

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA MONOTEMATICA
**L'adunanza plenaria e i pubblici appalti dopo l'entrata in vigore del codice
del processo amministrativo**

Ufficio studi

(aggiornata a dicembre 2016)

Lo scopo di questa rassegna monotematica è di fornire una summa sintetica dei principi enunciati dall'adunanza plenaria, nella sua funzione nomofilattica valorizzata e potenziata dal codice del processo amministrativo, in un settore nevralgico del diritto pubblico dell'economia, e del mercato, quello dei pubblici appalti.

In un quadro normativo complesso, confuso, e in continua trasformazione (agli alluvionali interventi del legislatore italiano negli ultimi anni occorre aggiungere il progetto comunitario di revisione delle direttive appalti), la formazione di un corpus di regole di diritto giurisprudenziale può fornire un valido contributo alla certezza del diritto, certezza che è essenziale in un settore in cui gli operatori economici nazionali e comunitari richiedono chiarezza delle regole, e certezza e uniformità nella loro applicazione, quali elementi indispensabili per la determinazione del rischio di imprese e delle scelte di investimento.

Si darà anche conto delle ordinanze di rimessione alla plenaria in siffatto settore.

INDICE CRONOLOGICO DELLE DECISIONI E DELLE RELATIVE ORDINANZE DI RIMESIONE

Anno 2011

- 1) Cons. St., ad. plen., 7 aprile 2011 n. 4, Pres. de Lise – Est. Lipari (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 18 gennaio 2011 n. 351, Pres. Coraggio – Est. De Nictolis)
- 2) Cons. St., ad. plen., 3 giugno 2011 n. 10, Pres. de Lise – Est. De Nictolis (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2011 n. 970, Pres. Maruotti – Est. Contessa)
- 3) Cons. St., ad. plen., 28 luglio 2011 n. 13, Pres. de Lise – Est. Branca (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 17 maggio 2011 n. 2987, Pres. Baccharini – Est. Scola)
- 4) Cons. St., ad. plen., 1 agosto 2011 n. 16 (Pres. de Lise – Est. De Nictolis) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 29 aprile 2011 n. 2543, Pres. Severini – Est. Castriota Scanderbeg)

Anno 2012

- 5) Cons. St., ad. plen., 28 gennaio 2012 n. 1 (Pres. de Lise – Est. De Nictolis) (sentenza di rimessione Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2010 n. 7277, Pres. Lamberti – Est. Saltelli)
- 6) Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2012 n. 8 (Pres. Giovannini – Est. De Nictolis) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2012 n. 1245, Pres. Volpe – Est. De Nictolis)
- 7) Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2012 n. 10 (Pres. Coraggio – Est. Dell’Utri) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 14 febbraio 2012 n. 711; Pres. Trovato – Est. Gaviano)
- 8) Cons. St., ad. plen., 7 giugno 2012 n. 21 (Pres. Coraggio – Est. De Nictolis) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 31 marzo 2012 n. 1886, Pres. Barra Caracciolo – Est. Buricelli)
- 9) Cons. St., ad. plen., 13 giugno 2012 n. 22 (Pres. Giovannini – Est. Lageder) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 2012 n. 1227, Pres. Volpe – Est. De Nictolis)

10) Cons. St., ad. plen., 5 luglio 2012 n. 26 (Pres. Coraggio – Est. Caringella) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. III, 13 aprile 2012 n. 2097, Pres. e est. Botto)

11) Cons. St., ad. plen., 18 luglio 2012 n. 27 (Pres. Coraggio – Est. Meschino) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI 14 febbraio 2012 n. 2025, Pres. Volpe – Est. Lopilato)

12) Cons. St., ad. plen., 26 luglio 2012 n. 30 (Pres. Coraggio – Est. Leoni) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 2 maggio 2012 n. 2515, Pres. Maruotti – Est. De Nictolis)

13) Cons. St., ad. plen., 31 luglio 2012 n. 31 (Pres. Coraggio – Est. Greco) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, Sezione 8 maggio 2012 n. 2633, Pres. Giovannini – Est. De Nictolis)

14) Cons. St., ad. plen., 24 settembre 2012 n. 33, ord. (Pres. Coraggio – Est. Dell’Utri) (su regolamento di competenza d’ufficio)

15) Cons. St., ad. plen., 19 novembre 2012 n. 34 (Pres. Coraggio – Est. Dell’Utri) (su regolamento di competenza di parte)

16) Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2012 n. 36 (Pres. Coraggio – Est. Greco) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 10 luglio 2012 n. 5270, Pres. Severini – Est. Lageder)

Anno 2013

17) Cons. St., ad. plen., 10 gennaio 2013 n. 1 (pres. Trovato – Est. Saltelli) (ricorso di parte per revocazione della plenaria n. 30/2012)

18) Cons. St., ad. plen., 4 febbraio 2013 n. 3 (Pres. Coraggio – Est. Caringella) (su appello su competenza)

19) Cons. St., ad. plen., 4 febbraio 2013 n. 4 (Pres. Coraggio – Est. Caringella) (su appello su competenza)

20) Cons. St., ad. plen., 25 febbraio 2013 n. 5 (pres. Coraggio - Est. Meschino) (ordinanze di rimessione Cons. giust. sic., 18 luglio 2012 nn. 653 e 654, Pres. e est. Anastasi)

21) Cons. St., ad. plen., 22 aprile 2013 n. 8 (pres. Giovannini – Est. Meschino) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. sez. VI, 1 febbraio 2013 n. 634, Pres. Giovannini – Est. De Michele)

22) Cons. St., ad. plen., 7 maggio 2013 n. 13 (pres. Giovannini – Est. De Felice) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2013 n. 803, Pres. Branca - Est. Franconiero)

23) Cons. St., ad. plen., 20 maggio 2013 n. 14 (pres. Giovannini – est. Branca) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013 n. 790, Pres. Giovannini – Est. Contessa)

24) Cons. St., ad. plen., 5 giugno 2013 n. 15 (pres. Giovannini – Est. Caringella) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013 n. 766, Pres. Giovannini – Est. De Nictolis)

25) Cons. St., ad. plen., 27 giugno 2013 n. 16 (Pres. Giovannini – Est. Russo) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 11 aprile 2013 n. 1976, Pres. Volpe – Est. Lotti)

26) Cons. St., ad. plen., 6 agosto 2013 n. 19 (pres. Giovannini – Est. Branca) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2013 n. 2493, Pres. Severini – Est. Meschino)

27) Cons. St., ad. plen., 20 agosto 2013 n. 20 (pres. Virgilio – est. Caringella) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 15 aprile 2013 n. 2031, Pres. Pajno – Est. Atzeni)

28) Cons. St., ad. plen., 16 ottobre 2013 n. 23 (Pres. Giovannini – Est. Polito) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 9 aprile 2013 n. 1943, Pres. Baccharini – Est. Prospero)

29) Cons. St., ad. plen., 6 novembre 2013 n. 24 (Pres. Giovannini – Est. Meschino) (ordinanza di rimessione Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 17 giugno 2013 n. 590, Pres. De Nictolis – Est. Carlotti)

30) Cons. St., ad. plen., 20 novembre 2013 n. 29 (Pres. Giovannini – Est. Cacace) regolamento di competenza.

Anno 2014

31) Consiglio di Stato ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7, Pres. Giovannini – Est. Poli (ordinanza di rimessione sezione V n. 2059 del 15 aprile 2013).

32) Consiglio di Stato ad. plen., 03/02/2014, n. 8, Pres. Giovannini – Est. Polito (ordinanza di rimessione sezione VI n. 671 del 2012).

- 33) Consiglio di Stato ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, Pres. Giovannini – Est. Poli (ordinanza di rimessione sez. VI n. 2681 del 17 maggio 2013).
- 34) Consiglio di Stato ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 10, Pres. Giovannini – Est. Meschino (ordinanza di rimessione sez. VI n. 4023 del 2013).
- 35) Consiglio di Stato ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14, Pres. Giovannini – Est. Meschino (ordinanza di rimessione sezione V n. 5786 del 2013).
- 36) Consiglio di Stato ad. plen., 30 luglio 2014, n. 16, Pres. Giovannini – Est. Deodato (ordinanza di rimessione sezione III n. 2214 del 29 aprile 2014).
- 37) Consiglio di Stato ad. plen., 31 luglio 2014, n. 17, Pres. Giovannini – Est. Russo (ordinanza di rimessione sezione III n. 1976 del 2014).
- 38) Consiglio di Stato ad. plen., 28 agosto 2014, n. 27, Pres. Giovannini – Est. Scola (ordinanza di rimessione sezione V, 17 dicembre 2013).
- 39) Consiglio di Stato ad. plen., 07 novembre 2014, n. 29, Pres. Giovannini – Est. Polito (regolamento di competenza).
- 40) Consiglio di Stato ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34, Pres. Giovannini – Est. De Felice (ordinanza di rimessione CGA n. 508 del 2014).

Anno 2015

- 41) Consiglio di Stato ad. plen., 20 marzo 2015, n. 3 – Pres. Giovannini – Est. Meschino (ordinanza rimessione sezione V, 16 gennaio 2015, n. 88).
- 42) Consiglio di Stato ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8 – Pres. Giovannini – Est. Cacace (ordinanza di rimessione sezione III).
- 43) Consiglio di Stato ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9 – Pres. Virgilio – Est. Deodato (ordinanza di rimessione sezione IV n. 2707 del data 3 giugno 2015).
- 44) Consiglio di Stato ad. plen., 13 novembre 2015, n. 10, Pres. Virgilio – Est. Russo (ordinanza di rimessione CGA n. 390 dell'11 maggio 2015).

Anno 2016

- 45) Consiglio di Stato ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 5, Pres. Virgilio - est. Giovagnoli (ordinanza di rimessione sez IV, 29 settembre 2015, n. 4540).

46) Consiglio di Stato ad. plen., 25 maggio 2016, n. 10, Pres. Pajno – est. Russo (ordinanza di rimessione sez V, n. 4799 del 21 ottobre 2015).

47) Consiglio di Stato ad. plen., 27 luglio 2016, n. 19, Pres Pajno – est. Giovagnoli (rimessione con sentenza non definitiva, sez V 18 marzo 2016, n. 1116).

48) Consiglio di Stato ad. plen., 27 luglio 2016, n. 22, Pres Pajno – est. Deodato (ordinanza di rimessione sez III 12 maggio 2016 n. 1927).

INDICE SOMMARIO DELLE DECISIONI E DELLE RELATIVE ORDINANZE DI RIMESIONE

- 1) La plenaria n. 4/2011: ordine di esame del ricorso principale e incidentale in materia di pubblici appalti; momento in cui devono essere posseduti i requisiti generali e speciali nelle gare di pubblici appalti
- 2) La plenaria n. 10/2011: giurisdizione sulle società pubbliche e sulla sorte del contratto di società
- 3) La plenaria n. 13/2011: pubblicità delle sedute di gara; valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa
- 4) La plenaria n. 16/2011: gli obblighi di evidenza pubblica per le imprese pubbliche nei settori speciali
- 5) La plenaria n. 1/2012: gli atti impugnabili nel *project financing*
- 6) La plenaria n. 8/2012: durc irregolare, a.t.i. a geometria variabile, garanzia dell'offerta e difetto di requisiti generali, iscrizione nel casellario informatico e garanzie partecipative
- 7) La plenaria n. 10/2012: la eredità dei requisiti morali in caso di cessione di azienda
- 8) La plenaria n. 21/2012: la eredità dei requisiti morali in caso di fusione societaria e sul principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare
- 9) 10) La plenaria n. 22/2012 e la plenaria n. 26/2012: la specificazione delle parti del servizio da parte delle a.t.i. orizzontali e verticali negli appalti di servizi
- 11) La plenaria n. 27/2012: la portata costitutiva o meno della verifica triennale dell'attestazione SOA
- 12) La plenaria n. 30/2012: le modalità di rinnovo della gara a seguito del suo annullamento giurisdizionale
- 13) La plenaria n. 31/2012: la pubblicità o meno della gara nelle procedure negoziate e in economia; la decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione

14) 15), 16) 17) Le plenarie nn. 33 e 34/2012, nn. 3 e 4/2013: la connessione tra atti di gara e informativa antimafia e le conseguenze in tema di competenza

18) La plenaria n. 36/2012: la competenza a compiere la verifica di anomalia delle offerte

19) La plenaria n. 1/2013: la composizione della commissione di gara in caso di rinnovo della valutazione dell'offerta dopo un giudizio

20) La plenaria n. 5/2013: la necessità di gara per la concessione di spazi pubblicitari

21) 22) La plenaria n. 8/2013 e la plenaria n. 16/2013: la pubblicità della fase di apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche dopo la plenaria n. 13/2011 e prima dell'art. 12, d.l. n. 52/2012

23) La plenaria n. 13/2013: le regole applicabili alla commissione di gara nelle concessioni di servizi

24) La plenaria n. 14/2013: la decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione in caso di accesso *ex lege* agli atti di gara; le designazioni "a cascata"

25) 26) La plenaria n. 15/2013 e la plenaria n. 20/2013: la causa di esclusione delle violazioni gravi, definitivamente accertate, agli obblighi fiscali

27) La plenaria n. 19/2013: le norme applicabili alle concessioni di servizi

28) La plenaria n. 23/2013: gli obblighi di dichiarazione ex art. 38 codice appalti a carico di procuratori diversi dagli amministratori con poteri di rappresentanza

29) La plenaria n. 24/2013: la nozione di socio di maggioranza ai fini dei requisiti morali ex. art. 38 codice appalti.

30) la Plenaria 29\2013: competenza in caso di connessione di impugnativa di atti distinti.

31) la Plenaria 7\2014: raggruppamento temporaneo di imprese ed i limiti di estensione della corrispondenza fra quote; esame prioritario del ricorso incidentale.

- 32) la Plenaria 8\2014: estensione della valutazione di congruità dell'offerta; verbalizzazione delle modalità di custodia dei plichi; l'appello contro il dispositivo.
- 33) la Plenaria 9\2014: il soccorso istruttorio e la tassatività delle cause di esclusione; precisazioni in tema di ricorso incidentale.
- 34) la Plenaria 10\2014: la perentorietà del termine per la verifica del possesso dei requisiti.
- 35) la Plenaria 14\2014: i limiti per la revoca dell'aggiudicazione.
- 36) la Plenaria 16\2014: la dichiarazione sostitutiva in tema di assenza di condizioni preclusive e le nuove direttive.
- 37) la Plenaria 17\2014: competenza territoriale in caso di impugnativa di informativa interdittiva e conseguenti atti applicativi.
- 38) la Plenaria 27\2014: ancora in tema di raggruppamento temporaneo di imprese ed i limiti di estensione della corrispondenza fra quote.
- 39) la Plenaria 29\2014: ancora in tema di competenza territoriale in caso di impugnativa di informativa interdittiva e conseguenti atti applicativi.
- 40) la Plenaria 34\2014: legittima l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatarie, in caso di assenza dei requisiti di carattere generale.
- 41) la Plenaria 3\2015: obbligo di indicazione dei costi per la sicurezza e relativa estensione.
- 42) la Plenaria 8\2015: estensione temporale del possesso dei requisiti e verifica delle attestazioni SOA.
- 43) la Plenaria 9\2015: indicazione del subappalto ed esclusione del soccorso istruttorio in tema di indicazione dei costi di sicurezza.
- 44) la Plenaria 10\2015: criteri da applicare in caso di discordanza fra offerta in lettere ed in cifre.
- 45) la Plenaria 5\2016: esclusa la regolarizzazione postuma delle posizioni previdenziali.

46) la Plenaria 10\2016: ribadita l'esclusione della regolarizzazione postuma delle posizioni previdenziali ed estensione della giurisdizione in materia.

47) la Plenaria 19\2016: oneri di sicurezza ed indicazione separata.

48) la Plenaria 22\2016: estensione della nozione di procedure di affidamento.

INDICE DELLE PLENARIE PER VOCI DI CLASSIFICAZIONE:

Autorizzazioni e concessioni, gara: plen. n. 5/2013

Contratti pubblici, associazioni temporanee di imprese e consorzi: plen. n. 8/2012; n. 22/2012; n. 26/2012; n. 14/2013; 7 e 27\2014.

Contratti pubblici, bandi, avvisi, inviti: plen. n. 4/2011

Contratti pubblici, casellario informatico, iscrizione e cancellazione: plen. n. 8/2012

Contratti pubblici, concessione di servizi pubblici: plen. n. 13/2013; plen. n. 19/2013

Contratti pubblici, garanzie: plen. n. 8/2012; plen. n. 19/2013

Contratti pubblici nei settori speciali: plen. n. 16/2011

Contratti pubblici, offerta anomala: plen. n. 36/2012, 8\2014.

Contratti pubblici, project financing: plen. n. 1/2012

Contratti pubblici, pubblicità delle sedute di gara: plen. n. 13/2011; n. 31/2012, n. 8/2013; n. 16/2013

Contratti pubblici, requisiti di partecipazione e qualificazione: plen. n. 4/2011; n. 8/2012; n. 10/2012; n. 21/2012; n. 15/2013; n. 20/2013; n. 23/2013; n. 24/2013; 9, 10 e 16\2014; 7 e 9\2015, 6, 10 e 19\2016.

Contratti pubblici, rinnovo gara: plen. n. 30/2012; n. 1/2013

Contratti pubblici, soa e attestazione soa: plen. n. 27/2012. 8\2015.

Contratti pubblici, sorte del contratto dopo annullamento atti di gara: plen. n. 10/2011; n. 13/2011

Giurisdizione, società pubbliche: plen. n. 10/2011

Processo amministrativo, atti impugnabili: plen. n. 1/2012, 22\2016.

Processo amministrativo, competenza: plen. n. 33/2012; 34/2012; 3/2013; 4/2013, 29\2013; 17 e 29\2014, 10\2016.

Processo amministrativo, ordine di esame delle questioni: plen. n. 4/2011; n. 10/2011

Processo amministrativo, ottemperanza: plen. n. 30/2012

Processo amministrativo, ricorso incidentale: plen. n. 4/2011; 7 e 9\2014.

Processo amministrativo, termini per ricorrere: plen. n. 31/2012

1) La plenaria n. 4/2011: ordine di esame del ricorso principale e incidentale in materia di pubblici appalti; momento in cui devono essere posseduti i requisiti generali e speciali nelle gare di pubblici appalti

a.1) ordine di esame del ricorso principale e incidentale

La decisione dell'adunanza plenaria **7 aprile 2011 n. 4** (Pres. de Lise – Est. Lipari) si è occupata dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale nel processo sui pubblici appalti, e di possesso dei requisiti di qualificazione durante l'arco della gara.

Si ripercorrono sinteticamente il principio di diritto enunciato dalla plenaria e le relative tappe motivazionali.

La questione dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale nel contenzioso sugli appalti era stata rimessa da un'ordinanza che contestava la ricostruzione dell'interesse strumentale come interesse legittimo concreto e attuale meritevole di tutela e stigmatizza l'estrema litigiosità favorita se non incoraggiata dal menzionato orientamento della plenaria [Cons. St., sez. VI, 18 gennaio 2011 n. 351, ord.].

La plenaria nel 2011 [Cons. St., 7 aprile 2011 n. 4] ha esaminato la questione dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale nel contenzioso sulle procedure di affidamento di contratti pubblici, scostandosi da quanto statuito in precedenza nel 2008 [**Cons. St., ad. plen., 7 aprile 2008 n. 11**].

