tenuto conto anche della necessità di favorire lo sviluppo dell'efficienza energetica e delle fonti rinnovabili, le Regioni approvano entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto specifiche leggi per incentivare tali azioni anche con interventi di demolizione e ricostruzione che

prevedano: a) il riconoscimento di una volumetria aggiuntiva rispetto a quella preesistente come misura premiale; b) la delocalizzazione delle relative volumetrie in area o aree diverse; c) l'ammissibilità delle modifiche di destinazione d'uso, purché si tratti di destinazioni tra loro compatibili o complementari; d) le modifiche della sagoma necessarie per l'armonizzazione architettonica con gli organismi edilizi esistenti. 10. Gli interventi di cui al comma 9 non possono riferirsi ad edifici abusivi o siti nei centri storici o in aree ad inedificabilità assoluta, con esclusione degli edifici per i quali sia stato rilasciato il titolo abilitativo edilizio in sanatoria".

tuttora) su una disciplina di favore diretta ad accogliere, da parte dei Comuni, proposte in tal senso da parte degli operatori, i cui contenuti tuttavia comportano la variazione dello strumento urbanistico che non preveda tali modificazioni dell'assetto urbano vigente (anche in forma semplificata tramite accordo di programma).

In questo quadro s'inserisce, in anticipo, il "Piano casa" frutto dell'intesa Stato Regioni del 2009 che, in realtà, prevede la possibilità di interventi di demolizione e ricostruzione con premialità, ma in deroga agli strumenti urbanistici ed ai regolamenti edilizi (2). Si tratta, in breve, del riconoscimento di una volumetria *ex lege* a prescindere dalle previsioni di piano. Per contemperare tale deroga al sistema di pianificazione (3) si prevede che i comuni possano perimetrare le aree (o zone) nelle quali tali interventi derogatori non sono ammissibili, a tutela della conservazione del patrimonio edilizio esistente. In sostanza il "Piano casa" legittima una sorta di depianificazione del territorio (4) che viene compensata solo ove i comuni entro 60 giorni abbiano perimetrato le aree ove non può ammettersi tale premialità derogatoria (5).

La disciplina della ristrutturazione edilizia

Se questo è lo scenario normativo occorre ora fare riferimento all'oggetto degli interventi ovvero alla cosiddetta ristrutturazione edilizia - categoria disciplinata in origine fin dal 1978 (6) quando s'introdusse nell'ordinamento la definizione giuridica anche di altre categorie d'intervento edilizio tese a disciplinare la manutenzione ordinaria,

straordinaria, il risanamento conservativo ed il restauro, la ristrutturazione urbanistica e quindi anche la ristrutturazione edilizia.

La categoria della ristrutturazione edilizia prevista dal T.U. n. 380/2001 (art. 3, comma 1, lett. d) ha subito diverse modifiche quanto al contenuto degli interventi comportando una sua diversa configurazione rispetto a quella prevista dall'art. 10 dello stesso T.U. In sostanza, mentre l'art. 3 citato attiene alla cosiddetta ristrutturazione edilizia "leggera", l'art. 10 riguarda quella definita "pesante" (7).

La differenza è sostanziale poiché in rapporto alla tipologia degli interventi ammessi cambia il titolo abilitativo specie - per stare alla sentenza in commento - se l'intervento di ristrutturazione (anche con demolizione e ricostruzione) comporti aumento di volumetria. Si tratta da un lato della SCIA (ex Dia) e dall'altro del permesso di costruire.

È noto che la cosiddetta autodichiarazione (DIA) fu introdotta nell'ordinamento anche per le attività edilizie minori - prima richiamate - fin dalla L. n. 493/1993 ma non comprendenti la ristrutturazione edilizia (poi inserita dal T.U. n. 380/2001) come modello di semplificazione ai sensi dell'art. 19 della L. n. 241/1990 finalizzato a rendere più spedite le pratiche edilizie configurandosi così come una vera e propria "fuga" dal provvedimento espresso (la concessione edilizia, poi permesso di costruire).

La definizione normativa di ristrutturazione edilizia di cui all'art. 3, comma 1, lett. d) ha subito modifiche nel tempo cosicché per essere inquadrata come "ricostruzione" e non come nuova "costruzione" l'intervento doveva concludersi con la fedele ricostruzione dell'edificio, con identità di sagoma, volume, area di

(2) Conferenza unificata 31 marzo 2009, Intesa ai sensi dell'art. 8, L. n. 131 del 2003, per "favorire l'armonizzazione delle rispettive legislazioni o il raggiungimento di posizioni unitarie o il conseguimento di obiettivi comuni".

In base all'intesa, le Regioni si sono impegnate ad approvare nel termine di 90 giorni leggi che: a) consentano interventi fino al 20% della volumetria di edifici residenziali uni-bi familiari o comunque di volumetria non superiore ai 1000 metri cubi, quindi, per un massimo di 200 metri cubi, al fine di migliorare anche la qualità architettonica e/o energetica; b) consentano, allo stesso fine, interventi straordinari di demolizione e ricostruzione con ampliamento per edifici a destinazione residenziale entro il limite del 35%; c) semplifichino e accelerino l'attuazione di detti interventi. Le leggi regionali possono però individuare ambiti in cui detti interventi sono esclusi o limitati; gli interventi inoltre, salva diversa decisione, possono avere validità temporalmente definita, comunque non superiore a 18 mesi. In caso di inerzia o ritardo il Governo e il presidente della giunta regionale interessata "determinano le modalità procedurali idonee ad attuare compiutamente l'accordo, anche ai sensi dell'art. 8, comma 1, della legge n. 131/2003".

Le successive leggi regionali contengono l'indicazione che gli interventi sono consentiti, in deroga agli strumenti urbanistici e territoriali comunali e alle previsioni dei regolamenti comunali.

(3) La Corte costituzionale ha più volte ribadito che è il piano urbanistico che determina l'edificabilità delle aree (tra i tanti arresti sentenza n. 1/1980).

(4) Su cui incisivamente le considerazioni di V. Cerulli Irelli - L. De Lucia, *Verso la depianificazione del territorio*, in *Dem. e dir.*, 2009.

(5) Tra le tante: art. 2, L.R. Veneto, n. 14/2009, o simili (cfr. es. L. R. Piemonte n. 20/2009; L.R. Lombardia n. 13/2009; L.R. Basilicata n. 25/2009; L.R. Abruzzo, n. 16/2009; L.R. Marche n. 22/2009; L.R. Sardegna n. 9/2009; L.R. Liguria, n. 49/2009; L.R. Molise n. 30/2009; L.R. Puglia n. 14/2009; L.R. Lazio n. 21/2009; L.R. Campania n. 19/2009). Molte leggi regionali tuttavia, hanno previsto l'ammissibilità degli interventi nel rispetto degli standard urbanistici di zona.

(6) Art. 31, L. n. 457 del 1978.

(7) Per una ricostruzione degli istituti con particolare riferimento alla ristrutturazione edilizia sia consentito rinviare a P. Urbani, *La ristrutturazione edilizia leggera nel "decreto del fare"*, in questa *Rivista*, 2014, 631. P. Urbani, *Le modifiche al TU 380 del 2001 dopo la l. 164/2014 tra semplificazione edilizia e deroghe alla pianificazione urbanistica*, in *Giur. it.*, 2015, n. 1, 234.

sedime e caratteristiche materiali. Successivamente il D.L. n. 301/2002 ha modificato la definizione di ricostruzione eliminando il riferimento all'area di sedime ed alle caratteristiche materiali. Il decreto sviluppo (D.L. n. 70/2011) ha autorizzato la delocalizzazione delle volumetrie. Il decreto del "fare" (D.L. n. 69/2013) ha poi eliminato il riferimento alla sagoma stabilendo che dovesse essere rispettata solo quella degli edifici vincolati. Tali interventi di "ristrutturazione ricostruttiva" possono essere realizzati tramite la DIA poi SCIA (8).

Diversamente in caso di "modifiche complessive della volumetria degli edifici" o dei prospetti (oltre ai requisiti della ristrutturazione "leggera" dell'art. 3, comma 1, lett. d) si ricade nell'art. 10 "interventi subordinati a permesso di costruire" (9).

Il punto fermo della Corte su concetto di ristrutturazione edilizia "leggera"

A fronte di tale panorama normativo - ricostruito attentamente dalla Corte costituzionale - s'inserisce il comma 1 *ter* (10) dell'art. 2 *bis* del T.U. n. 380 che afferma che "In ogni caso di intervento di demolizione e ricostruzione, quest'ultima è comunque consentita nel rispetto delle distanze legittimamente preesistenti purché sia effettuata assicurando la coincidenza dell'area di sedime e del volume dell'edificio ricostruito con quello demolito, nei limiti dell'altezza massima di quest'ultimo".