La decisione della plenaria esamina la questione in cinque tappe (§ 27 della sentenza):

a) la parità delle parti e l'imparzialità del giudice non intaccano le regole sull'ordine di esame di questioni di rito e di merito, che anzi ne sono espressione e applicazione; il cod. proc. amm. ha fissato l'ordine di esame delle questioni, con portata ricognitiva della disciplina previgente, prima le questioni di rito, poi quelle di merito (art. 76 cod. proc. amm. e art. 276 c.p.c.) (§§ 28-30);

b) la questione della legittimazione al ricorso è prioritaria rispetto al merito: detta questione è rilevabile d'ufficio, e va introdotta mediante ricorso incidentale se il difetto di legittimazione deriva dall'accertamento dell'illegittimità di un atto amministrativo, trattandosi di questione di rito che nell'ordine di esame delle questioni deve precedere l'esame di quelle di merito (§§ 31-32);

c) il ricorso incidentale nel cod. proc. amm. serve a introdurre non solo eccezioni, ma anche domande, e domande di accertamento pregiudiziale, perciò non necessariamente deve essere esaminato dopo il ricorso principale; va esaminato prima se introduce una questione di legittimazione del ricorrente principale (§ 33);

d) la legittimazione è un *prius* rispetto all'"interesse strumentale": il "vizio" della plenaria n. 11/2008 è aver valorizzato l'interesse strumentale senza essersi prima interrogata sulla sussistenza della legittimazione al ricorso (§§ 34-36);

e) a chi spetta la legittimazione al ricorso?

e.1) salvo puntuali eccezioni, la legittimazione spetta a chi partecipa alla gara (§§ 37 – 40);

e.2) le eccezioni alla regola sono (§ 39):(i) la contestazione in radice della scelta di indire la procedura: legittimazione in capo al titolare di un rapporto incompatibile con il nuovo affidamento;

(ii) la contestazione dell'affidamento diretto senza gara: legittimazione dell'impresa di settore;(iii) la contestazione di una clausola del bando escludente;

e.3) puntualizzazione dirimente: la legittimazione al ricorso spetta a chi partecipa legittimamente alla gara (avendone i requisiti) (§ 41), ergo:

- non può contestare la gara il concorrente definitivamente escluso (che non ha impugnato l'atto di esclusione, o il cui ricorso contro l'esclusione sia stato respinto) (§§ 42-44);

- non può contestare la gara il concorrente illegittimamente ammesso in gara, ancorché non escluso (§§ 45-47);

e.4) temperamenti se il ricorso principale attacca il bando (§§ 48-49):

(i) non rileva, nell'ordine di esame dei ricorsi, il criterio "cronologico" basato sulla priorità del "vizio più antico", dunque prima i vizi del bando;

(ii) soluzione caso per caso verificando se il ricorso incidentale pone questioni di legittimazione al ricorso principale;

e.5) irrilevanza del tipo di vizio denunciata con il ricorso incidentale (§ 51)

e.6) irrilevanza delle domande di parte volte ad alterare l'ordine logico delle questioni (§ 52)

e.7) temperamento dell'economia processuale, caso per caso: va esaminato prima il ricorso principale quando sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità (§ 53)

Il principio di diritto espresso dalla plenaria, secondo le parole della plenaria (§ 54) è il seguente:

"In conclusione, quindi, deve essere affermato il principio di diritto secondo cui il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegli l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura.

Detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente.

L'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità”.

Dopo che la questione dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale sembrava risolta dalla plenaria n. 4/2011, il Tar Piemonte ne ha rimesso l'esame alla Corte di giustizia CE con una insolita ordinanza in cui si chiede al giudice comunitario di interpretare i principi di effettività della tutela giurisdizionale, parità delle parti e libera concorrenza, onde vagliare se sia coerente o meno con essi il principio di diritto statuito dalla citata plenaria n. 4/2011 [**Tar Piemonte 9 febbraio 2012 n. 208**].

Pertanto, il Tar ritiene rilevante e sottopone alla C. giust. CE la seguente questione pregiudiziale:

“Se i principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza nei pubblici appalti, di cui alla Direttiva n. 1989/665/CEE, quale da ultimo modificata con la Direttiva n. 2007/66/CE, ostino al diritto vivente quale statuito nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, secondo il quale l'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve necessariamente precedere quello del ricorso principale ed abbia portata pregiudiziale rispetto all'esame del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, con particolare riferimento all'ipotesi in cui i concorrenti rimasti in gara siano soltanto due (e coincidano con il ricorrente principale e con l'aggiudicatario- ricorrente incidentale), ciascuno mirante ad escludere l'altro per mancanza, nelle rispettive offerte presentate, dei requisiti minimi di idoneità dell'offerta”.

La decisione della plenaria n. 4/2012 è stata impugnata con ricorso per Cassazione per motivi di giurisdizione.

E' noto, infatti, che le sentenze del Consiglio di Stato possono essere contestate in Cassazione non per qualsivoglia motivo, bensì “per i soli motivi inerenti alla giurisdizione” secondo la formula scolpita dall'art. 111, ult. comma, Cost., e mutuata tal quale dall'art. 110 cod. proc. amm.

Su tale ricorso le sez. un. si sono pronunciate con la decisione n. 10294/2012.

Tale decisione respinge, in dispositivo, il ricorso, perché ritiene insussistente un motivo inerente la giurisdizione.

Secondo la Cassazione, una questione di giurisdizione può insorgere non soltanto quando il giudice adito ritenga che la causa debba essere decisa da una diversa autorità giudiziaria, ma anche quando non esamina la richiesta di tutela che gli viene presentata nell'ambito della sua giurisdizione.

La soluzione offerta dall'adunanza plenaria n. 4 del 2011 in tema di ordine di esame di ricorso principale e incidentale, pur generando, secondo la Cassazione, perplessità, non è contestabile con ricorso per cassazione, in quanto la stessa non ha costituito la conseguenza di un aprioristico diniego di giustizia, ma del richiamo di norme e principi processuali che, peraltro, erano stati in precedenza diversamente interpretati, conducendo al risultato di ristabilire il dovuto ordine delle cose attraverso l'esame di entrambe le censure incrociate; ciò di cui si discute è un possibile errore di diritto commesso dall'adunanza plenaria che non può formare oggetto di doglianza dinanzi alle sez. un. [**Cass., sez. un., 21 giugno 2012 n. 10294**].

In sintesi, le sez. un. hanno escluso che in concreto sia configurabile un diniego di giustizia (sindacabile nell'ambito dei motivi di giurisdizione), pur esprimendo, con un generico e opinabile *obiter dictum*, perplessità sulla soluzione seguita dalla plenaria.

a.2) il momento in cui devono essere posseduti i requisiti generali e speciali

La plenaria afferma un altro importante principio di diritto in ordine al momento in cui devono essere posseduti i requisiti, sia generali (art. 38 codice appalti), sia speciali (requisiti di qualificazione).

Mentre normalmente nelle procedure concorsuali si richiede che i requisiti siano posseduti alla data di scadenza prevista dal bando per la presentazione delle domande di partecipazione, nelle gare d'appalto la plenaria esige, con maggior rigore, che "i requisiti generali e speciali devono essere posseduti non solo alla data di scadenza del bando, ma anche al momento della verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante e al momento dell'aggiudicazione sia provvisoria che definitiva" Mentre la plenaria non si occupa, per difetto di rilevanza, della questione del possesso dei requisiti al momento della stipulazione (§ 59 della sentenza).

Si ricorda che negli stessi termini si era già pronunciata l'Autorità, limitatamente ai requisiti di ordine generale, secondo la quale tali requisiti devono perdurare fino alla stipula del contratto [Autorità, determinazione n. 1/2010].

2) La plenaria n. 10/2011: giurisdizione sulle società pubbliche e sulla sorte del contratto di società

La plenaria **3 giugno 2011 n. 10** (Pres. de Lise – Est. De Nictolis) ha affrontato il tema della giurisdizione sugli "atti prodromici" rispetto ad un negozio societario, quale la costituzione di una società, la sua modifica, estinzione, nonché i negozi societari posti in essere durante la vita della società, quali nomine e revoche di amministratori, approvazione di bilanci (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2011 n. 970).

In particolare si poneva la questione se le delibere dell'ente pubblico (di scelta di dare vita ad una società, o di modificarla, etc.), atti unilaterali, avessero natura

provvedimentale, ovvero partecipassero della natura convenzionale dei negozi societari.

Ad avviso della plenaria sussiste la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo sugli atti unilaterali prodromici ad una vicenda societaria, con cui un ente pubblico delibera di costituire una società, o di parteciparvi, o di procedere ad un atto modificativo o estintivo della società medesima.

Tali atti prodromici vanno, sul piano logico, cronologico e giuridico, tenuti, secondo la plenaria, nettamente distinti dai successivi atti negoziali, sempre imputabili all'ente pubblico, con cui l'ente, spendendo la sua capacità di diritto privato, pone in essere un atto societario (costituzione di una società, acquisto o vendita di quote societarie, modifica o scioglimento di una società).

Gli atti prodromici attengono al processo decisionale, che da ultimo si esterna nel compimento di un negozio giuridico societario.

Mentre per un soggetto privato il processo decisionale resta ordinariamente relegato nella sfera interna del soggetto, e ciò che rileva è solo il negozio giuridico finale, per un ente pubblico esso assume la veste del procedimento amministrativo, e ciò sotto un duplice profilo.

La plenaria fonda il suo ragionamento sulla disciplina dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, in cui la stipulazione del contratto (appalto, locazione finanziaria, *project financing*, etc.), è preceduta da un procedimento amministrativo (c.d. evidenza pubblica), che inizia con la delibera a contrarre, in cui la pubblica amministrazione evidenzia le ragioni di interesse pubblico che giustificano il contratto: tale paradigma è estensibile a tutti gli altri casi in cui la pubblica amministrazione pone in essere un qualsivoglia negozio giuridico di diritto privato. Ebbene, è pacifico che tale deliberazione a contrarre è mezzo di cura dell'interesse pubblico e quindi è provvedimento amministrativo.

Ulteriore e specifico profilo di rilevanza pubblicistica è costituito dal fatto che nel caso della costituzione di una società vengono in evidenza aspetti organizzatori, essendo evidente l'incidenza della relativa scelta sulla struttura dell'ente.

A maggior ragione, dunque, in questa fattispecie si impone una chiara separazione del momento pubblicistico, rientrante nella giurisdizione del giudice amministrativo, e quello privatistico, tipicamente riservato al giudice ordinario.

Tale soluzione ha il conforto di numerosi dati normativi, dalla cui interpretazione sistematica si desume che la scelta, da parte di un ente pubblico, di dare vita ad una società, o di modificarla o estinguerla, è una scelta organizzativa afferente al perseguimento dell'interesse pubblico, che si esercita mediante un atto di natura pubblicistica, rientrante nella giurisdizione del giudice amministrativo.

L'art. 244, co. 1, d.lgs. n. 163/2006, in cui è confluito l'art. 6, l. n. 205/2000, applicabile *ratione temporis* (ora art. 133, co. 1, lett. 1), cod. proc. amm.), assegna alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie inerenti le procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, ivi comprese quelle relative alla scelta del socio.

Allorquando un ente pubblico decide di costituire una società con la forma del partenariato pubblico-privato, la scelta del socio privato è considerata

dall'ordinamento una vicenda pubblicistica, tanto che tale scelta deve avvenire con procedura di evidenza pubblica [persino nel caso in cui il socio pubblico sia socio di minoranza: v. Cass., sez. un., 29 ottobre 1999 n. 754], procedura soggetta alla giurisdizione amministrativa esclusiva.

Se ne desume per argomento a fortiori che è ascritta alla sfera pubblicistica la scelta, a monte, dell'utilizzo del modello societario, anche se per tale scelta non è prevista una giurisdizione esclusiva, sicché si ricade nell'ordinaria giurisdizione generale di legittimità.

Sussiste poi una giurisdizione di legittimità, con competenza territoriale del Tar Lazio - Roma, con riguardo a taluni poteri speciali riservati allo Stato in società da esso partecipate: la stessa è prevista dal d.l. n. 332/1994, conv. in l. n. 474/1994, all'art. 2, nel testo novellato dall'art. 4, co. 227, l. n. 350/2003.

Da tali previsioni si desume che la partecipazione di un ente pubblico a una società è ispirata alla cura dell'interesse pubblico, al punto che è consentito l'esercizio di poteri pubblicistici interferenti con la vita della società, e il cui sindacato è attribuito al giudice amministrativo.

Dalla disamina delle norme sopra commentate, si evince che la scelta, da parte di un ente pubblico, di costituire o partecipare ad una società, è considerata una scelta organizzativa discrezionale, che differisce logicamente e cronologicamente rispetto al negozio societario che costituisce attuazione di tale scelta, e che radica una diversa giurisdizione rispetto a quella prevista per il negozio societario.

In tale prospettiva vanno menzionati i seguenti precedenti valorizzati dalla plenaria:

a) quello della V sezione secondo cui gli atti di costituzione di una società o quelli, successivi, di acquisizione della partecipazione sono i provvedimenti concretamente idonei a sottrarre dal mercato di riferimento la possibilità di accesso alla contrattazione con l'amministrazione che ha optato per quella forma di gestione diretta del servizio, sicché la lesione effettiva ed immediata degli interessi delle imprese che aspirano alla gestione del servizio rimonta all'adozione delle delibere di costituzione della società o di adesione a società esistente, tenuto conto del carattere conclusivo della determinazione organizzatoria che implicano [Cons. St., sez. V, 23 marzo 2004 n. 1543];

b) quello delle sezioni unite della Corte di cassazione secondo cui "in tema di società per azioni a partecipazione maggioritaria del comune, le delibere comunali con le quali sono decise la riduzione della partecipazione azionaria, l'emissione di un prestito obbligazionario, nonché le modifiche da adottarsi nello statuto rispetto alla nomina dei componenti del consiglio di amministrazione costituiscono provvedimenti di natura autoritativa, preliminari e prodromici rispetto alle successive deliberazioni societarie, espressione della funzione di indirizzo e di governo del comune rispetto agli organismi preposti alla produzione, gestione ed erogazione dei servizi pubblici di pertinenza del medesimo ente; ne consegue che le controversie relative all'annullamento delle suddette delibere (nella specie proposte da azionisti di minoranza e da associazioni di azionisti e consumatori)

spettano alla giurisdizione del giudice amministrativo” [Cass., sez. un., 3 novembre 2009 n. 23200];

c) quelli della quinta sezione che hanno attratto alla giurisdizione amministrativa l’atto di autotutela pubblicistico di ritiro della delibera di costituzione di una società mista [Cons. St., sez. V, 1 luglio 2005 n. 3672; Cons. St., sez. V, 4 maggio 2004 n. 2714; in senso opposto Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2004 n. 6867].

Conclusivamente, la giurisdizione amministrativa sussiste per gli atti che, incidendo sulla organizzazione del’ente, sono espressione di potestà pubblica, atti tra i quali rientrano certamente quelli di costituzione, modificazione ed estinzione della società, ivi compresa evidentemente la scissione, che comporta la costituzione di una nuova società.

Per converso, secondo la plenaria resta fermo il modello privatistico, e la conseguente giurisdizione ordinaria, sugli atti societari a valle della scelta di fondo di utilizzo o meno del modello societario (e salve specifiche espresse attribuzioni di giurisdizione al giudice amministrativo, come nel caso di cui all’art. 2, d.l. n. 332/2004): in tal caso, infatti, l’ente pubblico esercita i poteri ordinari dell’azionista che si traducono in atti societari sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo, coerentemente con i principi di diritto comunitario che non ammettono poteri speciali da parte dell’azionista pubblico [C. giust. CE, 6 dicembre 2007 C-463/04 e C-464/04, che ha dichiarato illegittimo l’art. 2449 c.c.; Cass., sez. un., 31 luglio 2006 n. 17287; Cass., sez. un., 15 aprile 2005 n. 7799; Cons. St., sez. V, 28 ottobre 2008 n. 5787 ord.; Cons. St., sez. V, 13 giugno 2003 n. 3343; Cons. St., sez. V, 11 febbraio 2003 n. 708].

La plenaria in commento affronta anche, nei limiti della materia del contendere, il tema della giurisdizione sulla sorte del contratto che ha dato vita alla società *in house*.

Osserva la plenaria che la “sorte del contratto” non rientra nella giurisdizione del g.a. al di fuori dei casi contemplati dall’art. 133 cod. proc. amm., ossia quando il contratto stipulato da una p.a. non consegua ad una procedura di evidenza pubblica; il che accade, quando viene costituita una società *in house*.

In senso ancora più restrittivo si sono pronunciate in prosieguo le sez. un. della Cassazione, secondo cui la giurisdizione esclusiva del g.a. sulla “sorte del contratto” prevista dall’art. 133 cod. proc. amm. va riferita ai soli contratti di affidamento di lavori, servizi, forniture, e non anche al contratto di società anche se preceduto da procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio [Cass., sez. un., 30 dicembre 2011 n. 30167, che ha cassato Cons. St., sez. V, 3 giugno 2010 n. 3489]. Secondo le sez. un. la direttiva 2007/66/CE, che fonda l’attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione sulla sorte del contratto, si riferisce solo agli appalti, e non ai contratti di società, e che l’art. 244 codice appalti, ora trasfuso nell’art. 133 cod. proc. amm., nell’attribuire al g.a. la giurisdizione sulla sorte del contratto, pur usando la generica locuzione “contratto” intende riferirsi solo ai contratti relativi a lavori, servizi, forniture, e non ai contratti costitutivi di società miste.

Sostengono le S.U., richiamando espressamente Cons. St., ad. plen., 3 giugno 2011 n. 10, che al di fuori dei casi tassativi in cui una legge attribuisca al g.a. la giurisdizione sulla sorte del contratto a seguito di annullamento del presupposto procedimento amministrativo, la giurisdizione su detta sorte spetta al giudice ordinario. In caso di contratto di società, poi, osta alla caducazione automatica conseguente all'annullamento degli atti di gara, la circostanza che con il contratto di società si dà vita ad un soggetto giuridico, e che l'art. 2332 c.c. individua casi tassativi di nullità delle società, una volta avvenutane l'iscrizione nel registro delle imprese.

A maggior ragione, secondo le sez. un., non compete al g.a. ma al g.o. la giurisdizione sugli atti societari successivi alla stipula del contratto di società. Peraltro, nel senso della portata non già ricognitiva, ma di salvaguardia delle gare in corso, dell'art. 12 in commento, v. in questa rassegna la plenaria n. 8/2013

3) La plenaria n. 13/2011: pubblicità delle sedute di gara; valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa

La plenaria **28 luglio 2011 n. 13** (Pres. de Lise – Est. Branca) ha risolto un contrasto di giurisprudenza in ordine al carattere pubblico o riservato della seduta di gara quanto all'offerta economicamente più vantaggiosa; ferma la pubblicità della seduta in cui si valutano l'integrità dei plichi e la documentazione amministrativa, si era posta la questione se la seduta riservata riguardi solo la fase di valutazione delle offerte tecniche, o anche la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti dette offerte e la fase di apertura di detti plichi (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 17 maggio 2011 n. 2987).

Si delineavano infatti tre diversi orientamenti:

a) secondo un primo orientamento, la seduta "riservata" comprende non solo la valutazione delle offerte tecniche, ma anche la fase di apertura delle relative buste [Cons. St., sez. V, 13 ottobre 2010 n. 7470; 16 agosto 2010 n. 5722; 13 luglio 2010 n. 4520; 14 ottobre 2009 n. 6311; Cons. St., sez. IV, 5 aprile 2003 n. 1787];

b) secondo un altro orientamento, occorre la seduta pubblica per la verifica della integrità dei plichi contenenti l'offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa, sia che si tratti di documentazione in materia di offerta tecnica, sicché è illegittima l'apertura in segreto dei plichi [Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008 n. 901]; la seduta pubblica riguarderebbe pertanto la sola verifica dell'integrità delle buste contenenti l'offerta tecnica, non anche la loro apertura e verifica della regolarità e completezza del loro contenuto [Cons. St., sez. V, 23 novembre 2010 n. 8155; 28 ottobre 2008 n. 5386; sez. IV, 8 ottobre 2007 n. 5217; sez. IV, 14 maggio 2007 n. 2426; sez. V, 11 maggio 2007 n. 2355; sez. VI, 22 marzo 2007 n. 1369; sez. V, 7 novembre 2006 n. 6529; 27 aprile 2006 n. 2370; sez. V, 16 marzo 2005 n. 1077; v. anche sez. VI, 11 aprile 2006 n. 2013; sez. V, 11 gennaio 2006 n. 28];

c) secondo un terzo orientamento, entrambe le tesi sopra viste non potrebbero essere condivise; quanto alla prima, il carattere riservato della valutazione delle

offerte tecniche non riguarda la fase di apertura delle relative buste, attività materiale e logicamente distinta e in pratica agevolmente separabile da quella di valutazione; quanto alla seconda tesi, la mera constatazione dell'integrità delle buste soddisfa in modo solo parziale le esigenze di trasparenza e pubblicità, non consentendo ai concorrenti di prendere contezza dei documenti recanti le offerte tecniche; i concorrenti, senza una ricognizione pubblica del contenuto documentale delle offerte, non sarebbero garantiti dal pericolo di manipolazioni successive delle offerte proprie e di quelle altrì, con inserimenti, sottrazioni o alterazioni di documenti; tale terza tesi è stata esposta da una ordinanza che ha rimesso la soluzione della questione alla plenaria [Cons. St., sez. V, 17 maggio 2011 n. 2987, ord.], ma era già stata seguita in precedenza da quella giurisprudenza secondo cui la seduta deve essere pubblica, anche in relazione alle offerte tecniche, per le fasi preliminari di verifica e riscontro dei plichi presentati e dei documenti in essi contenuti [Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2008 n. 1856; sez. V, 11 febbraio 2005 n. 388; sez. V, 18 marzo 2004 n. 1427; sez. V, 9 ottobre 2002 n. 5421].

La plenaria ha aderito a tale terza tesi, facendo leva su una interpretazione estensiva del principio di pubblicità delle gare, da cui deriverebbe anche il principio di pubblicità delle sedute di gara, salvo che per la fase di valutazione dell'offerta tecnica [dopo la plenaria, ma deliberata prima (il 22 febbraio 2011) v. Cons. St., sez. V, 25 agosto 2011 n. 4806].

Ad avviso della plenaria:

- il principio di pubblicità delle gare per i contratti pubblici è radicato in canoni di diritto comunitario e interno costantemente applicati dalla giurisprudenza amministrativa;
- onde stabilire la necessità o meno di rendere pubbliche le operazioni compiute in determinate fasi di un procedimento amministrativo finalizzato alla scelta di un contraente, occorre distinguere il momento inderogabile, costituito dall'apertura dei plichi contenenti le offerte, che è operazione preliminare, rispetto alla diversa operazione costituita dalla valutazione delle offerte stesse che, invece, a certe condizioni, può svolgersi senza la presenza delle parti;
- il regolamento di attuazione del codice degli appalti, confermando nella sostanza la disciplina già dettata dal d.P.R. n. 554/1999, risulta orientato a garantire la pubblicità per tutte le operazioni di gara, compresa la comunicazione dell'eventuale anomalia dell'offerta (art. 121), e prevede la seduta riservata per le valutazioni di natura tecnico-discrezionale
- la "verifica della integrità dei plichi" non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono

difficilmente apprezzabili *ex post* una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato;

- tale enunciazione costituisce corretta interpretazione dei principi comunitari e di diritto interno sopra ricordati in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare per i pubblici appalti e, come tale, meriti di essere confermata e ribadita con specifico riferimento all'apertura della busta dell'offerta tecnica. Tale operazione, infatti, come per la documentazione amministrativa e per l'offerta economica, costituisce passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale, e quindi richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento.

La plenaria confuta gli argomenti contrari all'obbligo di apertura in seduta pubblica dell'offerta tecnica, secondo cui tale obbligo:

a) non avrebbe alcuna base normativa;

b) comporterebbe inutili aggravamenti della procedura;

c) contrasterebbe con l'evoluzione della disciplina delle gare di appalto;

d) realizzerebbe una indebita anticipazione dell'accesso agli atti della procedura, in violazione dei precetti di cui all'art. 13 codice.

Al primo e terzo argomento la plenaria replica che la base normativa si evince dalle norme regolamentari e dai principi comunitari già ricordati.

Al secondo argomento la plenaria replica che in realtà la pubblicità delle operazioni di gara nel senso voluto dalla plenaria avrebbe scarsa incidenza sui tempi di espletamento della procedura.

Al quarto argomento la plenaria replica che la verifica dei documenti contenuti nella busta consiste in un semplice controllo preliminare degli atti inviati, che non può eccedere la funzione, che ad essa riconosce la giurisprudenza, di ufficializzare la acquisizione della documentazione di cui si compone l'offerta tecnica. L'operazione non deve andare al di là del mero riscontro degli atti prodotti dall'impresa concorrente, restando esclusa ogni facoltà degli interessati presenti di prenderne visione del contenuto. La garanzia di trasparenza richiesta in questa fase si considera assicurata quando la commissione, aperta la busta del singolo concorrente, abbia proceduto ad un esame della documentazione leggendo il solo titolo degli atti rinvenuti, e dandone atto nel verbale della seduta. Così circoscritte le formalità da compiere, la verifica della documentazione non incorre nella denunciata violazione dei limiti all'accesso di cui all'art. 13 codice.

Si noti che la violazione della regola della pubblicità della seduta di gara comporta l'invalidità di tutti gli atti della procedura selettiva, senza che rilievi l'assenza di prova dell'effettiva lesione sofferta dai concorrenti, trattandosi di adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento tra gli stessi, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative non sono apprezzabili *ex post* [Cons. St., sez. V, 16 giugno 2009 n. 3844; Id., sez. V, 4 marzo 2008 n. 901].

L'orientamento espresso dalla plenaria n. 13/2011 è stato tradotto in norme positive dall'art. 12, d.l. n. 52/2012 conv. in l. n. 94/2012, mediante modifica degli artt. 120 e 283, d.P.R. n. 207/2010 (regolamento), dove si è stabilito che la

commissione apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti.

In via transitoria è stato previsto che tali disposizioni si applicano alle procedure di affidamento in corso per le quali non si sia ancora proceduto all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche alla data di entrata in vigore del decreto legge (9 maggio 2012).

La previsione del d.l. sembrerebbe, pertanto, voler escludere la necessità di pubblicità per il caso di plichi aperti prima della sua entrata in vigore, e dunque voler incidere su eventuali contenziosi pendenti.

Tuttavia per il passato vale l'orientamento già espresso, nello stesso senso, dalla plenaria n. 13/2011, e dunque non sembra che il d.l. sopravvenuto possa trasformare in disposizione innovativa valevole *ex nunc* una regola già enucleata dalla giurisprudenza dal diritto previgente.

4) La plenaria n. 16/2011: gli obblighi di evidenza pubblica per le imprese pubbliche nei settori speciali

La plenaria **1 agosto 2011 n. 16** (Pres. de Lise – Est. De Nictolis) ha chiarito l'ambito degli obblighi di evidenza pubblica a carico delle imprese pubbliche nei settori speciali (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 29 aprile 2011 n. 2543). Nel caso di specie si disputava se rientrasse o meno nell'ambito di applicazione del codice appalti un servizio di vigilanza affidato dall'ENI – società operante nel settore speciale del gas e dell'energia, a tutela di un edificio amministrativo, e dunque non connesso in via diretta con il settore speciale in questione.

Secondo l'adunanza plenaria, la sottoposizione o meno dell'appalto al regime pubblicistico diviso dal d.lgs. n. 163/2006 discende dalle caratteristiche oggettive dell'appalto e soggettive della stazione appaltante, e dunque dall'esistenza di un vincolo "eteronomo" e non dalla dichiarazione della stazione appaltante (c.d. autovincolo). Se è vero che l'art. 133, c. 1, lett. e), n. 1), cod. proc. amm., fa riferimento, al fine di stabilire l'ambito della giurisdizione amministrativa, al soggetto "comunque tenuto" al rispetto di procedure di evidenza pubblica, tuttavia siffatta ampia espressione non può che riferirsi pur sempre ad un vincolo eteronomo, e non autonomo, di rispetto delle dette procedure.

Il c.d. autovincolo, se è idoneo a rendere applicabili le regole richiamate, è idoneo a determinare spostamenti della giurisdizione.

La plenaria ha escluso la natura di organismo di diritto pubblico dell'ENI-Ente nazionale idrocarburi s.p.a., da qualificarsi invece come impresa pubblica, con la conseguenza che tale Ente soggiace alla disciplina dei settori speciali e non anche a quella dei settori ordinari, e che gli appalti di tale Ente estranei ai settori speciali, ricadono nel diritto privato e nella giurisdizione del giudice ordinario.

Per le imprese pubbliche operanti nei settori speciali si era posta la questione se siano o meno soggette all'osservanza del codice appalti, e conseguentemente alla giurisdizione del giudice amministrativo, in caso di affidamento di appalti estranei ai settori speciali.

La questione ha avuto risposta negativa, da parte della plenaria, sulla scorta dei seguenti argomenti:

a) le imprese pubbliche sono “soggetti” dei settori speciali, ma non anche dei settori ordinari (artt. 207 e 32, d.lgs. n. 163/2006);

b) il diritto comunitario ha delimitato in modo rigoroso non solo l’ambito soggettivo dei settori speciali (art. 207, d.lgs. n. 163/2006; artt. 2 e 8, direttiva 2004/17/CE), ma anche quello oggettivo, descrivendo in dettaglio l’ambito di ciascun settore speciale;

c) la stessa giurisprudenza comunitaria afferma che le previsioni della direttiva 2004/17/CE devono essere applicate restrittivamente, con conseguente inapplicabilità della c.d. teoria del contagio di cui alla giurisprudenza *Mannesman* [C. giust. CE 15 gennaio 1998, C-44/96], che estende il regime applicabile all’organismo di diritto pubblico a tutti i suoi appalti [C. giust. CE 10 aprile 2008, C-393/06, *Aigner*, par. 26, 27, 30];

d) ai sensi dell’art. 217, d.lgs. n. 163/2006 (che riproduce fedelmente l’art. 20, direttiva 2004/17/CE), la disciplina dei settori speciali non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall’esercizio delle loro attività di cui agli articoli da 208 a 213 o per l’esercizio di tali attività in un Paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un’area geografica all’interno della Comunità; se ne desume che l’assoggettabilità dell’affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l’appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all’attività speciale [in termini anche Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2011 n. 2919];

e) acclarato che un dato appalto è processo è “escluso” dall’ambito di applicazione dei settori speciali, per la individuazione della disciplina ad esso applicabile, sono in astratto possibili quattro soluzioni: (i) applicazione della disciplina dei settori ordinari; (ii) applicazione dell’art. 27, d.lgs. n. 163/2006; (iii) applicazione dei principi a tutela della concorrenza contenuti nei Trattati dell’Unione europea; (iv) applicazione del diritto privato;

f) per le imprese pubbliche, un appalto, escluso dai settori speciali, non ricade nella disciplina dei settori ordinari, dovendosi differenziare, nel novero degli enti aggiudicatori, le amministrazioni aggiudicatrici e le imprese pubbliche; nel caso di amministrazioni aggiudicatrici, che sono soggetti di diritto pubblico, non vi sono ostacoli ad ammettere che, per i loro appalti estranei ai settori speciali, si riespande l’applicazione della disciplina degli appalti dei settori ordinari [come si argomenta dalla C. giust. CE 10 aprile 2008, C-393/06, *Aigner*, che, esclusa in un caso l’applicazione della disciplina dei settori speciali, ha ritenuto applicabile quella dei settori ordinari in quanto la stazione appaltante poteva essere qualificata come organismo di diritto pubblico]; diversamente, nel caso delle imprese pubbliche, che sono enti aggiudicatori nei settori speciali (art. 2, direttiva 2004/17/CE), ma non sono contemplati tra le amministrazioni aggiudicatrici nei

settori ordinari (artt. 1 e 2, direttiva 2004/18/CE), per gli appalti “estranei”, aggiudicati per scopi diversi dalle loro attività nei settori speciali (art. 20, direttiva 2004/17/CE), la sottrazione alla direttiva 2004/17/CE non comporta l’espansione della direttiva 2004/18/CE, ma piuttosto la sottrazione ad entrambe le direttive comunitarie;

g) nemmeno è applicabile l’art. 27, d.lgs. n. 163/2006, che enuncia i principi applicabili ai contratti esclusi, in tutto o in parte, dall’ambito di applicazione del codice appalti, per due ordini di considerazioni:

g.1) una di ordine soggettivo, ed è che l’art. 27 citato estende i principi ai “contratti esclusi, in tutto o in parte, dall’ambito di applicazione *oggettiva* del presente codice”; l’applicazione dei principi ai contratti esclusi dal codice, postula dunque che si tratti di contratti posti in essere dai soggetti contemplati dal codice, e dunque rientranti nell’ambito di applicazione soggettiva del codice e del diritto comunitario; sarebbe infatti sproporzionato imporre l’applicazione di principi di evidenza pubblica a soggetti del tutto estranei all’ambito del codice, e dunque ad appalti retti dal diritto privato;

g.2) una di ordine oggettivo, ed è che nel novero dei contratti esclusi occorre distinguere tra contratti “esenti” e contratti affatto “estranei”; i principi si applicano ai contratti esenti, non anche a quelli estranei;

h) in definitiva, il citato art. 27 non contempla un “terzo settore” dei pubblici appalti, quelli “esclusi in tutto o in parte”, che si aggiunge ai settori ordinari e ai settori speciali, ma si riconnette pur sempre agli appalti dei settori ordinari o speciali, e ai soggetti appaltanti di tali settori.

In altre parole, i “contratti esclusi in tutto o in parte” sono pur sempre quelli che si agganciano ai settori ordinari o speciali di attività contemplati dal codice. Si tratta in definitiva di contratti che in astratto potrebbero rientrare nel settore di attività, ma che vengono eccettuati con norme di esenzione, per le ragioni più disparate.

Emblematici sono i casi, di cui si sono occupate la C. giust. CE e la Commissione europea, degli appalti sotto soglia, delle concessioni di servizi e degli appalti di servizi dell’allegato II B, che astrattamente rientrano nei settori di attività contemplati, ma che vengono esentati dal diritto comunitario per ragione di soglia o di oggetto, per lasciare, negli appalti ritenuti meno rilevanti, maggiore libertà ai legislatori nazionali.

Ad avviso della plenaria diverso è il caso dei contratti di cui all’art. 217, codice appalti (art. 20, direttiva 2004/17), ossia gli appalti posti in essere dagli enti aggiudicatori dei settori speciali in ambiti diversi dalle attività dei settori speciali, che sono i soli di interesse della direttiva 2004/17CE.

In siffatta ipotesi, si è in presenza di una diversa categoria, o meglio di una diversa nozione di “appalto escluso”.

Infatti mentre nelle altre ipotesi di appalti esclusi si tratta di specifiche tipologie (appalti segreti, appalti di servizi o forniture aventi specifici oggetti e in astratto rientranti nel settore di attività; v. artt. da 16 a 24, codice appalti), in questo caso non si tratta di appalti aventi uno specifico oggetto, bensì di una categorie

residuale, che comprende qualsiasi tipo di appalto estraneo al settore speciale. Non si tratta pertanto di appalti semplicemente “esclusi”, - ossia rientranti in astratto nell’ambito di applicazione delle direttive ma specificamente “esentati” -, bensì di appalti del tutto “estranei” all’ambito di azione della direttiva 2004/17/CE.

A tale soluzione la plenaria perviene alla luce delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, che operano una distinzione tra tre categorie:

- a) appalti che non ricadono nelle direttive per ragioni di soglia;
- b) appalti del tutto “esclusi”;
- c) appalti e concessioni di servizi cui si applicano solo poche previsioni delle direttive, e dunque esclusi in (maggior) parte e inclusi in (minor) parte.

In particolare, nel “*genus*” esclusioni possano individuarsi almeno due tipologie, aventi una diversa “*ratio*”, gli appalti “esenti” e gli appalti “estranei”.

Gli appalti “esenti” sono quelli in astratto rientranti nei settori di intervento delle direttive, ma che ne vengono esclusi per ragioni *latu sensu* di politica comunitaria, quali, ad es., gli appalti segretati, o i servizi di arbitrato e conciliazione, o acquisto o locazione di terreni e fabbricati, e le stesse concessioni di servizi.

È tale anche il caso degli appalti “sotto soglia” e degli appalti di servizi di cui all’allegato II B direttiva 2004/18/CE e XVII B direttiva 2004/17/CE.

Quanto agli appalti “sotto soglia” è noto che la soglia è “mobile” e viene frequentemente aggiornata con regolamento comunitario avente efficacia diretta negli Stati membri; l’aggiornamento avviene verso “il basso” nel senso di ridurre progressivamente l’importo della soglia e specularmente estendere l’applicazione del diritto comunitario dei pubblici appalti.

È dunque chiaro che gli appalti “sotto soglia” rientrano negli scopi del diritto comunitario dei pubblici appalti, ma fruiscono di un regime di (temporanea) esenzione.

Lo stesso è a dirsi per i citati appalti e concessioni di servizi, che rientrano negli scopi del diritto comunitario, ma fruiscono di un regime di parziale esenzione.

Gli appalti “estranei” sono quelli esclusi perché sono del tutto al di fuori dei settori di intervento delle direttive o dello stesso ordinamento comunitario, quali gli appalti da eseguirsi al di fuori del territorio dell’Unione (art. 15, direttiva 2004/18/CE e art. 22, direttiva 2004/17/CE), o quali gli appalti aggiudicati dagli enti aggiudicatori dei settori speciali per fini diversi dall’esercizio delle attività nei settori speciali (art. 20, direttiva 2004/17/CE).

Non sembra, allora, che il rispetto dei principi dei Trattati si imponga alle imprese pubbliche anche per appalti esclusi perché paiono estranei ai settori di intervento delle direttive e dell’Unione.

Avuto riguardo agli appalti di cui all’art. 217, codice appalti, aggiudicati per scopi diversi dalle attività dei settori speciali, delle due l’una:

- a) o l’ente aggiudicatore è un’amministrazione aggiudicatrice, e in tal caso l’appalto, estraneo al settore speciale, ricade nei settori ordinari e dunque nel raggio di azione della direttiva 2004/18/CE;

b) o l'ente aggiudicatore è un'impresa pubblica, ossia un soggetto di diritto privato, e in tal caso l'appalto, estraneo al settore speciale, non ricade nei settori ordinari e dunque nel raggio di azione della direttiva 2004/18/CE, che non contempla tra le stazioni appaltanti le imprese pubbliche; e neppure ricade sotto i principi dei Trattati, al cui rispetto devono ritenersi tenuti i medesimi soggetti tenuti all'osservanza delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE in relazione agli appalti da esse "esclusi", ma non anche in relazione agli appalti ad esse del tutto estranei.

5) La plenaria n. 1/2012: gli atti impugnabili nel *project financing*

La plenaria **28 gennaio 2012 n. 1** (Pres. de Lise – Est. De Nictolis) ha risolto la questione controversa se l'atto di scelta del promotore, ove i controinteressati intendano contestarlo, possa o debba essere impugnato da questi immediatamente, o solo in esito alla conclusione dell'intero procedimento, che sfocia nella selezione di un concessionario, e che postula lo svolgimento di una gara e di una successiva procedura negoziata senza bando (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2010 n. 7277).