La disposizione - secondo la Corte - si colloca tra i principi fondamentali della materia "governo del territorio" (11) aggiungendo, inoltre, che le disposizioni del T.U. dell'edilizia integrano "norme dalla diversa estensione, sorrette da *rationes* distinte e infungibili ma caratterizzate dalla comune finalità di offrire a beni non frazionabili una protezione unitaria sull'intero territorio nazionale (sentenza n. 125/2017)".

Il caso specifico riguarda le modifiche apportate alla legge sul Piano casa del 2009 della Regione Puglia, che nel 2018 e 2019 con due leggi regionali introduce un elemento innovativo poiché prevede la possibilità di ricostruire l'edificio con una diversa sistemazione

plano-volumetrica, ovvero con diversa dislocazione del volume massimo consentito all'interno dell'area di pertinenza, senza il rispetto quindi dell'area di sedime.

Secondo la Corte, la disposizione della legge regionale non può essere considerata norma interpretativa ma innovativa, la quale integra una nuova deroga agli strumenti urbanistici rendendo irragionevolmente legittime - in virtù della sua portata retroattiva - condotte non considerate al momento della loro realizzazione, ma tali divengono - per effetto dell'intervento successivo del legislatore - così realizzando una surrettizia opera di sanatoria (sentenza n. 73/2017).

Ma al di là del caso specifico, il punto decisivo della pronuncia della Corte si concentra sul titolo abilitativo costituito dalla Scia mediante la quale viene previsto un aumento di volume (la cosiddetta premialità *ex lege*) ma anche l'abbandono dell'area di sedime.

Tutto ciò in contrasto con le previsioni di norma fondamentale del comma 1 *ter* dell'art. 2 *bis* che definisce la "ristrutturazione ricostruttiva" con il limite dello stesso volume, della stessa area di sedime e della stessa altezza dell'edificio.

Orbene, con "il Piano casa" "novellato" dalle successive leggi regionali pugliesi - ancorché in deroga agli strumenti urbanistici - si è ammessa una trasfigurazione del contenuto della SCIA ammettendo che con questa si possa demolire e ricostruire anche con aumento di volume e abbandono dell'area di sedime.

Se la disposizione del comma 1 *ter* dell'art. 2 *bis* è principio fondamentale questa va applicata su tutto il territorio nazionale con conseguenze sulle diverse leggi regionali di altre Regioni in contrasto con tale principio. Nello stesso tempo va rilevato che il D.Lgs. 25 novembre 2016, n. 222, "Individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio di attività (SCIA), silenzio assenso e comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, ai sensi dell'art. 5, L. 7 agosto 2015, n. 124" prevede nell'allegato A del Regolamento edilizio tipo da recepire da tutte le Regioni una definizione della ristrutturazione edilizia "leggera" che collima

(8) Sugli interventi normativi di semplificazione in materia edilizia vedi le considerazioni di P. Marzaro *La semplificazione sproporzionata: procedimenti e interessi alla ricerca di equilibrio e identità. Il caso del Testo Unico dell'edilizia dopo il decreto cd. Sblocca Italia*, in *Rivista Giuridica di Urbanistica*, 2014/2015.

(9) Stesso titolo abilitativo nel caso d'immobili ricompresi nelle zone A di cui si chieda mutamento di destinazione d'uso o di immobili vincolati in caso di modifica della sagoma.

(10) Introdotto dalla L. n. 55 del 2019, art. 5, comma 1 (Legge "sblocca cantieri").

(11) È noto che l'introduzione nella Costituzione del 2001 della materia "governo del territorio" in luogo dell'urbanistica di cui al previgente art. 117 Cost. aveva posto interrogativi sulla competenza residuale di quest'ultima, subito fugata dalla sent. n. 303/2003 (Mezzanotte) che chiarì subito che nella nuova definizione vi rientrava sia l'urbanistica che l'edilizia come materie concorrenti.

esattamente con il principio fondamentale dell'art. 2 bis, comma 1 ter (12).

Va comunque rilevato che l'introduzione del comma 1 ter dell'art. 2 bis origina da un contrasto giurisprudenziale relativo all'obbligo di rispettare la distanza di 10 metri ai sensi dell'art. 9, comma 1, n. 2 del D.M. n. 1444 del 1968 in caso di demolizione e ricostruzione degli edifici, costringendo quindi o a rendere impossibile o altamente problematica la ricostruzione o a creare non pochi problemi di riassetto delle volumetrie esistenti. Il Consiglio di Stato - dapprima con sentenza n. 4337 del 14 settembre 2017 e successivamente con la sentenza 12 ottobre 2017, n. 4728 - ha posto fine alla *querelle* mettendo in evidenza - tra l'altro - che la disposizione del D.M. n. 1444 si riferisce ai "nuovi edifici", di talché in caso di edifici preesistenti da ricostruire la norma non si applica potendosi quindi ricostruire nella stessa area di sedime.

La "ratio" della norma - introdotta nel 2019 - ha sollevato non pochi dubbi interpretativi circa la portata generale della disposizione.

Ma ancorché la motivazione della norma del T.U. risieda nella specifica questione in oggetto, considerandola da parte di alcuni commentatori (13), intesa come norma speciale e non generale, nulla legittima a non considerare la disposizione del comma 1 ter come principio fondamentale riferito al concetto di

ristrutturazione edilizia "leggera" ammissibile tramite SCIA, principio teso a determinare un punto fermo nella disciplina.

Ne discende - a giudizio di chi scrive - che il legislatore con il comma 1 ter ha inteso reintrodurre nel concetto di ristrutturazione edilizia "ricostruttiva" dell'art. 3, comma 1, lett. d) ciò che era stato eliminato (14) - la coincidenza dell'area di sedime e il limite dell'altezza - riportando all'origine la categoria dell'intervento tramite SCIA. Disposizione che oggi rende incompatibile prevedere tramite SCIA gli interventi ammessi con premio di volumetria e spostamento dell'area di sedime previsti dalla legislazione regionale sul Piano casa (15).

Si tratta, in sostanza, di una "regolamentazione dei confini" tra ristrutturazione edilizia "leggera" e quella "pesante" di cui all'art. 10 del T.U. soggetta a permesso di costruire che si proietta - al di là delle deroghe del Piano casa - per trovare organica collocazione nel sistema della pianificazione urbanistica.

Va osservato infine, che a tacer d'altro, è noto che l'utilizzo della SCIA - in luogo del permesso di costruire - riduce drasticamente la tutela degli interessi del terzo (16) operando una "semplificazione sproporzionata" della tipologia degli interventi ammessi sul patrimonio edilizio esistente ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. d) del T.U. (17).

(12) Si veda il comma 2 del D.Lgs. n. 226: "2. Con riferimento alla materia edilizia, al fine di garantire omogeneità di regime giuridico in tutto il territorio nazionale, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro delegato per la semplificazione e la pubblica amministrazione, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, previa intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, è adottato un glossario unico, che contiene l'elenco delle principali opere edilizie, con l'individuazione della categoria di intervento a cui le stesse appartengono e del conseguente regime giuridico a cui sono sottoposte, ai sensi della tabella A di cui all'articolo 2 del presente decreto".

(13) Vedi N. Millefiori, *Nota a sent. 70/2020 della Corte Costituzionale*, in www.Pausania.it: Corollario di una siffatta ricostruzione esegetica è che il nuovo (e rigorosissimo) vincolo positivo della "coincidenza dell'area di sedime e del volume" - pur costituendo "principio fondamentale della materia" - vale unicamente per la speciale ristrutturazione ricostruttiva ove eseguita in deroga alla disciplina delle distanze, non già e non anche per la categoria generale della ristrutturazione ricostruttiva ex art. 3, comma 1, lett. d), T.U.E. - tuttora astretta soltanto dal limite della volumetria preesistente nonché dal vincolo della sagoma per i soli immobili soggetti a tutela paesaggistica o culturale. In senso conforme anche E. Falcone, *Sentenza 70/2020 della Corte Costituzionale: le previsioni di principio della legislazione statale per gli interventi di demolizione e ricostruzione irrompono sul Piano Casa*, in www.Pausania.it.

pausania.it. Vedi anche F. Gualandi, *La sentenza n. 70/2020 della Corte Costituzionale, ovvero della "demolizione e ricostruzione" (giudiziale) della categoria d'intervento della "ristrutturazione ricostruttiva"*, in *Lexitalia*, 5 maggio 2020.

(14) Vedi D.L. n. 301/2002.

(15) D'altronde è proprio la Corte a richiamare il comma 1 ter dell'art. 2 bis del T.U. come parametro di legittimità della disposizione regionale pugliese che - oltre all'aumento di volumetria - prevede l'abbandono dell'area di sedime per collocare l'edificio ricostruito nel lotto di pertinenza. È appena il caso di rilevare che in tal caso occorrerebbe ricorrere al diverso titolo abilitativo costituito dal permesso di costruire.