La plenaria si è pronunciata nel senso della immediata impugnabilità, da parte dei terzi controinteressati, della selezione di una proposta come di pubblico interesse, affermando, anzi, un onere di immediata impugnazione; tanto, sia avuto riguardo alla procedura originaria di *project financing*, come disciplinata dalla l. n. 109/1994 e poi importata nella versione originaria del codice appalti, sia avuto riguardo alle vigenti procedure di *project financing*.

La plenaria ha enunciato il seguente principio "nel procedimento di *project financing*, articolato in più fasi, la prima delle quali si conclude con la scelta, da parte della stazione appaltante, del promotore, l'atto di scelta del promotore determina una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto e un definitivo arresto procedimentale per i concorrenti non prescelti; tale atto è pertanto lesivo e deve essere immediatamente impugnato dai concorrenti non prescelti, senza attendere l'esito degli ulteriori subprocedimenti di aggiudicazione della concessione".

6) La plenaria n. 8/2012: durc irregolare, a.t.i. a geometria variabile, garanzia dell'offerta e difetto di requisiti generali, iscrizione nel casellario informatico e garanzie partecipative

L'ordinanza della VI sezione del Consiglio di Stato 5 marzo 2012 n. 1245 ha rimesso all'esame della plenaria la questione della corretta interpretazione dell'art. 38, co. 1, lett. e), codice appalti in tema di esclusione per gravi violazioni previdenziali, prima della novella recata dal d.l. n. 70/2011, atteso il contrasto di giurisprudenza delineatosi.

La plenaria, con la decisione **4 maggio 2012 n. 8** (Pres. Giovannini – Est. De Nictolis), ha risolto il contrasto esegetico e si è soffermata anche su altre

importanti questioni in materia di pubblici appalti.

Sul contrasto la plenaria ha espresso il seguente principio di diritto: “ai sensi e per gli effetti dell’art. 38, co. 1, lett. i), d.lgs. n. 163/2006, anche nel testo vigente anteriormente al d.l. n. 70 del 2011, secondo cui costituiscono causa di esclusione dalle gare di appalto le gravi violazioni alle norme in materia previdenziale e assistenziale, la nozione di “violazione grave” non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l’aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (d.u.r.c.) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto”.

Ricorda la plenaria che l’art. 38, co. 1, lett. i), d.lgs. n. 163/2006, considera causa di esclusione non qualsivoglia violazione in materia di obblighi contributivi, ma solo le <<violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali>>.

La plenaria ha esaminato i presupposti in presenza dei quali il d.u.r.c. attesta la regolarità contributiva, e quando invece viene attestato che difetta la regolarità contributiva, ricordando l’evoluzione della normativa sul punto.

Attualmente vige il d.m. 24 ottobre 2007, emanato in attuazione dell’art. 1, co. 1176, l. n. 296 del 2006.

Tale d.m., come si evince dalla sua premessa, disciplina il d.u.r.c. in termini generali, quale che sia lo scopo per cui il d.u.r.c. è richiesto, chiarendosi così un equivoco che poteva insorgere da una esegesi letterale della norma primaria (si legge nel preambolo: <<Considerata l’esigenza di una disciplina uniforme in ordine alle modalità di rilascio ed ai contenuti analitici del Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC), sia per la concessione di agevolazione «normative e contributive», sia per gli appalti di lavori servizi e forniture pubbliche che per i lavori privati dell’edilizia, nonché per la fruizione di benefici e sovvenzioni previsti dalla disciplina comunitaria>>).

Non è perciò dubbio che il d.m. in questione riguarda anche il d.u.r.c. necessario per l’affidamento di appalti pubblici.

Secondo detto d.m.:

a) ai fini specifici della partecipazione a gare di appalto, viene fissata una soglia di <<gravità>> delle violazioni, ritenendosi le violazioni al di sotto di tale soglia di gravità non ostative al rilascio del d.u.r.c.: non si considera, in particolare, grave lo scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore a 100 euro, fermo restando l’obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del d.u.r.c. (art. 8, co. 3, d.m. citato);

b) la pendenza di qualsivoglia contenzioso amministrativo impedisce di ritenere il soggetto in posizione irregolare; fino alla decisione che respinge il ricorso, può essere dichiarata la regolarità contributiva (art. 8, co. 2, lett. a), d.m. citato);

c) non costituisce causa ostativa al rilascio del d.u.r.c. l'aver beneficiato degli aiuti di stato specificati nel d.P.C.M. emanato ai sensi dell'art. 1, co. 1223, l. n. 296 del 2006, sebbene non ancora rimborsati o depositati in un conto bloccato (art. 8, co. 4, d.m. citato).

Sia le previgenti circolari, sia il d.m. ritengono non ostantive della dichiarazione di regolarità contributiva le pendenze processuali, fino alla sentenza definitiva.

Dopo il d.m. del 2007, si può affermare che il d.u.r.c. attesta solo le irregolarità contributive <<definitivamente accertate>>, e solo quelle che superano una <<soglia di gravità>>, fissata autonomamente dal citato d.m.

Così ricostruito il quadro normativo rilevante, la plenaria osserva che, se prima del d.m. del 2007 poteva essere dubbio se vi fosse o meno automatismo nella valutazione di gravità delle violazioni previdenziali da parte della stazione appaltante (v. i casi decisi da Cons. St., sez. VI, 4 agosto 2009 nn. 4905 e 4907), dopo il d.m. del 2007, risulta chiaro che la valutazione di gravità o meno della infrazione previdenziale è riservata agli enti previdenziali.

Invero, se la violazione è ritenuta non grave, il d.u.r.c. viene rilasciato con esito positivo, il contrario accade se la violazione è ritenuta grave.

Secondo la plenaria la valutazione compiuta dagli enti previdenziali sia vincolante per le stazioni appaltanti e precluda, ad esse, una valutazione autonoma.

Tanto, alla luce delle seguenti considerazioni:

a) gli enti previdenziali sono istituzionalmente e specificamente competenti a valutare la gravità o meno delle violazioni previdenziali;

b) il d.u.r.c. è il documento pubblico che certifica in modo ufficiale la sussistenza o meno della regolarità contributiva, da ascrivere al novero delle dichiarazioni di scienza, assistite da fede pubblica privilegiata ai sensi dell'art. 2700 c.c., e facenti piena prova fino a querela di falso;

c) le stazioni appaltanti non sono gli enti istituzionalmente e specificamente competenti a valutare la gravità o meno delle violazioni previdenziali;

d) il codice degli appalti deve essere letto e interpretato non in una logica di separatezza e autonomia, ma come una parte dell'ordinamento nel suo complesso, e nell'ambito dell'ordinamento giuridico la nozione di "violazione previdenziale grave" non può che essere unitaria e uniforme, e rimessa all'autorità preposta al rispetto delle norme previdenziali; pertanto, l'art. 38, co. 1, lett. i), laddove menziona le "violazioni gravi" delle norme previdenziali, intende riferirsi alla nozione di "violazione previdenziale grave" esistente nell'ambito dell'ordinamento giuridico, e in particolare nello specifico settore previdenziale;

e) ne consegue che le stazioni appaltanti non hanno né la competenza né il potere di valutare caso per caso la gravità della violazione previdenziale, ma devono attenersi alle valutazioni dei competenti enti previdenziali.

La soluzione accolta dalla plenaria, già seguita da numerose decisioni delle sezioni del Consiglio di Stato, nonché dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici relativi a lavori, servizi forniture [Autorità, determinazione n. 1/2010], è stata fatta propria anche dal legislatore nel 2011.

Come ricorda anche l'ordinanza di rimessione, il d.l. n. 70 del 2011, senza modificare formalmente l'art. 38, co. 1, lett. 1, d.lgs. n. 163/2006, ha inserito nel co. 2 dell'art. 38 una previsione volta a dare rilevanza al d.u.r.c. e ad escludere ogni discrezionalità della stazione appaltante nella valutazione della gravità delle violazioni previdenziali e assistenziali.

In particolare, ai fini del co. 1, lett. i), dell'art. 38, si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'art. 2, co. 2, d.l. 25 settembre 2002, n. 210, convertito in legge 22 novembre 2002, n. 266.

Pertanto dopo la novella legislativa resta definitivamente chiarito che la mancanza di d.u.r.c. comporta una presunzione legale *iuris et de iure* di gravità delle violazioni previdenziali.

Tale previsione è stata introdotta dal d.l. n. 70 del 2011 e non è stata toccata dalla legge di conversione, per cui è in vigore dal 14 maggio 2011.

E' vero che disposizione si applica, *ratione temporis*, a procedure i cui bandi o avvisi, ovvero, nelle procedure senza bando, inviti, siano successivi al 14 maggio 2011 (art. 4, co. 3, d.l. n. 70 del 2011 e che pertanto non riguarda le gare derivanti da bandi pubblicati anteriormente (come è il caso di specie).

Si tratta, peraltro, di una disposizione che si limita a recepire e consolidare un orientamento interpretativo già formatosi in precedenza, e che pertanto si pone in linea di continuità, e non di innovazione, rispetto all'assetto ad essa previgente.

La plenaria esamina anche altre questioni esegetiche rilevanti nel settore dei pubblici appalti:

a) Afferma anzitutto che in caso di Consorzio fra società cooperative di produzione e lavoro costituito a norma della l. 25 giugno 1909 n. 422, soggetto ammesso ai pubblici appalti ai sensi dell'art. 34, co., 1, lett. b) d.lgs. 163/2006 e dotato di soggettività giuridica autonoma, i requisiti morali di cui all'art. 38 codice appalti vanno verificati sia in capo al consorzio che in capo ai consorziati che concorrono, con conseguente esclusione dell'intero consorzio in capo di difetto di requisiti generali in capo ad un consorziato.

b) In secondo luogo, secondo la plenaria, il Consorzio non potrebbe utilmente sostituire, in corso di gara, il consorziato privo dei requisiti; la plenaria pone precisi limiti alla c.d. a.t.i. o consorzio "a geometria variabile", affermando che la sostituzione dell'impresa esecutrice in corso di gara non è ammissibile se finalizzata a sanare *ex post* il difetto di un requisito di partecipazione, in violazione della *par condicio*.

c) Ritiene inoltre la plenaria che la cauzione provvisoria a corredo dell'offerta (art. 75, codice appalti), copre tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per fatto dell'affidatario

qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali di cui all'art. 38 citato.

d) Ancora, la segnalazione all'Autorità va fatta non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di accertamento negativo sul possesso dei requisiti di ordine generale.

e) Quanto, infine, alle garanzie partecipative in caso di iscrizione nel casellario informatico della notizia dell'esclusione da una gara di appalto, la plenaria osserva che occorre l'avviso di avvio del procedimento se l'iscrizione avviene ai sensi dell'art. 27, co. 2, lett. t), d.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34, a tenore del quale vanno iscritte nel casellario informatico <<tutte le altre notizie riguardanti le imprese che, anche indipendentemente dall'esecuzione dei lavori, sono dall'Osservatorio ritenute utili ai fini della tenuta del casellario>>, trattandosi di una iscrizione previa valutazione e non di una iscrizione automatica.

7) La plenaria n. 10/2012: la eredità dei requisiti morali in caso di cessione di azienda

La sez. V del Consiglio di Stato, con ord. 14 febbraio 2012 n. 711 ha rimesso alla plenaria la questione se la dichiarazione andasse resa riguardo agli amministratori di società che ha trasferito l'azienda, da parte della società cessionaria dell'azienda medesima.

Su tale ordinanza di remissione si è pronunciata la plenaria con la sentenza **4 maggio 2012 n. 10** (Pres. Coraggio – Est. Dell'Utri).

Con l'ordinanza di remissione erano state prospettate due tesi:

quella di interpretare in senso restrittivo l'art. 38, co. 1, lett. c) citato, senza possibilità di estensione a casi non espressamente contemplati, quale quello degli amministratori di azienda ceduta, tesi sostenuta in prevalenza dalla V sez. del Consiglio di Stato;

quella, seguita dal Cons. giust. amm. sic., e talora dalla III e VI sez. del Consiglio di Stato, che estende a siffatta ipotesi la norma in commento.

La plenaria aderisce, con alcune puntualizzazioni, al secondo orientamento, in funzione antielusiva.

I principi di diritto enunciati dalla plenaria si riferiscono non solo al caso specifico dell'art. 38, co. 1, lett. c), ma anche agli altri requisiti morali indicati nel citato art. 38.

Non è, secondo la plenaria, dubitabile che, stante il principio di tipicità e tassatività delle cause di esclusione, la norma recata dall'art. 38, co. 1, lett. c), al pari delle altre preclusive della partecipazione del concorrente alle procedure di gara, non sia suscettibile di interpretazione tale da introdurre ulteriori e non previste cause ostative. Si tratta, invece, di chiarire se il contenuto della stessa norma già di per sé comprenda o meno ipotesi non testuali, ma pur sempre ad

essa riconducibili sotto il profilo della sostanziale continuità del soggetto imprenditoriale a cui si riferiscono, sicché il soggetto cessato dalla carica sia identificabile come interno al concorrente.

In tale quadro, l'Adunanza è dell'avviso che nella causa di esclusione in esame non possa non ricadere anche l'ipotesi in cui affiori l'intento di eludere la norma in relazione a vicende in atto o prevedibili. Diversamente opinando si finirebbe infatti col disattendere lo scopo stesso della preclusione di legge, da individuarsi sicuramente in quello di impedire anche solo la possibilità di inquinamento dei pubblici appalti di lavori, servizi e forniture derivante dalla partecipazione alle relative procedure di affidamento di soggetti di cui sia accertata la mancanza di rigore comportamentale con riguardo a circostanze gravemente incidenti sull'affidabilità morale e professionale.

In questo senso, a fronte di tale scopo essenziale e preminente non possono militare in senso contrario l'esigenza di certezza giuridica, intesa in termini impositivi di ogni interpretazione non strettamente letterale, e la tutela della libertà d'impresa, laddove agiscano a scapito dello scopo stesso.

La plenaria ricorda allo scopo la giurisprudenza prevalente secondo cui la disposizione è applicabile anche nelle ipotesi di fusione o di incorporazione di società, ancorché venute in essere antecedentemente all'avvio della gara (Cons. St., III, 15 luglio 2011 n. 4323; Tar Abruzzo, 15 dicembre 2011 n. 681; Tar Sardegna, I, 22 luglio 2011 n. 845; T.r.g.a. Trentino Alto-Adige, 18 luglio 2011 n. 202; Tar Sicilia, I, 29 giugno 2011 n. 1243; Tar Veneto, I, 27 gennaio 2011 n. 115; cfr. anche Cons. St., sez. VI, 9 maggio 2011 n. 2662, che nega l'applicazione della norma qualora la fusione o incorporazione comporti l'estinzione del soggetto incorporato).

La plenaria coglie e supera la differenza intercorrente tra fusione/incorporazione da un lato e cessione di azienda dall'altro.

Vero è che in caso di fusione/incorporazione, a differenza di quanto avviene nella cessione, la vicenda realizza una successione a titolo universale fra i soggetti interessati ovvero, alla luce della riforma del diritto societario disposta dal d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, la loro mera trasformazione e lascia dunque ferma, per definizione, la continuità dell'attività imprenditoriale. Non è peraltro nel contempo da sottacere che quest'ultimo fenomeno ben può verificarsi pur in ipotesi di cessione di azienda o di ramo di azienda: sebbene infatti per suo tramite si realizzi una successione a titolo particolare, essa tuttavia assume una forma del tutto peculiare, consistente nel passaggio all'avente causa dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia (tanto da farsi riferimento in giurisprudenza al concetto di trasferimento di *universitas*, v. Cass., 12 giugno 2007 n. 13765; Cass., 13 giugno 2006 n. 13676; Cass., 19 luglio 2000 n. 9460). Il che rende la vicenda ben suscettibile di comportare pur essa la continuità tra precedente e nuova gestione imprenditoriale. La responsabilità per fatto di soggetto giuridico terzo a cui soggiace il cessionario trova risposta nel principio *ubi commoda, ibi incommoda*: il cessionario, come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche,

così risente delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente.

All'operazione interpretativa in argomento non osta il dato normativo in ordine alla condizione di rilevanza della causa d'esclusione riferita ai soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente al bando, costituita dalla mancata dimostrazione *“di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata”*.

La plenaria risponde all'obiezione che l'impresa cessionaria ben potrebbe senza colpa ignorare i precedenti penali dei vertici della cedente, sicché si troverebbe ad essere assoggettata a responsabilità per fatto altrui, in contrasto con i principi della personalità della responsabilità individuale e della tutela dell'affidamento, sulla base di un meccanismo attributivo di responsabilità oggettiva e senza potersi avvalere dello strumento di garanzia della dissociazione.

Osserva la plenaria che da un lato la cessione di azione non può di per sé essere riguardata come *“dissociazione”*, e che dall'altro lato il segnalato inconveniente può essere agevolmente superato dal cessionario attraverso l'adozione di opportune cautele, quali il pretendere dall'impresa che si intenda acquisire l'attestazione circa intervenute condanne o indagini penali già in corso sui rispettivi vertici amministrativi e tecnici per reati che incidano sull'affidabilità morale e professionale, nonché prevedendo penali o garanzie o risoluzione della cessione al verificarsi di tali fatti, suscettibili di risolversi negativamente per tali soggetti entro il successivo triennio (ora entro il successivo anno).

Ad ogni modo, proprio nella logica del cennato fenomeno della dissociazione, al cessionario va riconosciuta la possibilità di comprovare che la cessione si è svolta secondo una linea di discontinuità rispetto alla precedente gestione, tale da escludere alcuna influenza dei comportamenti degli amministratori e direttori tecnici della cedente.

In conclusione, sussiste in capo al cessionario l'onere di presentare la dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, c. 2, lett. c), codice appalti anche in riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la cedente nell'ultimo triennio (ora nell'ultimo anno); resta fermo che è comunque dato al cessionario comprovare l'esistenza nel caso concreto di una completa cesura tra vecchia e nuova gestione, tale da escludere la rilevanza della condotta dei precedenti amministratori e direttori tecnici operanti nell'ultimo triennio e, ora, nell'ultimo anno, presso il complesso aziendale ceduto; resta altresì fermo – tenuto anche conto della non univocità delle norme circa l'onere del cessionario – che in caso di mancata presentazione della dichiarazione e sempre che il bando non contenga al riguardo una espressa comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione.

8) La plenaria n. 21/2012: la eredità dei requisiti morali in caso di fusione societaria e sul principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare

La V sez., con ordinanza 31 marzo 2012 n. 1886 ha disposto il deferimento all'Adunanza plenaria ai sensi dell'art. 99 cod. proc. amm. della questione se la dichiarazione ex art. 38, lett. c), codice appalti, in ordine all'esistenza o meno di amministratori cessati dalla carica nel triennio e all'assenza di pregiudizi penali per essi riguardi anche gli amministratori di società fuse per incorporazione, trattandosi di profilo particolarmente controverso in giurisprudenza.

Il caso differisce da quello deciso dalla plenaria n. 10/2012, sotto profili significativi in fatto e in diritto:

- a) in diritto, non si tratta di cessione di azienda ma di fusione societaria;
- b) in fatto, l'omessa dichiarazione non riguarda un amministratore in carica del soggetto ceduto/incorporato, ma di un amministratore già cessato anche dalla società incorporata;
- c) sempre in fatto mentre nel caso deciso dalla plenaria n. 10/2012 l'amministratore dell'azienda ceduta aveva pregiudizi penali, in tale vicenda l'amministratore cessato della società incorporata era incensurato.

La sentenza della plenaria 7 giugno 2012 n. 21 (Pres. Coraggio – Est. De Nictolis) ha ribadito i principi espressi dalla plenaria n. 10/2012, confutando gli ulteriori argomenti proposti nell'ordinanza di rimessione; applicando i principi al caso di specie, ha ritenuto in concreto insussistente la causa di esclusione, che non risultava espressamente dal bando di gara, avuto anche riguardo alle oscillazioni della giurisprudenza.

L'ordinanza di rimessione sosteneva l'assenza di una successione universale nella fusione.

Invece, ad avviso della plenaria, si tratta infatti comunque di una vicenda che ha comportato la continuità del precedente soggetto confluito nel nuovo.

In dettaglio, l'ordinanza di rimessione assumeva che il novellato art. 2504-*bis* cod. civ. configura le operazioni di trasformazione o fusione societaria non come successione universale, ma come vicenda evolutiva dei medesimi soggetti originari partecipanti alla operazione societaria; di tal che, gli amministratori cessati della società incorporata o fusa, non sarebbero mai stati amministratori della nuova società.

Osserva la plenaria che secondo l'art. 2504-*bis*, co. 1, cod. civ., nel testo anteriore alla novella recata dal d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310, “la società che risulta dalla fusione o quella incorporate assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte”.

La giurisprudenza ne traeva la pacifica conseguenza che la trasformazione o fusione danno luogo ad una vicenda di successione a titolo universale, con quel che ne consegue quanto all'interruzione del processo (Cass. civ., sez. un. 28 dicembre 2007, n. 27183; Id. sez. II, 25 febbraio 2011 n. 4740).

Il novellato art. 2504-*bis*, co. 1, cod. civ., non fa più menzione delle società “estinte” ma di società “partecipanti” all'operazione societaria, disponendo che “la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli

obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione”.

La giurisprudenza ha conseguentemente ritenuto che la fusione per incorporazione di una società in un'altra, alla stregua di quanto dispone il novellato art. 2504-*bis*, co. 1, cod. civ., non è causa d'interruzione del processo del quale quella società sia parte, trattandosi di un evento da cui consegue non già l'estinzione della società incorporata, bensì l'integrazione reciproca delle società partecipanti all'operazione, ossia di una vicenda meramente evolutiva del medesimo soggetto, che conserva la propria identità pur in un nuovo assetto organizzativo (Cass. civ. [ord.], sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637).

Siffatta ricostruzione è stata operata dalle Sezioni unite della Cassazione al precipuo fine di escludere l'interruzione dei processi in caso di fusione o incorporazione, ma non sposta i termini della questione sottoposta alla plenaria.

E, invero, anche a voler aderire alla prospettazione secondo cui non vi è estinzione delle società partecipanti all'operazione societaria, ma loro continuità nel nuovo soggetto, a maggior ragione perdura, per le società che proseguono sotto la nuova identità della società incorporante o risultante dalla fusione, l'onere di rendere la dichiarazione relativa ai propri amministratori cessati.

Infatti la società incorporante o risultante dalla fusione, - se non è, in base a tale ricostruzione, un successore universale, - tuttavia nemmeno è un soggetto “altro” e “diverso”, ma semmai un soggetto composito in cui proseguono la loro esistenza le società partecipanti all'operazione societaria. Per l'effetto non si possono considerare “altrui” gli amministratori che sono amministratori di un soggetto che è parte del tutto, e che conserva la sua identità originaria sotto una diversa forma giuridica.

Diversamente opinando, si arriverebbe alla paradossale conclusione che date due società A e B aventi ciascuna amministratori con pregiudizi penali, a seguito di fusione esitante nella società C, quest'ultima non sarebbe tenuta a rendere dichiarazione né per gli amministratori della società A né per quelli della società B.

Passando a verificare l'applicabilità di tali principi al caso di specie, la plenaria chiarisce la portata della prescrizione dell'art. 38, co. 2, codice appalti, in ordine alla dichiarazione sostitutiva del possesso dei requisiti.

Secondo la plenaria la prescrizione della dichiarazione sostitutiva deve intendersi imposta a pena di esclusione, e tanto sia nel testo originario del codice, sia dopo il d.l. n. 70/2011 che ha imposto il principio di tassatività delle cause di esclusione.

Secondo la plenaria l'art. 46, co. 1-*bis*, codice appalti, laddove dispone che “*La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti*” va interpretato nel senso che la esclusione dalle gare possa essere disposta, oltre che nei casi in cui disposizioni del codice o del regolamento la prevedano espressamente, anche nei casi in cui dette disposizioni impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, o

dettino norme di divieto, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione.

La tesi è stata seguita anche dall'Autorità di vigilanza nella delibera di adozione del bando tipo (determinazione 10 ottobre 2012 n. 4).

Avuto riguardo al caso di specie, in cui l'amministratore era incensurato e già cessato dalla società incorporata prima ancora dell'operazione di fusione societaria, la plenaria osserva che l'omessa dichiarazione è del tutto innocua.

La legge di gara comminava l'esclusione in caso di omissione della dichiarazione di cui all'art. 38, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, tuttavia la clausola del bando non menzionava espressamente l'onere di dichiarazione per gli amministratori di società partecipanti ad un procedimento di fusione, e tanto in un contesto di incertezza interpretativa in ordine alla portata del citato art. 38, co. 1, lett. c), incertezza chiarita solo con la plenaria n. 10/2012 e con la plenaria odierna.

In una situazione siffatta, di oscillazione della giurisprudenza e di clausola del bando che non prevede espressamente l'onere di rendere la dichiarazione relativamente agli amministratori delle società partecipanti alla fusione o incorporate, le stazioni appaltanti sono tenute ad esercitare un potere di soccorso nei confronti dei concorrenti, ammettendoli a fornire la dichiarazione mancante, sicché i concorrenti potranno essere esclusi solo se difetti il requisito sostanziale (nel senso che vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali), ovvero se essi non rendano, nel termine indicato dalla stazione appaltante, la dichiarazione mancante.

La plenaria enuncia i principi di diritto individuando anche una sorta di "regime transitorio" per le dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. c), codice, prima della soluzione del contrasto di giurisprudenza ad opera della plenaria:

"1) in caso di incorporazione o fusione societaria sussiste in capo alla società incorporante, o risultante dalla fusione, l'onere di presentare la dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006 anche con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la società incorporata o le società fuse nell'ultimo triennio ovvero che sono cessati dalla relativa carica in detto periodo (dopo il d.l. n. 70 del 2011: nell'ultimo anno). Resta ferma la possibilità di dimostrare la c.d. dissociazione.

2) l'art. 38, co. 2, d.lgs. n. 163/2006, sia prima che dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011, impone la presentazione di una dichiarazione sostitutiva completa, a pena di esclusione, e tale dichiarazione sostitutiva deve essere riferita, quanto all'art. 38, co. 1, lett. c), anche agli amministratori delle società che partecipano ad un procedimento di incorporazione o di fusione, nel limite temporale ivi indicato;

3) nel contesto di oscillazioni della giurisprudenza e di conseguente incertezza delle stazioni appaltanti, fino alla plenaria n. 10/2012 e alla plenaria odierna, i concorrenti che omettono la dichiarazione di cui all'art. 38, co. 1, lett. c), d.lgs.

n. 163/2006, relativamente agli amministratori delle società partecipanti al procedimento di fusione o incorporazione, possono essere esclusi dalle gare - in relazione alle dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. c) fino alla data di pubblicazione della presente decisione - solo se il bando espliciti tale onere di dichiarazione e la conseguente causa di esclusione; in caso contrario, l'esclusione può essere disposta solo ove vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali”.

9) 10) La plenaria n. 22/2012 e la plenaria n. 26/2012: la specificazione delle parti del servizio da parte delle a.t.i. orizzontali e verticali negli appalti di servizi

L'ordinanza della VI Sezione 31 gennaio 2012 n. 1227 aveva rimesso alla plenaria un contrasto esegetico in ordine all'art. 11, co. 2, d.lgs. n. 157/1995, secondo cui negli appalti di servizi, in caso di a.t.i., “l'offerta congiunta deve essere sottoscritta da tutte le imprese raggruppate e deve specificare le parti del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, le stesse imprese si conformeranno alla disciplina prevista nel presente articolo”.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, la previsione in commento non contiene alcuna distinzione tra a.t.i. orizzontali e verticali, al fine dell'obbligo di specificare le parti di servizio che saranno eseguite da ciascuna impresa.

Secondo un contrario orientamento, l'art. 11, co. 2, d.lgs. n. 157/1995, andrebbe riferito solo alle a.t.i. verticali e non anche a quelle orizzontali.

L'ordinanza di remissione mostra adesione alla prima soluzione, osservando che la disposizione in commento non contiene alcuna distinzione tra a.t.i. orizzontali e verticali, al fine dell'obbligo di specificare le parti di servizio che saranno eseguite da ciascuna impresa.

In termini analoghi dispone la disciplina oggi vigente, che dopo aver operato la distinzione tra a.t.i. orizzontale e verticale, per i servizi (art. 37, c. 2, codice appalti), dispone che “nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori riuniti” (art. 37, co. 4, codice appalti), e aggiunge che i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento (art. 37, co. 13, codice appalti).

Da tale gruppo di disposizioni si desume che quale che sia il settore dell'appalto (lavori, servizi, forniture), l'a.t.i. offerente deve indicare sia le quote di partecipazione all'a.t.i. di ciascun componente, sia le quote di esecuzione dell'appalto, e vi deve essere corrispondenza tra quota di partecipazione all'a.t.i. e quota di esecuzione dell'appalto.

Dal punto di vista sostanziale la necessità di indicare nell'offerta le parti del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese risponde alle seguenti esigenze pubbliche:

a) conoscenza preventiva, da parte della stazione appaltante, di chi sarà il soggetto che esegue il servizio e la parte specifica del servizio ripartito e svolto dalle singole imprese al fine di rendere più spedita l'esecuzione del rapporto individuando il responsabile;

b) agevole verifica, da parte del responsabile del procedimento, della competenza tecnica dell'esecutore comparata con la documentazione prodotta in sede di gara;

c) rendere effettiva la composizione del raggruppamento e rispondente alle esigenze di unire insieme capacità tecniche e finanziarie integrative e complementari e non a coprire la partecipazione di imprese non qualificate, aggirando così le norme di ammissione stabilite dal bando.

La questione è stata decisa nel senso della necessità di specificazione delle parti di servizio in tutte le a.t.i., da parte di Cons. St., ad. plen., **13 giugno 2012 n. 22** (Pres. Giovannini – Est. Lageder).

Ha osservato la plenaria che a favore di tale tesi milita, anzitutto, l'argomento letterale che la disposizione in esame non contiene alcuna distinzione tra a.t.i. orizzontali e verticali, al fine dell'obbligo di specificare le «parti» di servizio che saranno eseguite da ciascuna impresa, talché tale obbligo deve ritenersi operante per entrambe le forme di raggruppamenti di imprese (peraltro, la disposizione normativa, non distinguendo tra imprese già raggruppate o imprese che dichiarano di volersi riunire, è applicabile sia alle a.t.i. già costituite, sia alle a.t.i. costituenti; del resto, la questione non è controversa tra le parti).

Il dato letterale è inoltre suffragato da una serie di argomenti di natura sistematica e teleologica, tenuto conto del contesto normativo, della *ratio legis* e delle finalità perseguite dalla norma:

a) la previsione sull'obbligo di indicare in sede di presentazione dell'offerta le «parti» di servizio imputate a ciascun operatore raggruppato, in primo luogo persegue la finalità di consentire alla stazione appaltante l'accertamento dell'impegno e dell'idoneità delle imprese, indicate quali esecutrici delle prestazioni di servizio in caso di aggiudicazione, a svolgere effettivamente le «parti» di servizio indicate, in particolare consentendo la verifica della coerenza dell'offerta con i requisiti di qualificazione, e dunque della serietà e dell'affidabilità dell'offerta. L'offerta contrattuale, che non contiene la specificazione delle «parti» di servizio che saranno eseguite dalle singole imprese associate o associate, deve infatti ritenersi parziale e incompleta, non permettendo di ben individuare l'esecutore di una determinata prestazione nell'ambito dell'a.t.i., e rimanendo dunque indeterminato il profilo soggettivo della prestazione offerta. Poiché l'aggregazione economica di potenzialità organizzative e produttive per la prestazione oggetto dell'appalto, connotante l'istituto delle associazioni di imprese, non dà luogo alla creazione di un soggetto autonomo e distinto dalle imprese che lo compongono, né ad un loro rigido collegamento strutturale, grava su ciascuna impresa, ancorché mandante, l'onere di documentare il possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria richiesti per l'affidamento dell'appalto. L'indicazione delle «parti» di servizio imputate alle singole imprese associate o associate si rende dunque necessaria per

evitare l'esecuzione di quote rilevanti dell'appalto da parte di soggetti sprovvisti delle qualità all'uopo occorrenti;

b) nel settore dei servizi, in mancanza di una predeterminazione normativa o regolamentare dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria – infatti, la relativa disciplina, a differenza di quanto previsto per il settore dei lavori non prescrive, quale quota percentuale dei requisiti di qualificazione e/o di capacità dovesse essere posseduta da ciascuna impresa componente del raggruppamento, affidando le relative determinazioni alla discrezionalità della singola stazione appaltante; spetta alla stazione appaltante il compito di definire nella *lex specialis*, in relazione al contenuto della prestazione, i requisiti di idoneità che devono essere posseduti dalle imprese componenti il raggruppamento. È proprio in funzione del controllo (alla stregua dei criteri determinati nel bando) dell'idoneità delle imprese raggruppate a svolgere il servizio oggetto dell'affidamento, che si rende necessaria la determinazione delle «parti» di servizio che ciascuna impresa raggruppata o raggruppanda intende svolgere;

c) le evidenziate esigenze, di controllo e di trasparenza, si pongono, peraltro, maggiormente nei raggruppamenti a struttura orizzontale, dove – a differenza da quelle a struttura verticale, connotate dalla circostanza che l'impresa mandataria esegue le prestazioni di servizio indicate (nel bando o nella lettera d'invito) come principali e le imprese mandanti eseguono le prestazioni indicate come secondarie – tutti gli operatori riuniti eseguono il medesimo tipo di prestazioni, per cui, in difetto di specificazione delle «parti» di servizi che saranno eseguite dalle singole imprese, è preclusa una verifica in ordine alla coerenza dei requisiti di qualificazione con l'entità delle prestazioni di servizio dalle stesse assunte, mentre per le a.t.i. di tipo verticale tale controllo è reso agevole già sulla base della sola indicazione del ruolo dalle stesse svolte nell'ambito del raggruppamento (mandataria e rispettivamente mandante), definito con riguardo alle prestazioni rispettivamente principali e secondarie prestabilite nel bando (sempre che, ovviamente, a loro volta le parti secondarie scorporate non siano destinate ad essere svolte da più d'una delle imprese appartenenti alla complessiva a.t.i.);

d) ne deriva che è proprio per le a.t.i. orizzontali che l'indicazione delle «parti» di servizio imputabili alle singole imprese costituisce presupposto indefettibile per poter operare le menzionate verifiche, onde evitare l'esecuzione di quote rilevanti dell'appalto da parte di soggetti sprovvisti delle qualità all'uopo occorrenti, la cui previsione (nel settore dei lavori con disposizioni legislative e regolamentari, nel settore dei servizi con la *lex specialis*) risponde all'imprescindibile esigenza, a sua volta imposta dal principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa, di ottenere, nel complesso, una garanzia qualitativa di un determinato ed atteso livello, riferita all'esecuzione dell'intero rapporto contrattuale, considerato in ciascuna delle singole fasi di svolgimento;

e) la conoscenza preventiva del soggetto, che in concreto eseguirà il servizio, consente una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto, essendo individuato il responsabile della prestazione delle singole parti dell'appalto. Anche

tale esigenza è individuabile, indifferentemente, in relazione entrambe le forme di a.t.i.;

f) l'obbligo di indicare le parti del servizio esige che sia assegnato un ruolo operativo a ciascuna delle imprese associate in a.t.i., onde evitare che esse si avvalgano del raggruppamento non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme di ammissione stabilite dal bando e consentire così la partecipazione di imprese non qualificate, con effetti negativi sull'interesse pubblico che il servizio è destinato a soddisfare;

g) quanto al principale argomento addotto a suffragio del contrario orientamento, secondo cui in caso di raggruppamento di tipo orizzontale non sarebbe necessario indicare le «parti» di servizio da eseguire da ciascuna impresa, né le percentuali, perché la distribuzione del lavoro per ciascuna impresa non rilevarebbe all'esterno e tutte le imprese sarebbero responsabili in solido dell'intero, è sufficiente rilevare che le questioni inerenti al regime di responsabilità delle imprese associate o associande nei confronti della stazione appaltante si muovono su un piano diverso dal sopra delineato contesto finalistico in cui si iscrive la disposizione in esame, persistendo invero le evidenziate esigenze sottese all'obbligo di specificare le «parti» di servizio imputate alle singole imprese a prescindere dal regime di responsabilità connotante le diverse forme di a.t.i.;

h) né tale soluzione comporta un'indebita compressione del *favor participationis* in quanto la violazione dell'obbligo della specificazione delle «parti» di servizio imputate alle singole imprese del raggruppamento non si risolve in una violazione meramente formale, ma incide, in modo sostanziale:

- sulla serietà, affidabilità, determinatezza e completezza, e dunque sugli elementi essenziali dell'offerta, la cui mancanza, pena la violazione dei principi della *par condicio* e della trasparenza, non è suscettibile di regolarizzazione postuma;
- sui poteri di verifica della stazione appaltante attorno alla coerenza dei requisiti di capacità degli operatori raggruppati con riguardo alla natura della prestazione, in funzione della garanzia della qualità delle prestazioni oggetto dell'appalto;
- su un corretto assetto concorrenziale, evitando l'elusione delle norme di ammissione stabilite dai bandi e impedendo la partecipazione fittizia di imprese, non chiamate (o chiamate in modo inappropriato) ad effettuare le prestazioni oggetto della gara.

L'obbligo di specificazione delle parti del servizio, va, secondo la plenaria, assolto a pena di esclusione al più tardi in sede di formulazione dell'offerta – mentre una dichiarazione successiva, in sede di esecuzione del contratto, non potrebbe assolvere allo stesso modo alle esigenze di trasparenza ed affidabilità che caratterizzano la gara, sicché la sanzione dell'esclusione rispetta i criteri della proporzionalità e dell'adeguatezza.

Tale obbligo è espressione di un principio generale che non consente distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento (verticale o orizzontale), o alla tipologia delle prestazioni (principali o secondarie, scorporabili o unitarie).

Ai fini del vaglio dell'ottemperanza all'obbligo di specificare le «parti» del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese, in ossequio al principio della

tassatività delle cause di esclusione –sancito dall’art. 46, c. 1-*bis*, codice, dovrà adottarsi un approccio ermeneutico di natura sostanzialistica, nel senso che l’obbligo deve ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia in caso di indicazione, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazione che saranno eseguite tra le singole imprese, tenendo conto della natura complessa o semplice dei servizi oggetto della prestazione e della sostanziale idoneità delle indicazioni ad assolvere alle finalità di riscontro della serietà e affidabilità dell’offerta ed a consentire l’individuazione dell’oggetto e dell’entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate.

La stessa questione è stata rimessa alla plenaria dall’ordinanza della III Sezione 13 aprile 2012 n. 2097, peraltro con riferimento alla disciplina dettata dall’art. 37, codice appalti; l’ordinanza propende per la tesi secondo cui l’obbligo di indicare le parti del servizio si riferisce sia ad a.t.i. e consorzi verticali che ad a.t.i. e consorzi orizzontali.

La plenaria **5 luglio 2012 n. 26** (Pres. Coraggio – Est. Caringella) ha ribadito anche con riguardo alla disciplina vigente i principi espressi dalla plenaria n. 22/2012.