(16) Rinvio alle considerazioni ricostruttive di G. La Rosa - E. Bonsignori, *Scia e tutela del terzo dopo la Corte cost. n. 45/2019*, in questa *Rivista*, 2019, 480; E. Pitino, *Sulla SCIA dell'incertezza: la discutibile sentenza della Consulta in materia di tutela del terzo*, in www.Pausania.it. Vedi anche G. Pennetta, *Nuove prospettive sulla tutela del terzo nella s.c.i.a. e sul termine per effettuare le sollecitazioni ai sensi dell'art. 19, comma 6-ter, l. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Diritto e processo amministrativo*, 3, 2020.

(17) Va comunque segnalato che il cosiddetto "Decreto semplificazione" in corso di elaborazione alla data di pubblicazione del presente commento già prevede all'art. 10 "Misure di semplificazione in materia edilizia per agevolare la rigenerazione urbana" ulteriori modifiche sia del comma 1 ter dell'art. 2 bis, sia della lett. d) del comma 1 dell'art. 3 del T.U.E. n. 380/2001.

Processo telematico

Il P.A.T. dopo l'emergenza Covid-19

di Luigi Viola

Il susseguirsi (spesso convulso) degli interventi sul processo amministrativo determinati dall'emergenza Covid-19 ha dato vita, oltre che a una considerevole serie di interventi destinati a trovare applicazione nella sola fase emergenziale, anche a modificazioni della struttura del processo telematico (P.A.T.) dal carattere definitivo. Lo scritto analizza pertanto queste modificazioni, con particolare attenzione alla modifica della previsione dell'art. 13, comma 1 delle disp. att. c.p.a. disposta dall'art. 4, comma 2 del D.L. 30 aprile 2020, n. 28 (conv. in L. 25 giugno 2020, n. 70) ed al conseguente D.P.C.S. 22 maggio 2020, n. 134 ed alle (notevoli) problematiche aperte dal nuovo assetto delle fonti del P.A.T.

Il P.A.T. e l'emergenza Covid-19

Come ampiamente noto, anche il processo amministrativo è stato interessato dall'emergenza Covid-19 e, del resto, non poteva non esserlo, visto l'impatto globale della pandemia e le conseguenze pesanti su tutte le attività economiche e sociali; il tentativo di trovare forme di esercizio dell'attività giurisdizionale compatibili con la nuova categoria del distanziamento sociale (1) ha trovato espressione in convulse modificazioni normative che hanno portato una

parte della dottrina a coniare la nuova categoria della "legislazione pandemica. Il legislatore, nel generalizzato distanziamento sociale, appare distante dalla realtà nell'emanare norme che dovrebbero risolvere problemi ma che, a causa della loro oscurità e della rapidità di novità continue e contraddittorie, ne creano altri, generando confusione nei soggetti deputati all'applicazione (2)".

In questa sostanziale pandemia della legislazione, la dottrina (3) ha ritenuto di poter individuare almeno

(1) Che non avrà probabilmente vita effimera e influenzerà profondamente il nostro modo di vivere: G. Agamben, *Distanziamento sociale*, in <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-distanziamento-sociale>.

(2) C. Volpe, *Il superamento del "processo cartolare coatto". Legislazione della pandemia o pandemia della legislazione?*, in www.GiustAmm.it, 2020, 5. Il susseguirsi di testi normativi dalla diversa impostazione ha poi portato ad una vera e propria "pandemia della dottrina a prima lettura" che ha prodotto una considerevolissima quantità di scritti; oltre agli scritti specificamente citati nelle note, si vedano almeno C. Volpe, *Pronti, partenza, via! Il nuovo processo amministrativo da remoto ai nastri di partenza*, in www.GiustAmm.it, 2020, 6; C. Cacciavillani, *Controcanto sulla disciplina emergenziale del processo amministrativo (con riferimento all'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28)*, in www.GiustAmm.it, 2020, 5; N. Paolantonio, *Note minime sul contraddittorio orale nel processo amministrativo dell'emergenza (nessuno tocchi la discussione orale)*, *ivi*; F. Saitta, *Da Palazzo Spada un ragionevole no al "contraddittorio cartolare coatto" in sede cautelare. Ma il successivo intervento legislativo sembra configurare un'oralità...a discrezione del presidente del collegio*, in [Federalismi.it](http://www.Federalismi.it), 2020, 5 maggio; G. Veltri, *Il processo amministrativo. L'oralità e le sue modalità in fase emergenziale: "tutto andrà bene"*, in www.giustizia-amministrativa.it; F. Volpe, *Ancora sulla disciplina emergenziale del processo amministrativo*, in www.LexItalia.it, 2020, 5; A. D'Urbano - R. Santi, *L'abolizione (temporanea?) della fase*

orale nel processo amministrativo per l'emergenza sanitaria. Il Consiglio di Stato (ordinanze nn. 2358 e 2539 del 2020) riapre alla possibilità di discussione, in [Federalismi.it](http://www.Federalismi.it), 2020, 29 aprile; M. Lipari, *L'art. 36, comma 3, del decreto legge n. 23/2020: la sospensione parziale dei termini processuali è giustificata? Verso una lettura ragionevole della norma*, *ivi*; M. Midiri, *Emergenza, diritti fondamentali, bisogno di tutela: le decisioni cautelari del giudice amministrativo*, in [Dirittifondamentali.it](http://www.Dirittifondamentali.it), 2020; S. Raimondi, *Sugli effetti della legge n. 17/2020 di conversione in legge del D.L. n. 18/2020 sulla proroga dei termini per impugnare disposta dall'art. 36 D.L. n. 23/2020*, in www.GiustAmm.it, 2020, 5; L. Viola, *C'è qualcosa di nuovo oggi nel processo amministrativo, anzi d'antico: brevi considerazioni sull'eliminazione dell'udienza di discussione*, in www.LexItalia.it, 2020, 5; C. Volpe, *Pandemia, processo amministrativo e affinità elettive*, in www.GiustAmm.it, 2020, 4; S. Tarullo, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, *ivi*; G. Vercillo, *Giusto processo amministrativo e rito emergenziale istituito dall'art. 84 del D.L. n. 18/2020*, *ivi*; per un primo raffronto tra la disciplina emergenziale francese e quella italiana, si rinvia a L. Viola, *Il processo amministrativo e l'emergenza COVID-19 in Francia (e in Italia)*, in [DPCE On line](http://www.DPCE.Online.it), 2020, 2.

(3) C. Volpe, *Il superamento del "processo cartolare coatto". Legislazione della pandemia o pandemia della legislazione?*, *cit.*, par. 1.

quattro fasi (lo schema ricostruttivo è pertanto più complicato della scansione in “fasi” dell’intera legislazione emergenziale utilizzata dallo stesso governo e dalla stampa) riportabili ai diversi interventi normativi che si sono susseguiti in un breve (se non brevissimo) periodo di tempo (4); è però forse più utile riportare l’attenzione, piuttosto che sulla scansione temporale in “fasi” sui due temi più importanti, costituiti dalla disciplina emergenziale della tutela cautelare (5) e dalla controversa e contrastata (6) problematica dell’eliminazione, per un limitato periodo di tempo (praticamente dal 16 aprile al 30 maggio 2020, ove si escluda la fase dal 6 aprile al 15 aprile 2020, caratterizzata da una disciplina in cui l’eliminazione dell’udienza di discussione appariva comunque riportabile alla scelta delle parti costituite), della discussione orale, con conseguente “cartolarizzazione” integrale e coatta del processo (7).

Il limitato obiettivo di questo scritto non è però l’esame delle problematiche specifiche delle diverse “fasi” del processo amministrativo durante la pandemia da Covid-19, quanto piuttosto delle modificazioni stabili che l’emergenza lascerà in eredità al P.A.T.; ed in effetti, si tratta di una circostanza immediatamente evidente alla luce, sia di alcune scelte operate dalle leggi di conversione dei decreti legge che hanno regolamentato la fase dell’emergenza, sia della stessa strutturazione della c.d. fase 4 (8) aperta dall’art. 4 del D.L. 30 aprile 2020, n. 28 (conv. in L. 25 giugno 2020, n. 70) che, a differenza della precedente normativa emergenziale, ha previsto modificazioni permanenti alla disciplina del processo amministrativo e non solo norme “a tempo” e di limitato interesse.

Il *focus* è pertanto sulle modificazioni di lungo periodo e non sulla disciplina della fase dell’emergenza (che, negli auspici di tutti, è destinata, prima o poi, a cessare).