Peraltro tali pronunce della plenaria devono essere confrontate con il *ius superveniens*.

Invero, la previsione recata dall’art. 37, c. 13, codice appalti, secondo cui i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento (art. 37, c. 13, codice), originariamente dettata per le a.t.i. in qualsivoglia settore, è stata circoscritta ai soli lavori dalla l. n. 135/2012.

L’innovazione legislativa si pone nella logica di favorire l’accesso di piccole e medie imprese agli appalti pubblici, esigenza avvertita in particolare nei settori di servizi e forniture.

Si pone il problema dell’efficacia di tale disposizione, non essendo state dettate specifiche norme transitorie. Sembra corretto ritenere che la disposizione si applichi agli appalti banditi dopo la sua entrata in vigore (quindici giorni dopo la pubblicazione in G.U. della l. n. 135/2012, avvenuta il 14 agosto 2012).

La novella legislativa ha tuttavia lasciato fermo l’art. 37, c. 4, che resta applicabile a servizi e forniture, sicché resta fermo l’onere di indicare le parti che ciascun concorrente eseguirà.

11) La plenaria n. 27/2012: la portata costitutiva o meno della verifica triennale dell’attestazione SOA

L’ordinanza della sez. VI 14 febbraio 2012 n. 2025 ha rimesso alla plenaria una questione, su cui c’è contrasto di giurisprudenza, inerente alla revisione triennale delle attestazioni SOA nella disciplina anteriore al codice appalti; a sua volta tale disciplina anteriore prevedeva norme a regime e norme transitorie; il quesito

riguarda, per il caso di specie, il regime transitorio, ma è stato esteso alla disciplina a regime. Si chiede alla plenaria se la revisione triennale abbia valenza costitutiva, con l'effetto che il titolare di attestazione SOA per la quale è decorso il triennio senza revisione va considerato titolare di attestazione SOA scaduta, e dunque non possa partecipare alle gare di appalto, o non abbia tale valenza costitutiva, con la conseguenza che soltanto se il controllo viene effettuato d'ufficio o comunque richiesto il suo esito negativo incide sull'efficacia.

Il quesito è il seguente: a) se il sistema a regime previsto dagli artt. 15 (in particolare co. 5) e 15-bis (in particolare co. 1 e 5), d.P.R. n. 34/2000, nella versione modificata dal d.P.R. n. 93/2004, nello stabilire la durata quinquennale dell'attestazione soa, attribuisca alla verifica triennale valenza costitutiva, con la conseguenza che se la stessa non viene chiesta l'attestazione perde efficacia, ovvero valenza non costitutiva, con la conseguenza che soltanto se il controllo viene effettuato d'ufficio o comunque richiesto il suo esito negativo incide sull'efficacia; b) se il sistema transitorio previsto dall'art. 15, co. 5, secondo periodo, del d.P.R. n. 34/2000, nel prevedere la proroga sino a cinque anni della durata delle attestazioni già rilasciate, imponga anch'esso una verifica triennale e, se la risposta è positiva, se tale verifica debba avere valenza costitutiva o non costitutiva nel senso sopra indicato.

La plenaria 18 luglio 2012 n. 27 (Pres. Coraggio – Est. Meschino) si è pronunciata sia sulla disciplina transitoria che su quella a regime enunciando i due seguenti principi di diritto:

“La proroga a cinque anni dell'efficacia delle attestazioni SOA disposta dall'art. 7, co. 1, della legge 1° agosto 2002, n. 166 e dall'art. 1 del d.P.R. 10 marzo 2004, n. 93, è subordinata alla richiesta di verifica triennale ed al suo positivo esito.

L'impresa che abbia richiesto in termini la verifica triennale del proprio attestato SOA può partecipare alle gare indette dopo il triennio anche se la verifica sia compiuta successivamente, fermo restando che l'efficacia dell'aggiudicazione è subordinata, ai sensi dell'art. 11, co. 8, del d.lgs 12 aprile 2006, n. 163, all'esito positivo della verifica stessa. Viceversa l'impresa che abbia presentato la richiesta fuori termine può partecipare alle gare soltanto dopo la data di positiva effettuazione della verifica”.

Il secondo principio di diritto è stato esteso anche alla disciplina del codice appalti e relativo regolamento, e argomentato come segue.

Non vi è ragione di penalizzare l'impresa che pure ha adempiuto all'onere di provvedere alla presentazione in termini della domanda di verifica: l'impresa verrebbe così esclusa pur in mancanza del dichiarato esito negativo della verifica, in contrasto con il principio del favore verso la più ampia partecipazione alle gare.

L'impresa perciò, esibita alla stazione appaltante, insieme con la domanda di partecipazione alla gara, quella proposta in termini per la verifica, potrà concorrere nella procedura di affidamento.

Peraltro la legittimazione alla partecipazione alla gara è cosa diversa dalla

legittimazione all'aggiudicazione.

A quest'ultimo fine, infatti, rimane indispensabile il possesso effettivo della qualificazione, e pertanto fra i titoli da presentare, ai sensi dell'art. 11, co. 8 del d.lgs. n. 163/2006, perché l'aggiudicazione sia efficace rientra anche l'attestazione dell'esito positivo della verifica.

Ciò non risulta incoerente con il principio consolidato in giurisprudenza della sussistenza dei requisiti lungo la procedura di gara e fino alla sua conclusione poiché la loro verifica positiva, in quanto richiesta entro la scadenza del triennio, decorre appunto da tale scadenza.

Quanto all'impresa che abbia chiesto la verifica fuori termine, non vi è alcuna preclusione a chiederla successivamente, non essendo previste nella normativa sanzioni né decadenze per tale comportamento. Tuttavia, come correttamente previsto nella Determinazione n. 6 del 2004 dell'Autorità di vigilanza nonché nella sentenza Sez. V, n. 6506 del 2010 cit., l'impresa non può partecipare alle gare nel periodo intercorrente tra tale scadenza e la data della verifica con esito positivo.

Queste conclusioni vengono estese dalla plenaria alla normativa vigente posta con il d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione e attuazione del codice dei contratti pubblici), ritenuta sostanzialmente ricognitiva della evoluzione della disciplina precedente, pur con qualche modificazione (articoli 76 e 77).

Sancito l'obbligo per l'impresa di sottoporsi alla verifica triennale in data non antecedente a novanta giorni prima della scadenza del triennio stipulando apposito contratto con la SOA che deve eseguire la verifica nei quarantacinque giorni successivi (con termini perciò diversi dai precedenti), è stata in particolare codificata la disciplina del caso della richiesta tardiva, prevedendo che "Qualora l'impresa si sottoponga a verifica dopo la scadenza del triennio di validità dell'attestazione, la stessa non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza del triennio sino alla data di effettuazione della verifica con esito positivo" (art. 77, co. 1).

Ciò, fra l'altro, fa dedurre, *a contrario*, che l'impresa possa partecipare alle gare nel diverso caso della richiesta in termini secondo la disciplina esposta più sopra, e, di conseguenza, che l'ulteriore previsione, quasi identica alla precedente, per cui l'efficacia della verifica positiva decorre dalla data di scadenza del triennio di validità dell'attestazione ma l'efficacia di quella compiuta dopo tale scadenza decorre dalla data di adozione della verifica (art. 77, co. 7, secondo periodo), sia da interpretare nel senso che tale ritardata efficacia si colleghi al presupposto della richiesta di verifica presentata fuori termine.

In ultima analisi l'esame combinato dei co. 1 e 7 dell'art. 77 avvalorava la conclusione che distingue il regime applicabile in base alla tempestività, o meno, della richiesta di verifica triennale. Nel caso in cui la richiesta venga formulata dopo che sia spirato il termine triennale di efficacia della verifica, viene meno la possibilità di saldare, sul piano temporale e concettuale, la vigenza originaria dell'attestazione rispetto alla scansione della procedura di verifica, con la

conseguenza che, ai sensi del co. 7, la verifica positiva opererà *ex nunc* mentre nelle more, in forza del co. 1, scatterà il divieto di partecipazione. A tale regime fa eccezione il caso della richiesta tempestiva che, in una logica di incentivazione di comportamenti virtuosi, consente l'ultravigenza dell'attestazione in pendenza dell'espletamento della procedura e, in caso di esito positivo, la saldatura del relativo esito con la scadenza del triennio. Una diversa interpretazione, che impedisse l'ammissione alla procedura di gara anche in caso di presentazione di domanda tempestiva di verifica, oltre a sortire l'effetto irragionevole di sanzionare l'impresa diligente che confidi nella tempestiva evasione della procedura da parte della SOA, condurrebbe ad una *interpretatio abrogans* del co. 1 dell'art. 77, che, solo con riguardo alla richiesta tardiva, ha sancito l'effetto preclusivo di cui si è detto.

Va soggiunto che l'interesse pubblico ad evitare l'affidamento in favore di imprese che non diano adeguate garanzie di affidabilità è perseguito, in modo più equilibrato e pienamente efficiente, nel rispetto del *favor participationis* piuttosto che con la drastica esclusione di imprese che abbiano in corso una procedura tempestivamente attivata, con la subordinazione dell'eventuale aggiudicazione all'esito positivo della verifica. Infine, la caratterizzazione retroattiva della verifica richiesta per tempo consente di ritenere la procedura adeguata al principio generale che impone il possesso dei requisiti di ammissione a partire dall'atto della presentazione delle domande di partecipazione.

12) La plenaria n. 30/2012: le modalità di rinnovo della gara a seguito del suo annullamento giurisdizionale

L'ordinanza della VI sezione 2 maggio 2012 n. 2515 ha rimesso alla plenaria una interessante in questione in ordine alle modalità del rinnovo della gara di appalto a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione o di un'esclusione di un concorrente.

L'ordinanza di rimessione ricorda che secondo la giurisprudenza finora pronunciata, in linea di principio, nelle ipotesi in cui l'azione amministrativa si articola in diversi segmenti procedimentali, ciascuno connotato dall'emanazione di veri e propri provvedimenti (come ad esempio le esclusioni, nel caso delle procedure di affidamento di appalti pubblici), il vincolo derivante dalla statuizione di annullamento consiste nella riedizione della sola fase procedurale colpita dal *dictum* di illegittimità, fatto, comunque, salvo il potere di annullamento d'ufficio dell'intera procedura, e quindi nella ripetizione delle operazioni di gara affette dal vizio riscontrato in sede giudiziaria (Cons. St., sez. IV, 28 febbraio 2005, n. 692).

Tuttavia occorre tener conto dell'esigenza di segretezza degli autori delle offerte fino a che queste non sono state valutate, onde stabilire se sia possibile rinnovare la sola valutazione delle offerte medesime, dopo che esse sono state conosciute dalla commissione, nel corso del procedimento poi annullato in sede giurisdizionale.

In giurisprudenza è stato specificamente affrontato il caso di annullamento della gara per illegittima esclusione di un concorrente.

La soluzione dipende dal criterio di aggiudicazione.

Nel caso di criterio del prezzo più basso, dovendo la commissione di gara svolgere solo valutazioni di ordine aritmetico, la avvenuta conoscenza degli autori delle offerte non impedirebbe, in sede di rinnovo della procedura di gara, di partire dall'ultimo atto annullato, anziché rinnovare l'intero procedimento; pertanto sarebbe possibile mantenere ferma la fase di presentazione delle offerte e rinnovare solo la fase di esame comparativo delle offerte (Cons. St., sez. V, 9 giugno 2008, n. 2843; Cons. St., sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5372).

Invece, nel caso di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dove la commissione deve compiere valutazioni discrezionali, una volta annullata l'aggiudicazione, posto che gli autori delle offerte sono già conosciuti, e ciò potrebbe influire sulle valutazioni della commissione, occorrerebbe rinnovare l'intera procedura a partire dalla fase di presentazione delle offerte medesime (Cons. St., sez. V, 11 maggio 2006 n. 2612).

Più di recente sono state ulteriormente precisate le ragioni a fondamento di tale orientamento, osservandosi che l'annullamento del provvedimento di esclusione di un concorrente intervenuto dopo la fase integrale presa di cognizione e valutazione delle offerte tecniche ed economiche degli altri offerenti implica la necessità di una rinnovazione della gara sin dalla fase della presentazione delle offerte, a tutela della *par condicio* dei concorrenti e dell'imparzialità ed obiettività del giudizio della commissione, potendo invero la conoscenza del prezzo influenzare i componenti della commissione stessa nella formazione dei giudizi, improntati a discrezionalità, sulla qualità delle offerte tecniche, nonché a garanzia dell'esigenza di contestualità del giudizio comparativo, attesa la possibilità - pure astratta - che la ditta riammessa abbia a modificare la propria offerta una volta presa cognizione di quelle avversarie (Cons. St., sez. V, 25 ottobre 2010, n. 8230).

Connessa con la problematica del rinnovo delle operazioni di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o dell'esclusione di un concorrente, è quella della possibilità di ricostituzione della precedente commissione, ovvero di nomina di una nuova commissione.

Secondo l'ordinanza di rimessione, non si dovrebbe consentire che, in caso di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ad offerte già valutate e conosciute, si proceda solo alla valutazione dell'offerta originariamente esclusa, mettendola a confronto con offerte già note. E, tanto indipendentemente dal minore o maggior peso dell'offerta tecnica rispetto a quella economica, e dal metodo di valutazione dell'offerta tecnica (che è sempre un metodo discrezionale), e dalla sussistenza o meno in concreto di vizi della nuova valutazione. In siffatta evenienza, infatti, i principi di trasparenza, imparzialità, *par condicio*, sembrerebbero minati in radice e per presunzione assoluta, se la stessa commissione che ha già valutato e conosciuto alcune offerte, debba valutare quella esclusa confrontandola, sulla base di criteri discrezionali, con le

offerte già note.

Pertanto l'ordinanza di rimessione in linea di principio ritiene che non è del tutto appagante la tesi che impone il rinnovo delle operazioni di gara a partire dalla presentazione delle offerte. Si tratta di una soluzione che allunga a dismisura i tempi dell'azione amministrativa e che non garantisce *par condicio* e trasparenza, perché i concorrenti riammessi a ripresentare l'offerta, lo fanno dopo aver conosciuto le offerte altrui.

Nel tentativo di una ragionevole mediazione tra i principi di conservazione, segretezza, trasparenza e imparzialità, si potrebbe anche prospettare una soluzione unica a prescindere dal tipo di atto annullato (aggiudicazione, esclusione) e che consenta, anche quando le offerte sono state già valutate e conosciute, e anche quando il criterio di valutazione è discrezionale, di non ripetere la procedura dalla fase di presentazione delle offerte, ma dalla fase di loro valutazione, e sempre che il vizio non riguardi il bando di gara o i criteri di valutazione delle offerte predeterminati.

Si potrebbe infatti ipotizzare che, anche nel caso di criteri di aggiudicazione non automatici, si possa rinnovare la sola fase di valutazione delle offerte, ma previa richiusura delle buste contenenti le offerte, e con una commissione di gara in diversa composizione.

In tal modo si garantirebbe meglio l'effettività della tutela giurisdizionale, che sarebbe frustrata se il ricorrente vittorioso dovesse presentare una nuova offerta, anziché ottenere la rivalutazione di quella già presentata, nonché la stessa *par condicio* dei concorrenti.

La plenaria, con la decisione **26 luglio 2012 n. 30** (Pres. Coraggio – Est. Leoni), ha disatteso la prospettazione dell'ordinanza di rimessione nonché la tesi del rinnovo dell'intera gara in caso di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, enunciando il seguente principio di diritto:

“Nella gara per l'affidamento di contratti pubblici l'interesse fatto valere dal ricorrente che impugna la sua esclusione è volto a concorrere per l'aggiudicazione nella stessa gara; pertanto, anche nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in presenza del giudicato di annullamento dell'esclusione stessa sopravvenuto alla formazione della graduatoria, il rinnovo degli atti deve consistere nella sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla procedura”.

Nella motivazione, la plenaria afferma che i principi di continuità e segretezza delle gare devono essere temperati con il più generale principio di conservazione degli atti giuridici, enunciato sia nel diritto civile (art. 1419 c.c.) che in quello amministrativo (art. 21- *octies*, l. n. 241/1990) e con il principio di economicità e efficienza dell'azione amministrativa (art. 1, l. n. 241/1990 e art. 2, codice appalti), di cui è espressione la regola di ragionevole speditezza dei procedimenti, contemplata dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La plenaria ritiene che i principi già espressi dalla giurisprudenza in ordine al

rinnovo parziale della gara quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, debbano estendersi anche al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Impongono tale soluzione, da una parte la rilevanza determinante della situazione soggettiva azionata, rilevanza insita nel carattere soggettivo del giudizio amministrativo, ribadito con forza dalla sentenza dell'adunanza plenaria n. 4/2011 (relativa al rapporto fra ricorrente principale e ricorso incidentale), dall'altra, il principio di effettività della relativa tutela.

Invero, non vi è dubbio che la pretesa fatta valere dal ricorrente sia quella di concorrere nella gara cui ha chiesto di partecipare per ottenere la relativa aggiudicazione; ed è altrettanto evidente che tale pretesa non può che essere soddisfatta dalla valutazione della sua originaria offerta in comparazione con le altre coevamente presentate.

Affermare dunque che, viceversa, dopo il giudicato favorevole debba aprirsi una fase di presentazione di nuove offerte sia da parte sua sia da parte degli altri concorrenti, significa mutare l'interesse finale riconosciutogli in sede giurisdizionale in un evanescente interesse strumentale (così l'adunanza plenaria citata) alla partecipazione ad una gara sostanzialmente nuova. Il che non appare all'evidenza aderente al reale portata della pronuncia da lui ottenuta.

Con tale forte posizione giuridica non appare comparabile il mero rischio della lesione di altri interessi vuoi pubblici vuoi di terzi, pure rilevanti nel giudizio amministrativo.

Ciò vale in particolare per la prospettata alterazione della *par condicio* dei concorrenti.

Invero, detta valutazione interviene allorché i giudizi sulle altre offerte sono ormai del tutto definiti. Essa si inserisce, perciò, in un quadro complessivo nel quale emergono con compiutezza, unitamente ai criteri di valutazione stabiliti dalla *lex specialis* ed alle ulteriori specificazioni eventualmente determinate dalla commissione (nei limiti consentiti dall'art. 83 codice appalti), anche le linee concretamente seguite da quest'ultima nella loro applicazione. Opera in tal modo, una fitta rete di riferimenti che, da un lato, consentono di assicurare l'omogeneità della valutazione postuma da parte della stazione appaltante della offerta illegittimamente pretermessa e d'altro lato, in caso di impugnazione, rendono particolarmente stringente il sindacato giurisdizionale di legittimità circa l'effettivo rispetto di tale omogeneità di giudizio e quindi, in definitiva, della *par condicio* del soggetto precedentemente escluso rispetto agli altri concorrenti già valutati.

D'altro canto la riapertura della fase di presentazione delle offerte comporta essa stessa un'alterazione del canone della concorrenza, perché le nuove proposte sarebbero formulate da concorrenti che sono a conoscenza o che possono aver conosciuto almeno nei tratti essenziali le originarie offerte degli altri partecipanti alla gara, giusta i meccanismi di pubblicizzazione previsti, ora, dall'art. 120, d.P.R. n. 207/2010 e, in passato, dall'art. 91 d.P.R. n. 554/1999 e sui quali si è esercitata copiosa giurisprudenza. Sussiste quindi in tale situazione il ben fondato

rischio che le nuove proposte siano il frutto non di scelte di carattere meramente imprenditoriale, come le regole del mercato vogliono, ma anche di raffronti con le altre precedenti offerte e che, pertanto, siano volte all'ottenimento dell'aggiudicazione anche a scapito del loro complessivo equilibrio economico. Non per nulla presumibilmente anche per evitare tale pericolo, nell'ordinario svolgimento delle procedure vige la disposizione dell'art. 13 codice appalti, secondo cui è fatto divieto di accesso alle offerte fino all'approvazione dell'aggiudicazione.