Partiamo dalle modificazioni di minore problematicità, ma comunque di un certo rilievo sistematico. La prima modificazione di lungo periodo del P.A.T. derivata dalla legislazione emergenziale è, di certo, costituita dalla completa eliminazione della c.d. “copia di cortesia” ovvero della “copia cartacea del ricorso e degli scritti difensivi, con l’attestazione di conformità al relativo deposito telematico” prevista, originariamente in via transitoria, dall’art. 7, comma 4 del D.L. 31 agosto 2016, n. 168 (conv. in L. 25 ottobre 2016, n. 197) e poi divenuta definitiva per effetto dell’art. 15, comma 1 *bis*, del D.L. 4 ottobre 2018, n. 113 (aggiunto dalla legge di conversione 1° dicembre 2018, n. 132); in particolare, si tratta di un sostanziale “residuo” di processo cartolare che è stato fortemente contestato dall’avvocatura e da una parte della dottrina (9), soprattutto per il conseguente aumento dei costi di giudizio derivante dalla necessità di depositare la copia cartolare (con ineliminabile necessità di un domiciliatario, nel caso in cui il processo sia incardinato in una sede lontana) e che risultavano evidentemente anacronistici in un sistema ormai orientato per il telematico (con conseguenti oneri e, nel caso che ci occupa, anche vantaggi).

A questo proposito, la scelta dell’art. 3, comma 10 del D.L. 8 marzo 2020, n. 11 (poi definitivamente abrogato dall’art. 1, comma 2 della L. 24 aprile 2020, n. 27) era già orientata, oltre che per la sospensione dell’obbligo di deposito della copia di cortesia nel periodo emergenziale, anche per la rimodulazione in via definitiva dei relativi obblighi, attraverso l’inserimento, nel testo dell’art. 7, comma 4 del D.L. 31 agosto 2016, n. 168 (conv. in L. 25 ottobre 2016, n. 197), dopo le parole “deve essere depositata”, dell’ulteriore specificazione “anche a mezzo del servizio postale”; la modificazione normativa è poi divenuta

(4) Sei interventi normativi in appena due mesi; per un quadro ricostruttivo completo dei diversi interventi normativi (che non rientra tra gli obiettivi del presente scritto), si rinvia a C. Volpe, *Il superamento del “processo cartolare coatto”. Legislazione della pandemia o pandemia della legislazione?*, cit., par. 2.

(5) Al proposito, si rinvia soprattutto a N. Durante, *Il procedimento cautelare ai tempi dell’emergenza*, in *www.GiustAmm.it*, 2020, 5 e agli scritti *ivi* citati.

(6) Probabilmente per la prima volta, la cronaca ha registrato una richiesta di intervento del Presidente della Repubblica da parte degli avvocati amministrativisti: L. Ferrarella, *Gli avvocati a Mattarella: “Illegittime le udienze senza la nostra presenza”*, in *Corriere della Sera*, 26 aprile 2020, 4.

(7) Al proposito, si rinvia ai già citati C. Volpe, *Il superamento del “processo cartolare coatto”. Legislazione della pandemia o pandemia della legislazione?*, cit., par. 4; S. Tarullo, *L’udienza*

telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un’occasione perduta, cit.; G. Vercillo, *Giusto processo amministrativo e rito emergenziale istituito dall’art. 84 del D.L. n. 18/2020*, cit.; per una lettura della normativa in termini di sostanziale continuità con alcuni aspetti del sistema italiano di giustizia amministrativa, si rinvia a L. Viola, *C’è qualcosa di nuovo oggi nel processo amministrativo, anzi d’antico: brevi considerazioni sull’eliminazione dell’udienza di discussione*, cit.

(8) Si utilizza sempre la scansione di C. Volpe, *Il superamento del “processo cartolare coatto”. Legislazione della pandemia o pandemia della legislazione?*, cit., par. 1.

(9) Al proposito, si rinvia a L. Viola, *I diversi modi di guardare al P.A.T. e le strategie di adattamento dell’ambiente forense*, in *www.LexItalia.it*, 2018, 4, par. 2; *Id.*, *Le dottrine del processo amministrativo telematico*, in *Judicium, Il processo civile in Italia e in Europa*, 2018, 3, 271, nt. 22.

stabile per gran parte del periodo di emergenza, essendo stata recepita dall'art. 84, comma 10 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 e dalla relativa legge di conversione 24 aprile 2020, n. 27 (che non ha disposto modificazioni sul punto).

In definitiva, un sostanzioso alleggerimento degli oneri economici derivanti dalla previsione della c.d. "copia cartolare di cortesia" (che forse era però più esatto definire "d'obbligo"), attraverso la previsione della possibilità di utilizzare il servizio postale, ovvero una modalità meno problematica e costosa del ricorso ad un domiciliatario (o ad altro "incaricato", spesso di problematica individuazione) che era già stata considerata ammissibile, anche con riferimento al deposito del ricorso, da una certa giurisprudenza antecedente al P.A.T. (10) e che evidentemente importa minori costi del ricorso al domiciliatario.

La legge di conversione del D.L. 30 aprile 2020, n. 28 (ovvero la L. 25 giugno 2020, n. 70) è poi andata decisamente più in là, aggiungendo al primo comma dell'art. 4 un secondo periodo dedicato alla completa abrogazione dell'art. 7, comma 4 del D.L. 31 agosto 2016, n. 168 (conv. in L. 25 ottobre 2016, n. 197) in materia di copia di cortesia e del già citato art. 84, comma 10 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, conv. in L. 24 aprile 2020, n. 27 (che quindi ha assunto carattere meramente transitorio) relativo alla possibilità di depositare la stessa "anche a mezzo del servizio postale".

In buona sostanza, la copia di cortesia è pertanto andata in soffitta (si deve ritenere in via definitiva) ed il ricorso al cartaceo nel nuovo P.A.T. è da ritenersi limitato all'eccezionale previsione dell'art. 136, comma 2 c.p.a. (come sostituito dall'art. 7, comma 1, lett. b), n. 1), del D.L. 31 agosto 2016, n. 168, conv. in L. 25 ottobre 2016, n. 197) ed alle (poche) eccezioni previste dalla

sistematica del processo telematico (11); un'innovazione certo positiva e che ben si apprezza nell'ottica di una complessiva riduzione dei costi economici di un processo purtroppo caratterizzato da altissimi costi di giudizio (12).

La seconda modificazione di "lunga durata" del processo amministrativo telematico deriva poi dalla parte finale del comma 3 dell'art. 4 del D.L. 30 aprile 2020, n. 28 che ha disposto la definitiva abrogazione dell'art. 136, comma 2 *quater* del codice del processo amministrativo (aggiunto dall'art. 7, comma 1, lett. b, n. 3, del D.L. 31 agosto 2016, n. 168, conv. in L. 25 ottobre 2016, n. 197) prevedente la possibilità per il "presidente della sezione o... (del collegio se la questione sorge in udienza...(di) autorizzare il privato chiamato in causa dallo stesso giudice, che non possa effettuare il deposito di scritti difensivi o di documenti mediante PEC, a depositarli mediante *upload* attraverso il sito internet istituzionale".

È stata pertanto disposta l'abrogazione di una norma "di nicchia" destinata sostanzialmente a trovare applicazione nei soli "casi di chiamata in giudizio di cui all'art. 28 comma 3...(o) di ammissione in giudizio della testimonianza ai sensi dell'art. 63, comma 3 che nel processo amministrativo non è mai ammessa in forma orale (13)" e che aveva dato vita a qualche dubbio interpretativo (14); al proposito, non è però chiaro quale possa essere il collegamento tra la detta abrogazione e l'emergenza Covid-19 (probabilmente nessuno) e quali fossero le particolari ragioni che rendevano urgente l'abrogazione di una norma, come già rilevato, "di nicchia" e di non frequente applicazione.

Ma la parte più interessante dell'"eredità" che la pandemia da Covid-19 ha lasciato alla giustizia amministrativa è di certo costituita dal nuovo assetto delle fonti del P.A.T.

(10) Si veda, al proposito, quanto rilevato in L. Viola, *Il deposito del ricorso dopo il P.A.T., tra sanatoria per raggiungimento dello scopo e automazione del processo*, in questa *Rivista*, 2017, 6, 804.

(11) Per la relativa trattazione, si rinvia a I.S.I. Pisano, *Commento all'art. 136 c.p.a. ed agli artt. 1-7 disp. att.*, in R. Chieppa (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2017, 824.

(12) Al proposito, si vedano L. Viola, *Introduzione breve all'analisi economica della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Giur. amm.*, 2006, II, 331; Id., *Giurisdizione condizionata e azione risarcitoria nei confronti della p.a.: le incertezze della Corte costituzionale*, *ivi*, 2008, 219; F. Saitta, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, in A.I.P.D.A. (Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo), *Analisi economica e diritto amministrativo*, Milano, 2007, 285 ss.; B. Raganelli, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, 2012, 80.

(13) I.S.I. Pisano, *Commento all'art. 136 c.p.a. ed agli artt. 1-7 disp. att.*, cit., 818.

(14) I.S.I. Pisano, *Commento all'art. 136 c.p.a. ed agli artt. 1-7 disp. att.*, cit., 818 aveva rilevato le incertezze interpretative relative alla stessa definizione di "impossibilità di avvalersi della P.E.C." che, ove fosse stata riferita alla semplice non disponibilità di una P.E.C. da parte del privato chiamato ad intervenire nel processo o a rendervi una testimonianza, poteva essere comunque surrogata dai cd. mini-U.R.P. di cui alla circolare 21 febbraio 2017 del Segretariato Generale della Giustizia Amministrativa; in pratica, l'unica soluzione che oggi rimane a disposizione del privato chiamato d'ufficio ad intervenire o a testimoniare nel processo amministrativo e che non voglia munirsi di una P.E.C. dopo l'abrogazione della previsione di cui all'art. 136, comma 2-*quater* del codice del processo amministrativo.

Il nuovo assetto delle fonti del P.A.T.: il nuovo decreto del Presidente del Consiglio di Stato

Come ampiamente noto, l'avvento del P.A.T. ha importato anche un profondo mutamento dell'assetto delle fonti del processo amministrativo.

In maniera fortemente paradossale, l'atto stesso che ha importato il passaggio del processo amministrativo (in precedenza, caratterizzato dalla compresenza di fonti di livello legislativo e regolamentare (15)) ad un assetto normativo compatibile con la riserva di legge di cui all'art. 111, comma 1, Cost. (ovviamente, nel testo modificato dalla L. cost. 23 novembre 1999, n. 2), ovvero il codice del processo amministrativo di cui al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, conteneva già i "germi" di un sostanziale ritorno ad una disciplina "mista" caratterizzata dalla compresenza di legge e regolamento, legata propria all'introduzione del processo amministrativo telematico.

In particolare, si tratta di una conseguenza derivante dalla scelta sistematica cristallizzata già nella formulazione originaria della previsione di cui all'art. 13, comma 1 del Titolo IV delle disposizioni di attuazione al codice che rinviava ad un regolamento emanato dal Presidente del Consiglio dei Ministri la definizione delle "regole tecnico-operative" del nuovo processo amministrativo digitale ed in definitiva, la stessa introduzione nell'ordinamento del c.d. P.A.T.; opzione per la sede regolamentare che era giustificata, nella Relazione di accompagnamento al Codice del processo amministrativo, sulla base della necessità di assicurare i due requisiti fondamentali della flessibilità e tempestività di adattamento alle novità tecnologiche, in un contesto caratterizzato da una forte tecnicità e da una rapida obsolescenza dei sistemi: "il rinvio ad una normativa di livello regolamentare è stato ritenuto lo strumento più idoneo per consentire l'introduzione del processo amministrativo telematico, analogamente a quanto avvenuto con il D.M. 17 luglio 2008 che ha fissato le

regole tecnico-operative per l'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile. Lo strumento regolamentare ha, infatti, il pregio della flessibilità e della tempestività di adeguamento, caratteristiche essenziali in un settore connotato da una continua evoluzione (16)".

Appena dopo l'emanazione del D.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 (regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico), destinato a regolamentare il processo amministrativo telematico, una parte importante della dottrina aveva però mutato sostanzialmente registro e cominciato a sollevare una serie di dubbi in ordine alla stessa compatibilità con la riserva di legge in materia processuale di cui all'art. 111, comma 1, Cost. dell'opzione normativa per la disciplina regolamentare del P.A.T.: "essendovi in materia processuale riserva assoluta di legge, ciò che si può demandare alla fonte regolamentare/tecnica sono solo le disposizioni che traducono in modalità tecniche le regole processuali fissate da fonte primaria (17)".

Del resto, si trattava (e si tratta) di un dubbio sistematico di non poco momento e caratterizzato da immediati (e possibili) rischi applicativi che era stato immediatamente (e fortemente) avvertito già dal parere reso dalla Sezione consultiva atti normativi del Consiglio di Stato sullo schema di regolamento applicativo dell'art. 13 disp. att. c.p.a. che aveva già rilevato il possibile contrasto con alcune previsioni del codice (quelle di cui agli artt. 1, 2 nella parte non abrogata, 3, comma 1, 4 e 7 dell'all. II al Codice ed in generale, con le disposizioni processuali in materia di "procura alle liti, deposito degli atti processuali, comunicazioni di segreteria e notificazioni") ed il rischio di "problemi interpretativi e di coordinamento fra norme ... (e) di disapplicazione o impugnazione, mettendo così a repentaglio la piena operatività del processo telematico (18)".

Forse per effetto di queste forti voci critiche e del conseguente rischio di disapplicazioni di alcune

(15) Per il relativo quadro ricostruttivo, si rinvia a M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, V ed. a cura di E. Cardì - A. Nigro, Bologna 2000, 254 ss.

(16) Relazione al Codice del processo amministrativo in www.giustizia-amministrativa.it; è sostanzialmente su questa linea ricostruttiva che si è immediatamente attestata la prima dottrina relativa al P.A.T. (per tutti, si rinvia a I.S.I. Pisano, *Manuale di teoria e pratica del processo amministrativo telematico*, Milano, 2013, 19; Id., *Il processo amministrativo telematico (PAT)*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, 2014, 1322). Come rilevato in altra sede (L. Viola, *Le dottrine del processo amministrativo telematico*, cit., 291) si tratta di un'impostazione che non è nata in ambito processuale (anche se è attualmente alla base di molti processi telematici), ma deriva dal "nuovo

approccio" al processo di armonizzazione tecnica e normalizzazione utilizzato in ambito comunitario, a partire dalla risoluzione CE 7 maggio 1985 del Consiglio della Comunità Europea.

(17) R. De Nictolis, (a cura di), *Processo amministrativo - Formulario commentato*, Milano, III ed., 2016, 2680; L. Viola, *Diritto e tecnica nel processo amministrativo telematico*, in www.federalismi.it, 2016, 22, 2; Id. *Giusto processo e processo amministrativo telematico: un rapporto difficile*, in questa *Rivista*, 2017, 2, 181; sulla questione, si veda anche F. D'Alessandri, *La violazione delle regole tecniche del PAT e il principio di conservazione degli atti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 6.

(18) Cons. Stato, Sez. consultiva atti normativi, 20 gennaio 2016, n. 66/2016, par. in www.LexItalia.it, 2016, 2; in www.giustizia-amministrativa.it.

norme chiave, il legislatore aveva poi cambiato sostanzialmente registro provvedendo, con l'art. 7 del già richiamato D.L. 31 agosto 2016, n. 168 (convertito in L. 25 ottobre 2016, n. 197), ad operare quella trasposizione a livello normativo delle più importanti regole del nuovo P.A.T. (19) necessaria a neutralizzare, almeno in parte, il rischio di disapplicazione evidenziato dal parere reso dalla Sezione consultiva atti normativi del Consiglio di Stato sullo schema di quello che sarebbe poi divenuto il D.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40; in buona sostanza, si è pertanto passati da una prima linea ricostruttiva che confinava alla sede regolamentare le regole applicative del P.A.T. ad una nuova strutturazione che ha inserito almeno parte di queste norme nel codice del processo amministrativo e, per certi versi (20), attribuito alle norme in materia di P.A.T. addirittura valore di "supernorme (21)", sottoposte ad un regime diverso rispetto alle ordinarie regole processuali. Con l'art. 4 del D.L. 30 aprile 2020, n. 28 il "pendolo normativo" del P.A.T. ha però ripreso fortemente ad orientarsi per l'opzione regolamentare, in una visione modificata e corretta alla luce dell'emergenza Covid-19.

In particolare, il riferimento è all'art. 4, comma 2 del D.L. 30 aprile 2020, n. 28 (nella prima formulazione) che ha sostituito la previsione dell'art. 13, comma 1 del Titolo IV delle disposizioni di attuazione al c.p.a. con una nuova disposizione che ha attribuito al Presidente del Consiglio di Stato e non più al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di emanare, "sentiti il Dipartimento della Presidenza del Consiglio dei ministri competente in materia di trasformazione digitale e gli altri soggetti indicati dalla legge, che si esprimono nel termine perentorio di trenta giorni dalla trasmissione dello schema di decreto, ... le regole tecnico-operative per la sperimentazione e la graduale applicazione degli aggiornamenti del processo amministrativo telematico, anche relativamente ai procedimenti connessi attualmente non informatizzati, ivi incluso il procedimento per ricorso straordinario"; l'applicabilità della nuova disciplina è

poi rinviata, per effetto della parte finale dell'art. 4, comma 2 del D.L. 30 aprile 2020, n. 28, alla "data nello stesso indicata, comunque non anteriore al quinto giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana" e da tale data deve intendersi esplicitamente abrogato il D.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 (art. 4, comma 3 del D.L. 30 aprile 2020, n. 28).