Quanto infine alla soluzione "mediana" suggerita dalla ordinanza di remissione, secondo cui la rinnovazione degli atti potrebbe consistere nella mera chiusura delle buste con le originarie offerte e nel loro successivo esame da parte di una commissione di gara in diversa composizione, l'adunanza non ritiene di potervi aderire.

Una tale soluzione urta anzitutto contro il disposto dell'art. 84, c. 12, codice appalti per il quale, come è noto, per il rinnovo delle procedure di gara "...è riconvocata la medesima commissione".

Detta soluzione, inoltre, non appare neppure idonea a porre rimedio al venir meno della segretezza delle offerte, atteso che il contenuto essenziale di queste e financo le relative valutazioni sono ormai resi noti nella ricordata fase di pubblicizzazione prescritta dalle norme regolamentari e riportati poi in verbale, onde per tale via essi sarebbero o potrebbero essere agevolmente conosciuti dalla nuova commissione.

13) La plenaria n. 31/2012: la pubblicità o meno della gara nelle procedure negoziate e in economia; la decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione

L'ordinanza della VI Sezione 8 maggio 2012 n. 2633 ha rimesso alla plenaria tre questioni in materia di gare di appalto.

Una prima questione attiene alla decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione, se dalla sua comunicazione, ai sensi dell'art. 79, codice appalti, o dalla sua efficacia ai sensi dell'art. 11 codice appalti.

L'ordinanza di remissione ricorda il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il termine per impugnare l'aggiudicazione definitiva, da parte dei non aggiudicatari, decorre dalla ricevuta comunicazione o piena conoscenza.

Secondo una diversa tesi, sostenuta nella sentenza del Tar oggetto di appello, il termine di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva non decorrerebbe da tale comunicazione, fatta ai sensi dell'art. 79, codice appalti, ma da quando l'aggiudicazione definitiva diviene efficace, con il controllo del possesso dei requisiti, ai sensi dell'art. 11, co. 8, codice appalti.

L'ordinanza di remissione osserva che il quadro normativo, per come si presentava prima dell'entrata in vigore dell'art. 120, co. 5, cod. proc. amm., poteva prestarsi al dubbio esegetico che si rimette alla plenaria, in quanto:

- da un lato, l'art. 79, codice appalti, prevede la comunicazione individuale

dell'aggiudicazione definitiva, il che induce a far ritenere che da tale comunicazione decorresse il termine di impugnazione;

- dall'altro lato, l'art. 11, co. 8, codice appalti, ancora l'efficacia dell'aggiudicazione ad un momento diverso e successivo rispetto alla comunicazione dell'aggiudicazione.

Sicché, effettivamente si poteva porre il dubbio se il termine di impugnazione decorresse dalla comunicazione o dall'inizio di efficacia.

Ad avviso dell'ordinanza di rimessione, la questione esegetica non ha ragione di porsi nel vigore del cod. proc. amm., atteso che l'art. 120, co. 5, cod. proc. amm., dispone espressamente che il termine di impugnazione decorre dalla comunicazione dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 79, codice appalti.

Tale previsione deve pertanto ritenersi prevalente sull'art. 11, co. 8, codice appalti.

Ad avviso dell'ordinanza di rimessione anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 120, co. 5, cod. proc. amm., si doveva ritenere che il termine di impugnazione dell'aggiudicazione decorresse dalla comunicazione ai sensi dell'art. 79, codice appalti, e non dal momento di inizio dell'efficacia dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 11, co. 8, codice appalti.

A favore di tale soluzione militano molteplici considerazioni:

- in base alle norme processuali vigenti *ratione temporis*, (art. 21, 1. Tar) il termine di impugnazione decorre dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza;

- l'art. 79, codice appalti, nel prevedere la comunicazione dell'aggiudicazione ai controinteressati, mira a individuare una data certa da cui decorre il termine di impugnazione;

- l'art. 11, co. 8, codice appalti, nel prevedere l'acquisto di efficacia dell'aggiudicazione dopo il controllo del possesso dei requisiti, lo fa al fine specifico di individuare un dies a quo di decorrenza del termine di stipulazione del contratto; ma di tale momento di inizio di efficacia non è data alcuna comunicazione ai non aggiudicatari;

- la lesività dell'aggiudicazione per i terzi discende pertanto dalla sua definitività, non anche dall'inizio di efficacia fissato al diverso fine della decorrenza del termine di stipulazione del contratto;

- l'apparente contraddittorietà tra l'art. 79 e l'art. 11, co. 8, codice appalti, va risolta nel senso che l'aggiudicazione definitiva è atto di per sé lesivo e immediatamente impugnabile, anche prima del controllo del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario;

- invero il termine di impugnazione non può che decorrere da una data certa e conoscibile, e certa e conoscibile è la data di comunicazione dell'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 79, codice appalti, e non la data di inizio di efficacia, ai sensi dell'art. 11, co. 8, codice appalti, data di cui non è prevista comunicazione alcuna ai terzi non aggiudicatari.

L'ordinanza di rimessione rinvia alla plenaria la questione dell'impugnazione immediata o differita del bando di gara, ricordando la tesi della plenaria n. 1/2003

e portando argomenti in contrario, negli stessi termini in cui la questione era stata rimessa alla plenaria (ma da questa non decisa), dall'ordinanza 18 gennaio 2011 n. 351.

Infine, l'ordinanza solleva la questione della pubblicità o meno delle sedute di gara anche nelle procedure negoziate nei settori speciali, ricordando che la plenaria n. 13/2011 sembra aver affermato in termini generali un principio di pubblicità delle sedute di gara, peraltro con riguardo ai settori ordinari.

L'ordinanza ricorda che la giurisprudenza si è sinora espressa in senso contrastante, con riguardo specifico ai settori speciali, ora nel senso della necessità della pubblicità delle sedute di gara [Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2008 n. 1856], ora nel senso della non necessità della pubblicità [Cons. St., sez. V, 19 settembre 2008 n. 4520].

Pertanto l'ordinanza chiede alla plenaria di chiarire se i principi espressi da Cons. St., ad. plen., 28 luglio 2011 n. 13 in tema di pubblicità delle sedute di gara si estendano o meno ai settori speciali, e, segnatamente, alle procedure negoziate, con e senza bando, nei settori speciali, nonché alle procedure negoziate, con e senza bando, nei settori ordinari, nonché agli affidamenti in economia, nei settori ordinari e speciali.

La plenaria, con la decisione 31 luglio 2012 n. 31 (Pres. Coraggio – Est. Greco), ha omesso di esaminare la questione relativa all'impugnazione immediata o differita del bando di gara, ritenendola non rilevante ai fini del decidere.

Sulle altre due questioni ha espresso i seguenti principi di diritto:

1) anche per le gare d'appalto indette in epoca anteriore all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva da parte dei concorrenti non aggiudicatari inizia a decorrere dal momento in cui essi hanno ricevuto la comunicazione di cui all'art. 79, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 163/2006, e non dal momento, eventualmente successivo, in cui la stazione appaltante abbia concluso con esito positivo la verifica del possesso dei requisiti di gara in capo all'aggiudicatario, ai sensi dell'art. 11, co. 8, dello stesso decreto.

2) I principi di pubblicità e trasparenza che governano la disciplina comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici comportano che, qualora all'aggiudicazione debba procedersi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'apertura delle buste contenenti le offerte e la verifica dei documenti in esse contenuti vadano effettuate in seduta pubblica anche laddove si tratti di procedure negoziate, con o senza previa predisposizione di bando di gara, e di affidamenti in economia nella forma del cottimo fiduciario, in relazione sia ai settori ordinari che ai settori speciali di rilevanza comunitaria.

Quanto in particolare al principio di diritto espresso in ordine alla decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione, la plenaria osserva che l'art. 79 codice appalti andava interpretato, anche prima dell'entrata in vigore del cod. proc. amm., nel senso che oggetto di comunicazione è l'aggiudicazione definitiva, e non quella provvisoria, atteso che quest'ultimo è atto endoprocedimentale per il quale non vi è onere ma al più facoltà di immediata

impugnazione.

Inoltre il termine di impugnazione decorre dalla comunicazione ex art. 79 dell'aggiudicazione, e non da quando essa diviene efficace ex art. 11, codice appalti.

Infatti l'aggiudicazione definitiva fa sorgere per l'aggiudicatario l'aspettativa alla stipulazione del contratto e determina per gli altri concorrenti una lesione immediata.

L'opposto avviso, che ricolleggi la lesività delle determinazioni della stazione appaltante, anche per i concorrenti non aggiudicatari, solo all'esito positivo della verifica dei requisiti di gara in capo all'aggiudicatario, porterebbe all'assurda conseguenza di attribuire all'aggiudicazione definitiva una diversa valenza provvedimentale (e una diversa attitudine lesiva) a seconda che la verifica suindicata sia condotta dopo la conclusione della gara, secondo il modello dell'art. 11, c. 8, e dell'art. 48, c. 2, d.lgs. n. 163/2006, ovvero – come pure può accadere – sia stata già effettuata in un momento anteriore, essendo stata l'impresa poi risultata aggiudicataria sorteggiata fra i concorrenti da sottoporre a verifica “*a campione*” ai sensi del primo comma del medesimo art. 48; nel primo caso, l'impugnabilità dell'aggiudicazione definitiva sarebbe differita all'esito della verifica, mentre nel secondo caso sarebbe immediata.

Con riferimento alla seconda questione la plenaria ha affermato che al principio di pubblicità delle gare va assicurata la massima latitudine applicativa, sia pure con alcune precisazioni.

Quanto ai settori speciali, la plenaria osserva l'art. 206, d.lgs. n. 163/2006, nell'elencare le norme del codice dei contratti pubblici dettate per i settori ordinari che sono applicabili anche alle procedure relative ai settori speciali, opera tra l'altro un richiamo generalizzato alla parte I dello stesso decreto, rendendo quindi *de plano* applicabili i principi generali indicati all'art. 2, fra i quali vi è appunto quello di pubblicità.

Quanto alle procedure negoziate e agli affidamenti in economia, i possibili dubbi interpretativi (testimoniati da una ondivaga e contraddittoria giurisprudenza) dipendono, da un lato, dalla maggiore speditezza e flessibilità che connota la *ratio* stessa della previsione di siffatte procedure, e per altro verso dal fatto che il citato art. 2, al co. 1, nell'individuare il principio di pubblicità tra i principi che le stazioni appaltanti sono tenute a rispettare aggiunge che tale rispetto deve essere assicurato “*con le modalità indicate dal presente codice*”: precisazione dalla quale è legittimo inferire che il principio *de quo* è suscettibile di essere diversamente declinato, e quindi di subire deroghe o attenuazioni, in ragione del perseguimento di altri interessi e valori aventi almeno pari rilevanza e dignità (è precisamente questa, ad esempio, la *ratio* per la quale pacificamente si reputa legittimo, nelle procedure da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che l'esame e la valutazione delle offerte tecniche avvenga in seduta riservata).

Malgrado ciò, non può obliterarsi che il principio in esame, con le sue puntuali applicazioni, costituisce a sua volta corollario del più generale principio di

trasparenza direttamente ricollegabile alle esigenze di tutela della concorrenza e di corretto funzionamento del mercato che costituiscono la base stessa della disciplina comunitaria *in subiecta materia*; ciò è evidente, nella direttiva 2004/18/CE, non solo nella previsione generalissima contenuta all'art. 3 (“*Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza*”), ma anche già dal suo secondo *considerando*, laddove si afferma: “*L’aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza*”.

Alla luce dei rilievi che precedono, non può negarsi che le esigenze di informazione dei partecipanti alla gara a tutela dei ricordati principi di trasparenza e *par condicio*, richiamate nella decisione n. 13 del 2011 della plenaria a sostegno della necessità che l’apertura delle buste contenenti le offerte tecniche avvenga in seduta pubblica, si pongano in termini sostanzialmente identici anche in relazione alle procedure negoziate, pur nel rispetto delle peculiarità riconosciute a queste ultime dal legislatore in piena coerenza col complesso dei principi appena richiamati.

Più specificamente, la necessità che si svolga pubblicamente la fase procedimentale consistente nell’accertamento di quali e quante siano le offerte da esaminare, nonché nella verifica dello “*stato di consistenza*” di esse (e, cioè, di quali e quanti siano i documenti prodotti e allegati da ciascun concorrente ammesso alla procedura) si pone in tutti i casi in cui, per effetto di disposizioni di legge o della *lex specialis* ove esistente, risulti in qualche modo “*procedimentalizzata*” la fase dell’acquisizione delle offerte tecniche delle imprese interessate, con l’indicazione di prescrizioni sui tempi e le modalità di presentazione delle stesse e sui loro contenuti.

Così, nell’ipotesi di cui all’art. 56 (procedure negoziate previa pubblicazione di bando di gara) sarà evidentemente la stessa *lex specialis* a disciplinare le materie suindicate, mentre nel caso di cui all’art. 57 (procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara) è la stessa norma, al co. 6, a introdurre la “*procedimentalizzazione*” della fase *de qua*, laddove dispone che: “*...Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta*”.

Esigenze non diverse si pongono in relazione agli affidamenti in economia disciplinati dall’art. 125 del codice appalti, e segnatamente al cottimo fiduciario, che viene espressamente definito come una “*procedura negoziata*” (co. 4) e per il quale è esplicitato l’assoggettamento delle relative procedure ai principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento (co. 8 e 11).

In tutti questi casi, la necessità di assicurare il controllo sul rispetto da parte della

stazione appaltante delle regole che la stessa è tenuta a rispettare, *ex lege* o sulla scorta delle sue stesse pregresse determinazioni, comporta che la fase dell'accesso delle offerte e dei documenti connessi nella disponibilità dell'amministrazione, in vista delle successive valutazioni tecniche ed economiche, debba sempre svolgersi pubblicamente.

Resta pacifico, in ogni caso, che nelle ipotesi testé richiamate l'obbligo di seduta pubblica va rigorosamente circoscritto alla suindicata fase di verifica preliminare alla valutazione delle offerte, restandone esclusa la successiva fase di negoziazione, per la quale il legislatore ha stabilito che il rispetto del principio di trasparenza vada garantito con diverse modalità: ad esempio, assicurando la non discriminazione e la parità di trattamento fra gli offerenti coinvolti in tale fase (art. 56, co. 2) ovvero rispettando principi di concorrenza e rotazione nella scelta dei propri interlocutori (art. 57, co. 6, primo periodo).

Del pari pacifico, per quanto si è più sopra rilevato, è che gli evocati principi sono destinati a trovare applicazione, nei limiti tracciati e con le precisazioni fatte, con riguardo sia ai settori ordinari che a quelli speciali.

14) 15), 16) 17) Le plenarie nn. 33 e 34/2012, nn. 3 e 4/2013: la connessione tra atti di gara e informativa antimafia e le conseguenze in tema di competenza

E' noto che la versione originaria del cod. proc. amm. non ha disciplinato la connessione ai fini della competenza.

La prima giurisprudenza formatasi prima del secondo d.lgs. correttivo aveva ritenuto operante anche dopo il cod. proc. amm. il criterio della connessione tra atto presupposto e consequenziale, affermando che in caso di impugnazione di informativa prefettizia antimafia e di revoca dell'aggiudicazione, in astratto spettanti alla competenza di diversi Tar, per ragioni di connessione la competenza spetta al Tar competente per l'impugnazione dell'informativa prefettizia [Tar Calabria - Reggio Calabria, sez. II, 28 gennaio 2011 n. 45].

Tale soluzione, in caso di connessione tra atto presupposto e consequenziale, è stata seguita con acrobazie interpretative anche dalla plenaria, che, con decisione pubblicata dopo la pubblicazione del secondo d.lgs. correttivo, ma deliberata in data anteriore, ha affermato che "qualora col medesimo ricorso siano impugnati un provvedimento interdittivo (emesso da un Ufficio territoriale del Governo su sollecitazione di una amministrazione aggiudicatrice) e un conseguente diniego di autorizzazione al subappalto (emesso dalla medesima amministrazione, i cui atti hanno effetti limitati nella circoscrizione di un Tar), sussiste la competenza territoriale inderogabile del tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'amministrazione aggiudicatrice, poiché il provvedimento interdittivo 'esaurisce' i suoi effetti nel procedimento che conduce al diniego di autorizzazione, sicché si applica il criterio principale del riparto della competenza territoriale inderogabile, cioè quello della sede della autorità che ha emesso l'atto impugnato, ai sensi dell'art. 13, co. 1, del codice del processo amministrativo (nella specie, la sentenza ha ravvisato la competenza del Tar per la Puglia, e non quella del Tar

per il Lazio, a decidere il ricorso proposto avverso il provvedimento interdittivo, emesso dall'Ufficio territoriale del Governo di Messina, e il conseguente diniego di autorizzazione al subappalto, emesso da una società titolare di pubbliche funzioni, avente sede nella circoscrizione del tribunale amministrativo per la Puglia) [Cons. St., ad. plen., **24 settembre 2012 n. 33** (Pres. Coraggio – Est. Dell’Utri); Cons. St., ad. plen., **19 novembre 2012 n. 34** (Pres. Coraggio – Est. Dell’Utri)].

In termini analoghi si sono pronunciate con riferimento a impugnazione di informativa prefettizia ostativa e alla conseguenziale inibizione dei rapporti contrattuali, le ordinanze Cons. St., ad. plen., **4 febbraio 2013 nn. 3 e 4** (Pres. Coraggio – Est. Caringella), e in base al rilievo ulteriore che l’informativa prefettizia sortisce i suoi effetti “diretti” nei confronti dell’autorità a cui è diretta e che la ha richiesta, inibendo all’amministrazione destinataria delle informazioni la stipulazione, l’approvazione o l’autorizzazione del contratto al pari del rilascio di concessioni e dell’autorizzazione di erogazioni ovvero, ancora, innescando il dispiegarsi, da parte del medesimo ente, del potere discrezionale di revoca o recesso rispetto ai rapporti già in essere; ciò non toglie, naturalmente, che il Prefetto possa corrispondere con analoghe informazioni alla richiesta di altra amministrazione pubblica. In tal caso, tuttavia, verrà in rilievo un diverso provvedimento dotato di efficacia inibitoria o potenzialmente risolutoria nei riguardi di quell’amministrazione e in relazione a quel rapporto in funzione del quale la richiesta sia stata formulata.

In tale contesto esegetico è intervenuto il secondo d.lgs. correttivo, che ha inserito nell’art. 13, cod. proc. amm., un co. *4-bis*, a tenore del quale la competenza territoriale relativa al provvedimento da cui deriva l’interesse a ricorrere attrae a sé anche quella relativa agli atti presupposti dallo stesso provvedimento tranne che si tratti di atti normativi o generali, per la cui impugnazione restano fermi gli ordinari criteri di attribuzione della competenza.

La disposizione in commento norma solo un caso di connessione, quello del rapporto tra atto principale che radica l’interesse al ricorso e atto presupposto.

La disposizione segue la soluzione già accolta dalla sopra riportata giurisprudenza per siffatta evenienza.

L’intervento normativo è meritorio, perché sembra consentire di applicare l’attrazione tra atto principale e presupposto anche quando rientrano entrambi in diverse competenze funzionali; sicché per siffatta ipotesi risulta superata la giurisprudenza della plenaria secondo cui la competenza per connessione non può determinare lo spostamento della competenza in caso di competenza funzionale, mentre se sono connesse due cause, una soggetta a competenza funzionale e una soggetta a competenza territoriale, la prima potrebbe attrarre per connessione la seconda, a meno che quest’ultima non sia stata già decisa [Cons. St., ad. plen., **25 giugno 2012 n. 23**].