Siamo pertanto in presenza di quell'attribuzione di competenza che è stata esercitata con il decreto del Presidente del Consiglio di Stato 22 maggio 2020, n. 134 recante le nuove "regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico, nonché per la sperimentazione e la graduale applicazione dei relativi aggiornamenti" che risulta pubblicato in G.U. serie generale 27 maggio 2020, n. 135 (22) e pertanto ha ormai sostituito il "vecchio" D.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40, contestualmente abrogato per effetto dell'art. 4, comma 3 del D.L. 30 aprile 2020, n. 28; è pertanto a questo nuovo decreto che bisogna attualmente guardare per la disciplina del P.A.T., sia per quello che riguarda la disciplina "permanente e a regime" di cui agli Allegati 1 e 2 al decreto, che per quello che riguarda la disciplina delle nuove discussioni orali in videoconferenza di cui all'art. 4, comma 1 del D.L. 30 aprile 2020, n. 28 che risulta assicurata dall'art. 2 e dall'all. 3 al decreto (e che risulta, al momento, destinata a trovare applicazione solo fino al 31 luglio 2020).

La consapevolezza dei possibili inconvenienti derivanti dai tempi molto ristretti dell'intera operazione (destinata a risultare operativa con le prime udienze successive al 30 maggio 2020), ha poi portato alla scelta, esplicitata già in epigrafe agli Allegati 1 e 2 al D.P.C.S. 22 maggio 2020 n. 134, di dare vita alla mera "riproduzione del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 16 febbraio 2016, n. 40" e del relativo all. A; per il momento, siamo pertanto in presenza di una nuova fonte di disciplina che non ha importato modificazioni sostanziali delle norme del P.A.T. (23), ma solo un cambiamento di "cornice" e, soprattutto, di competenze normative che sono

(19) Particolarmente importanti, appaiono, in questa prospettiva, l'introduzione del c.d. domicilio digitale operata dall'art. 7, comma 1, lett. a) del D.L. 31 agosto 2016, n. 168 e le modificazioni alle previsioni degli artt. 3, 4 e 5 disp. att. al c.p.a. disposte dal comma 2 della disposizione.

(20) Attraverso norme come quella relativa alla possibilità, per i collegi di primo grado, di deferire all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le questioni relative all'interpretazione delle norme in tema di processo amministrativo telematico prevista dal nuovo art. 13 bis del c.p.a. (introdotta dall'art. 7, comma 2, lett. e, del D.L. 31 agosto 2016, n. 168, conv. in L. 25 ottobre 2016, n. 197) ormai superata per il decorso del previsto triennio di applicazione o la particolare composizione del Consiglio di Presidenza della

Giustizia amministrativa quando debbano essere adottate "misure finalizzate ad assicurare la migliore funzionalità del processo amministrativo telematico" prevista dall'art. 7, comma 7 del D.L. 31 agosto 2016, n. 168.

(21) Sulla questione, si rinvia a L. Viola, *Diritto e tecnica nel processo amministrativo telematico*, cit., 18; Id., *Giusto processo e processo amministrativo telematico: un rapporto difficile*, cit., 189.

(22) Vedilo anche in www.giustizia-amministrativa.it.

(23) È questa la conclusione anche di C. Volpe, *Pronti, partenza, via! Il nuovo processo amministrativo da remoto ai nastri di partenza*, cit., par. 3.1.

passate dal Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente del Consiglio di Stato.

Indubbiamente, si tratta di una modificazione normativa che ha aumentato il tasso di “elasticità” del sistema e ridotto i tempi di possibili modificazioni della normativa di disciplina del P.A.T.; ed in questo si evidenzia un certo legame tra la modificazione in discorso e l'emergenza da Covid-19 che ha dimostrato la necessità di tempi di intervento (anche sotto l'aspetto normativo) più ridotti di quelli ordinari.

Risultavano (e risultano) però evidenti alcune non indifferenti problematiche applicative.

La prima origina dalla mancata previsione, nel nuovo testo della previsione dell'art. 13, comma 1 delle disp. att. c.p.a. introdotto dal testo originario dell'art. 4, comma 2 del D.L. 30 aprile 2020, n. 28, del parere obbligatorio del Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa, in precedenza previsto da tutte le versioni della disposizione; modificazione normativa che è stata comunque surrogata, nella logica particolarmente “partecipata” alla base del D.P.C.S. 22 maggio 2020, n. 134 (24), dall'acquisizione del parere dell'organo di autogoverno nella seduta del 15 maggio 2020 (anche se non nella composizione di cui all'art. 7, comma 7 del D.L. 31 agosto 2016, n. 168, conv. in L. 25 ottobre 2016, n. 197) e nella modificazione, in pari data, dell'art. 15 del “Regolamento di organizzazione degli uffici amministrativi della Giustizia Amministrativa” (approvato con decreto del Presidente del Consiglio di Stato 29 gennaio 2018, n. 9), con l'inserimento di nuovo comma 1 bis che oggi prevede che “il Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa esprim(a) parere sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio di Stato recante le regole tecnico-operative per il processo amministrativo telematico, ai sensi dell'art. 13 dell'allegato 2 al codice del processo amministrativo. Il parere è reso entro il termine perentorio di trenta giorni dalla trasmissione dello schema di decreto”.

La problematicità della previsione è stata però superata dalla legge di conversione del D.L. 30 aprile

2020, n. 28 (ovvero la L. 25 giugno 2020, n. 70) che ha modificato la previsione dell'art. 4, comma 2 del Decreto (e quindi l'art. 13, comma 1 del Titolo IV delle disposizioni di attuazione al c.p.a.), sostituendo il generico riferimento agli “altri soggetti indicati dalla legge” con un più preciso riferimento al “Consiglio nazionale forense, ..(al) Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa ... (ed alle) associazioni specialistiche maggiormente rappresentative”.

Una norma che, da un lato, ha quindi superato la problematica dell'omessa previsione del parere del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa e che, dall'altro, ha stabilizzato e reso sostanzialmente definitiva la logica particolarmente “partecipata” alla base del D.P.C.S. 22 maggio 2020, n. 134; soluzione normativa su cui occorrerà sicuramente ritornare e che porta ad individuare nel P.A.T. un sostanziale *unicum* nel panorama normativo processuale italiano, in cui aspetti centrali del processo sono regolamentati dallo stesso vertice della Giustizia amministrativa, ma in un logica “controbilanciata” dalla necessaria audizione del Consiglio nazionale forense e delle associazioni specialistiche maggiormente rappresentative; sicuramente un decisivo passo in avanti, sia per il vertice della Giustizia amministrativa, che per l'avvocatura.

Nulla è però cambiato per quello che riguarda la seconda modificazione del procedimento di emanazione del regolamento di disciplina del P.A.T. che è derivata dal nuovo testo dell'art. 13, comma 1 del Titolo IV delle disposizioni di attuazione al c.p.a.; in particolare, si tratta di una modificazione forse di minore evidenza, ma che risulta tuttavia di una certa importanza.

Il passaggio della competenza all'emanazione del regolamento di disciplina del P.A.T. dal Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente del Consiglio di Stato ha, infatti, implicitamente importato l'esclusione dell'obbligo di acquisire il parere del Consiglio di Stato (in particolare, della Sezione consultiva atti normativi del Consiglio di Stato, che, in effetti, non è stato acquisito in sede di emanazione del D.P.C.S. 22

(24) Oltre al Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa risultano, infatti, sentiti anche il Garante per la protezione dei dati personali, il Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei ministri e l'Agenzia per l'Italia digitale ed acquisite le osservazioni dell'Avvocatura generale dello Stato, delle associazioni rappresentative dei magistrati amministrativi, del Consiglio nazionale forense e delle associazioni rappresentative degli avvocati amministrativisti; soprattutto la seconda parte degli apporti acquisiti evidenzia come si sia andati ben al di là degli obblighi normativi. Probabilmente la stessa logica “partecipativa” sopra richiamata ha indotto una parte della dottrina (C. Volpe, *Pronti, partenza, via! Il nuovo processo amministrativo da remoto*

ai nastri di partenza, cit., par. 2) ad inserire tra le fonti di regolamentazione del processo amministrativo telematico anche le linee guida emanate dal Presidente del Consiglio di Stato durante l'emergenza Covid-19 e il protocollo d'intesa intervenuto tra la Giustizia amministrativa, l'Avvocatura dello Stato, il Consiglio Nazionale Forense, il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma e le Associazioni specialistiche degli avvocati amministrativisti sulla gestione delle udienze telematiche; in realtà, sembra però a chi scrive che l'assetto delle fonti di regolazione del P.A.T. si debba arrestare al D.P.C.S. 22 maggio 2020, n. 134 e che gli atti sopra richiamati debbano essere riportati ai più ristretti confini del potere di indirizzo.

maggio 2020, n. 134) che deriva dalle previsioni degli artt. 17, comma 4 della L. 23 agosto 1988, n. 400 (disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri) e 17, comma 25, lett. a) della L. 15 maggio 1997, n. 127 (c.d. Bassanini *bis*).

In particolare, si tratta di una modificazione non irrilevante e che determina la perdita di uno specifico apporto consultivo che la stessa esperienza dell'emanazione del D.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 e delle vicende normative successive (compreso lo stesso D.L. 31 agosto 2016, n. 168, conv. in L. 25 ottobre 2016, n. 197) ha dimostrato di una certa utilità e per nulla superfluo.

Al di là delle modificazioni relative alla competenza all'emanazione del regolamento di disciplina del P.A.T. ed all'acquisizione dei relativi apporti consultivi, la nuova formulazione dell'art. 13, comma 1 disp. att. c.p.a. evidenzia poi le stesse problematiche di base della sua formulazione originaria, essenzialmente riportabili al dubbio genetico in ordine alla compatibilità dell'opzione per la disciplina regolamentare con la previsione di cui all'art. 111, comma 1, Cost.

Ed in effetti, si tratta di un dubbio generale di non poco momento, ove si abbia riferimento all'opinione dottrinale prevalente che ha attribuito alla previsione di cui all'art. 111, comma 1, Cost. il "senso in cui viene correntemente intesa la 'riserva assoluta'; nel senso, cioè, di impedire che in questa materia possa intervenire il potere regolamentare del Governo (tranne forse che nella forma di regolamenti di stretta esecuzione), mentre invece sarebbero pienamente ammissibili sia decreti legislativi che decreti-legge (25)".

Anche ponendosi nella prospettiva che ha concluso per il carattere relativo della riserva di legge di cui all'art. 111, comma 1, Cost. (26) o che ha ammesso la possibilità di regolamenti di stretta esecuzione in

materia, appare poi quasi impossibile non rilevare come l'opzione per la fonte regolamentare operata dall'art. 13, comma 1, disp. att. c.p.a. non possa non originare la problematica del possibile contrasto tra regole processuali previste dalle disposizioni del codice e disposizioni di livello regolamentare, essendo sostanzialmente indubbio come "in nessun caso regole e specifiche tecniche possono modificare le regole processuali in materia di termini, oneri e decadenze per le parti, e ove lo facciano sono disapplicabili se in contrasto con le norme processuali primarie (27)".

E si tratta di una problematica che mantiene una sua forte validità anche dopo l'emanazione del D.P.C.S. 22 maggio 2020, n. 134 che, recependo i contenuti del precedente D.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40, ha mantenuto anche norme (come la previsione dell'art. 6, comma 5, oggi dell'all. 2 al D.P.C.S. 22 maggio 2020, n. 134) che, pur continuando ad essere "non secondarie" nel sistema e molto utili nella pratica, sono a forte rischio disapplicazione, con la conseguente necessità di ricorrere ad un qualche *escamotage* interpretativo destinato a "salvare" la previsione (come il ricorso al principio di sanatoria per raggiungimento dello scopo di cui all'art. 156, comma 3, c.p.c. prospettato da chi scrive (28)).

Il sostanziale recepimento dei contenuti del D.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 da parte del nuovo regolamento di disciplina del P.A.T. ha poi importato anche il recepimento della struttura dualistica organizzata sulla compresenza di *regole tecniche* (i 21 articoli oggi raggruppati nell'all. 1 al D.P.C.S. 22 maggio 2020, n. 134, la cui modificazione è soggetta all'*iter* ordinario previsto dall'art. 13, comma 1, disp. att. c.p.a.) e *specifiche tecniche* (i 18 articoli oggi nell'all. 2 al D.P.C.S. 22 maggio 2020, n. 134, modificabili e aggiornabili mediante la più snella procedura di cui all'art. 19, comma 2 dell'all. 1 (29)); a questo proposito, non si può non richiamare quanto

(25) M. Cecchetti, *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, aggiornamento-V, Milano, 2001, par. 8 che così argomenta: "a favore di tale conclusione sembrano convergere diversi argomenti: l'esigenza che la disciplina processuale garantisca comunque la terzietà e l'imparzialità del giudice; il fatto che l'attività di esecuzione e applicazione delle norme sul processo sia necessariamente affidata al potere giudiziario, con totale esclusione di ogni competenza della pubblica amministrazione; l'evidente estensione del campo di applicazione della riserva alla disciplina di tutti i processi, senza una particolare distinzione per il processo penale (in cui è pacificamente riconosciuta l'esclusione del potere regolamentare del Governo, in quanto processo destinato per definizione ad incidere sulla libertà personale); infine l'orientamento, affermatosi già prima della legge di revisione costituzionale del 1999, tendente a riconoscere la configurabilità di una riserva di legge assoluta in materia processuale, soprattutto sulla base dell'art. 108 cost."

(26) L'unica voce orientata in questo senso è peraltro quella di F. Tommaseo, *Revisione della seconda parte della Costituzione. Norme sulla giurisdizione*, in V. Salafia - N. Picardi - F.A. Genovese - E. Fazzalari - V. Caianiello - V. Grevi - G. Tarzia - L.P. Comoglio - M. Chiavario - R. Villata - F. Tommaseo - S. Chiarloni, *Le garanzie della giurisdizione e del processo nel progetto della commissione bicamerale*, Milano, 1999, 181.

(27) R. De Nictolis (a cura di), *Processo amministrativo - Formulario commentato*, cit., 2680.

(28) L. Viola, *Il deposito del ricorso dopo il P.A.T., tra sanatoria per raggiungimento dello scopo e automazione del processo*, cit., 809 ss.

(29) Ovvero, a mezzo apposito atto adottato dal responsabile del S.I.G.A., in base all'evoluzione scientifica e tecnologica e previa comunicazione al Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, sentita l'Agenzia per l'Italia Digitale e, limitatamente ai profili inerenti la protezione dei dati personali, il Garante

già precedentemente rilevato dalla dottrina in ordine al fatto che “l’art. 13 disp. att. c.p.a. non sembra autorizzare tale distinzione, prevedendo solo un regolamento con il relativo procedimento, e non anche specifiche tecniche con un diverso e meno garantito iter procedimentale, nel quale mancano essenziali garanzie di partecipazione (30)”.

Anche in questo caso, si tratta di aspetto problematico già rilevato dal parere reso sullo schema di quello che sarebbe poi diventato il D.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 dalla Sezione consultiva atti normativi del Consiglio di Stato che, sulla base del tradizionale orientamento che considera ammissibile il ricorso ad atti di disciplina di carattere non regolamentare solo in presenza di norme di carattere effettivamente tecnico, aveva rilevato il carattere sostanzialmente regolamentare delle previsioni di cui agli artt. 3, comma 9, 4, commi 1 e 2 e 9, commi 3 e 4 ed invitato il Governo ad estrapolare “le disposizioni di carattere sostanziale contenute nell’allegato tecnico collocandole all’interno del testo regolamentare (31)”.

Una volta passata al Presidente del Consiglio di Stato la competenza all’emanazione del regolamento di cui all’art. 13, comma 1, disp. att. c.p.a. appare del tutto inutile il mantenimento dell’opinabile e contrastata distinzione tra le due “classi” di norme, così come altrettanto inutile risulta il mantenimento della competenza modificativa delle specifiche tecniche in capo al responsabile del S.I.G.A.; una volta passata l’emergenza, l’intera sistematica del regolamento di disciplina del P.A.T. dovrebbe pertanto essere ripensata e abbandonata la distinzione tra regole tecniche e specifiche tecniche che oggi non ha praticamente più ragione di essere, vista la più veloce procedura di modifica dell’intera fonte di disciplina del processo amministrativo telematico.

Conclusivamente, deve poi rilevarsi come, in meno di dieci anni, il processo amministrativo abbia compiuto, sotto l’aspetto delle fonti di disciplina, una sua parabola, ritornando sostanzialmente a quello che era il suo assetto tradizionale; dopo una “partenza” con il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 caratterizzata dalla sola applicazione della normativa di livello legislativo, si

è, infatti, passati, con l’avvento del P.A.T., ad una compresenza di disciplina legislativa e regolamentare, per poi arrivare, a seguito della nuova sistematica portata dall’art. 4, comma 2 del D.L. 30 aprile 2020, n. 28 (conv. in L. 25 giugno 2020, n. 70), ad una compresenza di disciplina legislativa e regolamentare emanata dallo stesso Presidente del Consiglio di Stato; in buona sostanza, l’assetto “classico” del processo amministrativo ante D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 che già prevedeva istituti processuali (in quel caso, però molto limitati) regolamentati da atti emanati dallo stesso Presidente del Consiglio di Stato (il riferimento è, ovviamente, all’ord. 1° marzo 1954, n. 38, destinata a disciplinare i termini per il deposito dei documenti e delle memorie avanti al Consiglio di Stato, non regolamentati da specifica normativa primaria o regolamentare (32)).

Ove fosse necessaria, un’ulteriore conferma del fatto che, spesso, alcune problematiche molto recenti (come anche quelle nate dall’emergenza Covid-19) hanno una radice antica e sono risolte sulla base di impostazioni concettuali spesso molto risalenti e “tradizionali” nel nostro ordinamento (33).

L’estensione del P.A.T. al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ed ai procedimenti connessi

Come ampiamente noto, una delle problematiche originate dall’entrata in vigore del P.A.T. è costituita dalla possibile estensione della sua sistematica al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Diretta estensione che è stata decisamente esclusa dal parere reso dalla Sezione consultiva atti normativi del Consiglio di Stato sullo schema di regolamento applicativo dell’art. 13 disp. att. c.p.a., che si è limitato al solo auspicio di una futura applicazione delle “norme del processo amministrativo telematico ... anche a tale istituto, al fine di incrementare il grado di efficienza di questo strumento di giustizia (34)”; la dottrina successiva all’intervento del D.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 si è però divisa tra la soluzione che ha escluso con tutta sicurezza l’applicabilità del P.A.T. al ricorso straordinario (35)

per la protezione dei dati personali; le relative modifiche sono pubblicate sul sito *web* della giustizia amministrativa e non in G.U. (art. 19, comma 2, all. 1 al D.P.C.S. 22 maggio 2020, n. 134).

(30) R. De Nictolis (a cura di), *Processo amministrativo - Formulario commentato*, cit., 2680.

(31) Cons. Stato, Sez. consultiva atti normativi, 20 gennaio 2016, n. 66/2016, par. cit., 42.

(32) Sull’ord. 1° marzo 1954, n. 38, si vedano G. Paleologo, *L’appello al Consiglio di Stato*, Milano, 1989, 698 e V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1988, 742.

(33) Per quello che riguarda la problematica d’estrema attualità del “processo cartolare coatto”, si rinvia a L. Viola, *C’è qualcosa di nuovo oggi nel processo amministrativo, anzi d’antico: brevi considerazioni sull’eliminazione dell’udienza di discussione*, cit., che cita C. Vitta, *Giustizia amministrativa*, Milano, 1903, 269, nt. 1 ed alcune illuminanti considerazioni che possono essere agevolmente estese alla legislazione più recente.

(34) Cons. Stato, sez. consultiva atti normativi, 20 gennaio 2016, n. 66/2016, par. cit., 6.2.

(35) Nello stesso senso, si vedano P. Clarizia, *Il sistema informatico della Giustizia amministrativa-SIGA*, in F. Freni - P. Clarizia,

e chi ha ritenuto di poter optare per l'opposta soluzione, sulla base della generica rilevazione della "natura giurisdizionale (36)" del gravame straordinario.

Oggi la problematica ha subito una decisiva accelerazione per effetto della già citata previsione dell'art. 4, comma 2 del D.L. 30 aprile 2020, n. 28 (conv. in L. 25 giugno 2020, n. 70) che, non ha innovato la previsione dell'art. 13, comma 1 delle disp. att. c.p.a. solo sotto gli aspetti della competenza e della procedura di emanazione del regolamento sopra richiamati, ma anche sotto il profilo dell'estensione oggettiva della norma, che oggi non è più limitata al "processo amministrativo telematico" come nelle previgenti formulazioni, ma viene a ricomprendere anche i "procedimenti connessi attualmente non informatizzati, ivi incluso il procedimento per ricorso straordinario".

Anche sotto l'aspetto dell'estensione oggettiva della norma, si tratta pertanto di un'innovazione di una certa rilevanza e che si presenta suscettibile di modificare alcune caratteristiche fondamentali del nostro sistema di giustizia amministrativa, venendo potenzialmente a determinare l'estensione del P.A.T. anche al processo di decisione del ricorso straordinario.

Nella logica "minimalista" tesa ad escludere, per il momento, innovazioni sostanziali del sistema, il D.P.C.S. 22 maggio 2020, n. 134, non ha poi previsto interventi sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, se non al quindicesimo comma dell'art. 2 che ha previsto l'applicabilità delle disposizioni dell'articolo, "in quanto compatibili, anche alle adunanze convocate per la deliberazione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica"; al di là della clausola di compatibilità, non è però chiaro (ed anzi sembra decisamente da escludere) che norme dettate per le udienze telematiche nel periodo emergenziale possano essere estese (ed in che misura) anche al procedimento per la deliberazione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica che prevede forme di tutela del contraddittorio diverse dall'udienza.

L'assetto delle fonti è però decisamente cambiato ed è possibile che successive modificazioni del D.P.C.S. 22 maggio 2020, n. 134 possano disporre l'estensione del P.A.T. o, almeno di alcune norme, al procedimento di decisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, così venendo ad integrare un'ulteriore tappa di quella progressiva omogeneizzazione al ricorso giurisdizionale amministrativo che ha portato la dottrina ad individuare, nella fattispecie, i "germi" di una sostanziale trasformazione dell'istituto in un ricorso *per saltum* al Consiglio di Stato (37); rimane ancora da capire in quale misura il P.A.T. possa essere trasposto ad un procedimento caratterizzato da una strutturazione sostanzialmente diversa dal ricorso giurisdizionale amministrativo (quanto sopra rilevato in ordine alla diversità delle forme di tutela del contraddittorio ne costituisce la prova più eloquente) e quali istituti possano essere trasportati nel procedimento di decisione del ricorso straordinario (certo non molti, se si esclude l'obbligo per il ricorrente, di utilizzare la P.E.C. che però potrebbe venire ad integrare un sostanziale aumento dei costi di proposizione del ricorso ed incidere su uno degli aspetti che ancora contribuiscono al permanere di una qualche utilità dell'istituto (38)).

Sotto altro profilo, la riformulazione dell'ambito applicativo della previsione dell'art. 13, comma 1 delle disp. att. c.p.a. disposta dall'art. 4, comma 2 del D.L. 30 aprile 2020, n. 28 mediante estensione ai "procedimenti connessi attualmente non informatizzati" potrebbe risultare di una qualche utilità con riferimento alla decisione delle istanze di ammissione al patrocinio a spese dello Stato che, nel corso dell'emergenza da Covid-19, si è dimostrata il "tallone d'Achille" della Giustizia amministrativa e dato vita ad incertezze e disomogeneità di applicazione; la conclusione in ordine alla possibilità di trattare i detti procedimenti in videoconferenza e attraverso il ricorso alla firma elettronica espressa dal Segretariato Generale della Giustizia amministrativa con la nota 20 marzo 2020, Prot.

Il nuovo processo amministrativo telematico, Milano, 2016, 11 che esclude tale applicazione, "nonostante la progressiva giurisdizionalizzazione del ricorso in seguito alle recenti pronunce della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato" e E. Barbujani, *La redazione dell'atto*, in F. Freni - P. Clarizia, *Le novità del processo amministrativo telematico*, Milano, 2017, 43.

(36) R. De Nictolis, (a cura di), *Processo amministrativo - Formulario commentato*, cit., 2696.

(37) In questo senso, si veda, da ultimo, F. Volpe, *Ricorso straordinario versus ricorso diretto al Consiglio di Stato per*

saltum?, in *www.GiustAmm.it*, 2020, 5; già in precedenza, si veda però, in questo senso, L. Viola, *La Corte costituzionale ed il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: problematiche di diritto intertemporale e prospettive future*, in *Foro amm.*, 2014, 2, 715 ss.

(38) A questo proposito, si rinvia ai già citati L. Viola, *I diversi modi di guardare al P.A.T. e le strategie di adattamento dell'ambiente forense*, cit.; Id., *Le dottrine del processo amministrativo telematico*, cit.

n. 6686 (39) sulla base di un sostanziale rinvio al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (codice dell'amministrazione digitale; c.d. C.A.D.) ha, infatti, incontrato indubbie difficoltà applicative (non ultime quelle relative alla "macchinosità" di utilizzo della firma elettronica al di fuori del sistema N.S.I.G.A.) che hanno dato vita anche a prassi notevolmente difformi (40) che non sarebbe male uniformare.

In maniera sostanzialmente paradossale, la pacifica natura amministrativa della procedura di ammissione al patrocinio a spese dello Stato (41) e l'origine amministrativa del ricorso straordinario al

Presidente della Repubblica (pur in fase di progressiva "giurisdizionalizzazione"), portano poi ad escludere che l'ampliamento dell'applicabilità della previsione dell'art. 13, comma 1, disp. att. c.p.a. possa incontrare quegli ostacoli derivanti dalla previsione dell'art. 111, comma 1, Cost. richiamati al par. precedente; con riferimento a questi aspetti "ai margini" del P.A.T. vero e proprio, la "strada" è pertanto più agevole e restiamo a vedere se i prossimi anni ci faranno registrare una "fase2" del processo amministrativo telematico estesa al di là dell'ambito più strettamente giurisdizionale interessato dalla prima fase.

(39) Vedila in www.giustizia-amministrativa.it; per una prassi in linea con le indicazioni del Segretariato Generale, si vedano i procedimenti trattati dal T.A.R. per la Toscana nel periodo dell'emergenza.

(40) A titolo di esempio, si veda la differente prassi del T.A.R. per il Piemonte espressa con il comunicato 26 marzo 2020, n. 13 (sempre in www.giustizia-amministrativa.it).

(41) In giurisprudenza, si veda, tra le tante, Cons. Stato, Sez. III, 11 marzo 2019, n. 1637, in *Foro amm.*, 2019, 3.