Tuttavia la collocazione sistematica della nuova norma nel corpo dell’art. 13, dedicato alla competenza territoriale, e non invece nel corpo dell’art. 14, dedicato alla competenza funzionale, ha indotto alcuni interpreti a ritenere che la nuova

disciplina si applichi solo in caso di competenza territoriale, e che pertanto lo spostamento per connessione non sarebbe possibile in caso di competenza funzionale [G. VELTRI, *Il giudizio amministrativo dopo il secondo correttivo; lo spostamento della competenza territoriale per ragioni di connessione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012].

Tale interpretazione restrittiva tuttavia finisce con il vanificare la portata della novella, che, alla luce di una interpretazione storica e sistematica, va intesa nel senso di normare la connessione anche in caso di competenza funzionale.

18) La plenaria n. 36/2012: la competenza a compiere la verifica di anomalia delle offerte

L'ordinanza di rimessione alla plenaria Cons. St., sez. VI, 10 luglio 2012 n. 5270 ha rilevato esservi un contrasto di giurisprudenza sulla questione dell'ufficio competente a svolgere la verifica di anomalia delle offerte; due tesi si contendono il campo, quella secondo cui è competente il r.u.p., quella secondo cui è competente la commissione di gara.

Rileva, infatti, l'ordinanza di rimessione quanto segue.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, nelle gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la verifica in ordine dell'anomalia dell'offerta presentata dall'impresa partecipante alla gara d'appalto non rientra nella competenza del responsabile del procedimento, ma della commissione di gara, la quale non può limitarsi a prendere atto della relazione tecnica redatta dal detto responsabile, ma deve procedere ad una autonoma valutazione dell'offerta e degli specifici contenuti della stessa, in quanto, in forza di quanto previsto dall'art. 84 d.lgs. n. 163/2006, in siffatto tipo di gara tutte le operazioni a carattere valutativo (compresa l'attività di verifica delle eventuali anomalie dell'offerta) devono essere compiute dalla apposita commissione giudicatrice. Secondo tale orientamento, è illegittima la valutazione dell'anomalia delle offerte in una gara di appalto compiuta dal responsabile unico del procedimento invece che dalla commissione di gara, unica competente in tal senso, nel caso in cui non risulti, comunque, che la commissione abbia operato alcun proprio, diretto apprezzamento della relazione tecnica redatta dal responsabile del procedimento e degli specifici contenuti della stessa, in quanto, sebbene l'ufficio ed il responsabile del procedimento possono dare pareri tecnici, ragguagli o altri elementi utili alla valutazione delle offerte presentate in sede di gara, agli stessi non è invece rimesso il giudizio definitivo sulla congruità dell'offerta in presenza di un'apposita commissione di gara, non essendo sufficiente del resto neppure una mera presa d'atto dell'operato dell'ufficio o del responsabile del procedimento (v. Cons. St., sez. V, 10 settembre 2012 n. 4772; Id., sez. III, 15 luglio 2011 n. 4332; Id., VI, 15 luglio 2010 n. 4584, quest'ultima con specifico richiamo all'art. 88, co. 1-*bis*, e dunque tenendo conto della novella del 2009).

Secondo un contrario orientamento, il responsabile del procedimento nell'attuale

sistema, alla luce di una combinata lettura degli artt. 86, 88 d.lgs. n. 163/2006 e 121 d.P.R. n. 107 del 2010, costituisce il “motore” del subprocedimento di valutazione di congruità delle offerte sospette di anomalia, sicché deve escludersi un vizio di incompetenza con riferimento all’attività da questi compiuta nella fase di valutazione della congruità dell’offerta (v. Cons. St., sez. III, 16 marzo 2012 n. 1467, di reiezione del motivo d’appello, con cui è stata dedotta l’incompetenza del responsabile del procedimento ad esprimere un giudizio definitivo sul carattere anomalo o meno delle offerta, sotto il profilo – assunto dall’ appellante – che si trattava di attività di competenza della commissione giudicatrice).

La plenaria, con la decisione **29 novembre 2012 n. 36** (Pres. Coraggio – Est. Greco), ha ritenuto esservi la competenza del r.u.p. esprimendo il seguente principio di diritto: *“Nelle gara d’appalto da aggiudicare col criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa è legittima la verifica di anomalia dell’offerta eseguita, anziché dalla commissione aggiudicatrice, direttamente dal responsabile unico del procedimento avvalendosi degli uffici e organismi tecnici della stazione appaltante. Infatti, anche nel regime anteriore all’entrata in vigore dell’art. 121 del d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, è attribuita al responsabile del procedimento facoltà di scegliere, a seconda delle specifiche esigenze di approfondimento richieste dalla verifica, se procedere personalmente ovvero affidare le relative valutazioni alla commissione aggiudicatrice”*.

In motivazione la plenaria osserva che l’art. 88, c. 1-bis, codice appalti, laddove prevede la possibilità che la verifica di anomalia sia demandata ad una specifica commissione, non si riferisce al solo criterio di aggiudicazione al prezzo più basso, ma anche a quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Ritiene, invece, la plenaria, che dall’art. 121 regolamento n. 207/2010 si desumerebbe che vi sarebbe una disciplina diversificata per le due tipologie di procedure, essendo limitato il possibile ricorso alla speciale commissione di cui all’art. 88, c. 1-bis, in alternativa alle altre opzioni rimesse al r.u.p., alle sole gare da aggiudicare col criterio del prezzo più basso; mentre per quelle da aggiudicare col criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa il legislatore, evidentemente per ragioni di economicità dell’azione amministrativa, ha ritenuto che, laddove il r.u.p. non ritenga di procedere direttamente alla verifica, debba sempre essere incaricata la commissione di cui all’art. 84 codice, ossia la commissione di gara.

Tale punto peraltro sembra non condivisibile atteso che l’art. 121, comma 10, regolamento, richiama, per l’offerta economicamente più vantaggiosa, i commi da 3 a 6 dello stesso art. 121, che prevedono la possibilità di costituire una speciale commissione.

La questione è stata pertanto rimessa in tali termini alla plenaria da Cons. St., sez. VI, ord. n. 761/2013, riportata oltre.

La plenaria fonda la tesi della competenza primaria del r.u.p. sul ruolo del r.u.p. quale vero e proprio “motore” della procedura selettiva, e osserva che tale soluzione non è necessariamente in contraddizione con il tradizionale insegnamento che, con riferimento alle gare da aggiudicare col criterio

dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individua in capo alla commissione una sorta di "monopolio" delle valutazioni tecniche.

Osserva la plenaria che lo stesso r.u.p. deve necessariamente possedere competenze adeguate in relazione ai compiti cui è deputato, fra i quali vi è indubbiamente anche il controllo dell'attività della commissione aggiudicatrice (e in determinati casi, come per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura, deve essere egli stesso un tecnico).

Inoltre, è al r.u.p. che è affidata la gestione integrale della procedura di gara, svolgendo egli il fondamentale ruolo di fornire alla stazione appaltante ogni elemento informativo idoneo a una corretta e consapevole formazione della volontà contrattuale dell'Amministrazione committente; pertanto, nelle gare da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non v'è dubbio che spetti al r.u.p. in ogni caso il ruolo di "filtro" tra le valutazioni tecniche della commissione di cui all'art. 84 codice e le scelte della stazione appaltante.

Per converso, la commissione giudicatrice è come noto un organo straordinario, cui ai sensi dell'art. 84 codice appalti sono devolute le valutazioni sulle offerte sul presupposto che, in considerazione del peso preponderante che in questo tipo di gare è attribuito alle offerte tecniche, si ravvisa la necessità che le predette valutazioni siano compiute da soggetti in possesso di più specifiche cognizioni e competenze in relazione all'oggetto dell'appalto.

Non è però contestabile che la discrezionalità valutativa della commissione si espliciti in modo massimo nella fase di valutazione dell'offerta tecnica, laddove di regola l'attribuzione dei punteggi alle offerte economiche avviene sulla base di meccanismi matematici di tipo sostanzialmente automatico, con ovvio ridimensionamento dell'apporto ritraibile dalle competenze di cui è in possesso la commissione.

Soprattutto rileva che, allorché si apre la fase di verifica delle offerte anormalmente basse, la commissione giudicatrice ha ormai esaurito il proprio compito, essendosi in tale momento già proceduto alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche, all'assegnazione dei relativi punteggi ed alla formazione della graduatoria provvisoria tra le offerte; una possibile riconvocazione della commissione, di regola, è ipotizzabile solo laddove in sede di controllo sulle attività compiute emergano errori o lacune tali da imporre una rinnovazione delle valutazioni.

Pertanto, è del tutto fisiologico che sia il r.u.p., che in tale fase interviene ad esercitare la propria funzione di verifica e supervisione sull'operato della commissione, il titolare delle scelte, e se del caso delle valutazioni, in ordine alle offerte sospette di anomalia.

Inoltre, ben diverse sono le valutazioni da compiersi nell'ambito del subprocedimento di verifica di anomalia, rispetto a quelle compiute dalla commissione aggiudicatrice in sede di esame delle offerte.

Infatti, mentre alla stregua dell'art. 84 codice appalti la commissione è chiamata soprattutto a esprimere un giudizio sulla qualità dell'offerta, concentrando

pertanto la propria attenzione soprattutto sugli elementi tecnici di essa, il giudizio di anomalia si concentra invece sull'offerta economica, e segnatamente su una o più voci di prezzo considerate non in linea con i valori di mercato o comunque con i prezzi ragionevolmente sostenibili; inoltre, mentre la valutazione delle offerte tecniche dei concorrenti è compiuta dalla commissione su base comparativa, dovendo i punteggi essere attribuiti attraverso la ponderazione di ciascun elemento dell'offerta, al contrario il giudizio di congruità o non congruità di un'offerta economica è formulato in assoluto, avendo riguardo all'affidabilità dei prezzi praticati *ex se* considerati.

Naturalmente, è ben possibile che la verifica delle offerte a rischio di anomalia chiami in causa anche l'apprezzamento di elementi dell'offerta tecnica, e quindi richieda anch'essa il possesso di determinate cognizioni e competenze: ciò si ricava dalla disciplina dell'art. 87, codice appalti, laddove è previsto che le giustificazioni fornite dal concorrente possano riguardare anche "le soluzioni tecniche adottate" (c. 2, lett. b).

Per questo, il legislatore ha rimesso al r.u.p. ogni valutazione innanzi tutto in ordine al soggetto cui affidare la verifica, non escludendo che, a seconda dei casi, possa ritenere sufficienti e adeguate le competenze degli uffici e organismi della stazione appaltante, o invece concludere nel senso della necessità di un nuovo coinvolgimento della commissione giudicatrice anche per la fase *de qua*.

In definitiva, l'opzione interpretativa della competenza del r.u.p. risulta maggiormente in linea con la logica complessiva del sistema normativo *in subiecta materia*: è il giudizio sulla complessiva attendibilità dell'offerta economica meno agganciato a valutazioni di natura tecnico-scientifica e più direttamente connesso con scelte rimesse alla stazione appaltante, quale espressione di autonomia negoziale in ordine alla convenienza dell'offerta ed alla serietà e affidabilità del concorrente che dell'Amministrazione è destinato a divenire l'interlocutore contrattuale.

La plenaria compie anche altre importanti affermazioni sulla natura e finalità del giudizio di verifica di anomalia.

Osserva che:

- a) il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute in sede di verifica di anomalia delle offerte è limitato ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, in considerazione della discrezionalità che connota dette valutazioni, come tali riservate alla stazione appaltante cui compete il più ampio margine di apprezzamento;
- b) la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, e non concentrarsi esclusivamente e in modo "*parcellizzato*" sulle singole voci di prezzo, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è accertare l'affidabilità dell'offerta nel suo complesso, e non delle sue singole componenti;
- c) il concorrente, al fine di illustrare la propria offerta e dimostrarne la congruità, è ammesso a fornire spiegazioni e giustificazioni su qualsiasi elemento dell'offerta, e quindi anche su voci non direttamente additate dalla stazione appaltante siccome incongrue, e dunque non è rigidamente limitato dalle

specifiche voci indicate dalla stazione appaltante nella richiesta di giustificazioni, e può *sponte* fornire elementi informativi anche in ordine a qualsiasi altra voce o elemento costitutivo dell'offerta;

d) se un concorrente non è in grado di dimostrare l'equilibrio complessivo della propria offerta attraverso il richiamo di voci ed elementi diversi da quelli individuati nella richiesta di giustificazioni, in via di principio ciò non può essere mai ascritto a responsabilità della stazione appaltante per erronea o inadeguata formulazione della richiesta di giustificazioni.

19) La plenaria n. 1/2013: la composizione della commissione di gara in caso di rinnovo della valutazione dell'offerta dopo un giudizio

Pronunciandosi in sede di ricorso per revocazione proposto nei confronti della decisione della plenaria n. 30/2012, la plenaria **10 gennaio 2013 n. 1** (pres. Trovato – Est. Saltelli) ha ribadito il principio che anche nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in caso di annullamento giurisdizionale dell'esclusione, l'offerta deve essere valutata dalla medesima commissione di gara. Ha precisato che tale principio si applica anche ove il metodo di valutazione sia quello del confronto a coppie, che è soltanto un peculiare metodo attuativo proprio del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (in virtù del quale, in particolare, ogni elemento qualitativo dell'offerta è oggetto di valutazione attraverso la determinazione di coefficienti all'interno di una tabella triangolare, nella quale le offerte di ogni concorrente sono confrontate a due a due e per ogni coppia di offerte ogni commissario indica l'elemento preferito, attribuendo un punteggio di 1, che esprime parità; 2, che esprime la preferenza minima; 3, per l'ipotesi di preferenza piccola; 4, che contraddistingue una preferenza media; 5, che individua una preferenza grande; 6, che indica la preferenza massima). Proprio la particolare caratteristica del confronto a coppie non osta in via di principio alla possibilità che un'offerta originariamente esclusa dalla valutazione possa essere poi effettivamente confrontata con le altre, stante la autonomia delle singole valutazioni a coppie.

20) La plenaria n. 5/2013: la necessità di gara per la concessione di spazi pubblicitari

Con la decisione **25 febbraio 2013 n. 5** (pres. Coraggio - Est. Meschino) la plenaria ha da un lato ritenuto legittimo sottrarre al libero mercato e al mero regime autorizzatorio l'utilizzo di spazi e aree pubblici per affissioni pubblicitarie, e legittimo il regime concessorio (che presuppone la riserva all'ente locale); dall'altro ha ritenuto che tale concessione va affidata con gara nel rispetto dei principi di evidenza pubblica.

La decisione non riguarda esattamente i pubblici appalti, ma i contratti attivi della p.a., con cui essa si procura una entrata (dismissioni, concessioni di suolo pubblico).

L'importanza della decisione sta nell'aver ritenuto che anche i contratti attivi, e pur in difetto di una normativa sistematica come quella dettata per gli appalti, devono essere affidati nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; e a tanto la decisione perviene invocando i principi comunitari di non discriminazione, trasparenza, parità di trattamento degli operatori economici.

La plenaria, dopo aver ricordato i due contrastanti indirizzi espressi dalle sezioni semplici, nel senso della sufficienza del regime autorizzatorio (Cons. St., sez. V, n. 44 del 2007; Cons. giust. sic. n. 762 e n. 976 del 2009; n. 1306 del 2010) ovvero della necessità del regime concessorio (Cons. St., sez. V, 2 febbraio 2009 n. 529), aderisce a questa seconda impostazione in base ai seguenti argomenti:

- alla definizione della disciplina della collocazione degli impianti pubblicitari concorrono la normativa sulla viabilità, che sottopone gli impianti, per la sicurezza del traffico veicolare, ad autorizzazione comunale se collocati nei centri abitati [art. 23, comma 4, del codice della strada (d.lgs. n. 285 del 1992)], quella sulla tutela dei beni culturali e paesaggistici [articoli 49 e 153 del codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42 del 2004)], se gli impianti incidano su tali profili, e la normativa tributaria, posta in particolare dal d.lgs. n. 507 del 1993 (e poi dal d.lgs. n. 446 del 1997);

- in fatto la collocazione degli impianti pubblicitari commerciali su aree pubbliche urbane, che qui interessa, è vincolata dalla naturale limitatezza degli spazi disponibili all'interno del territorio comunale, ulteriormente ristretta per effetto dei vincoli sia di viabilità sia di tutela dei beni culturali gravanti sul territorio. Ciò motiva la statuizione di cui all'art. 3, comma 3, del citato d.lgs. n. 507 del 1993, per cui ciascun Comune "deve" determinare, oltre la tipologia, anche "la quantità" degli impianti pubblicitari e approvare un "piano generale degli impianti", con la delimitazione della superficie espositiva massima dei diversi tipi di impianti (nella prassi ripartita tra le zone del territorio urbano), definendosi con ciò un mercato contingentato;

- la normativa sulla installazione degli impianti a tutela della sicurezza stradale, e dei valori culturali, si raccorda così a quella ulteriore basata sul presupposto, necessitato e condizionante, del contingentamento dell'attività in questione poiché comportante l'uso di una risorsa pubblica scarsa qual è il suolo pubblico;

- si configura con ciò un rapporto tra l'ente locale e il privato il cui modello di riferimento, alla luce della sua qualificazione sostanziale, è quello concessorio "atteso che è giustappunto una concessione di area pubblica il provvedimento iniziale che conforma il rapporto", potendo disciplinare il regolamento comunale anche "le modalità per ottenere il provvedimento per l'installazione" (art. 3, comma 3, d.lgs. n. 507 del 1993), confluendo nel quadro di tale rapporto, di conseguenza, la regolazione unitaria dei profili di tutela della sicurezza stradale e dei valori culturali.

Ciò posto, la plenaria sottolinea l'esigenza dell'affidamento di tale concessione con gara, dovendosi altrimenti ricorrere all'unico criterio alternativo dell'ordine cronologico di presentazione delle domande accoglibili, che è di certo meno

idoneo ad assicurare l'interesse pubblico all'uso più efficiente del suolo pubblico e quello dei privati al confronto concorrenziale.

Il procedimento di gara non contrasta infatti con la libera espressione dell'attività imprenditoriale di cui si tratta, considerato, in linea generale, che la procedura ad evidenza pubblica è istituto tipico di garanzia della concorrenza nell'esercizio dell'attività economica privata incidente sull'uso di risorse pubbliche e che, in particolare, la concessione tramite gara dell'uso di beni pubblici per l'esercizio di attività economiche private è istituto previsto nell'ordinamento, essendo perciò fondata la qualificazione della gara come strumento per assicurare il principio costituzionale della libera iniziativa economica anche nell'accesso al mercato degli spazi per la pubblicità (Cons. Stato, V, n. 529 del 2009, cit.; VI, 9 febbraio 2011 n. 894).

Quanto sopra è peraltro coerente con i principi comunitari, in particolare di non discriminazione, di parità di trattamento e di trasparenza; questo Consiglio ha infatti chiarito da tempo che, sul presupposto per cui con la concessione di un'area pubblica si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato (come è nella specie), si impone di conseguenza una procedura competitiva per il rilascio della concessione, necessaria per l'osservanza dei ricordati principi a presidio e tutela di quello, fondamentale, della piena concorrenza

21) e 22) La plenaria n. 8/2013 e la plenaria n. 16/2013: la pubblicità della fase di apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche dopo la plenaria n. 13/2011 e prima dell'art. 12, d.l. n. 52/2012

Nel caso all'esame dell'ordinanza di rimessione (Cons. St., sez. VI, 1 febbraio 2013 n. 634, Pres. Giovannini – Est. De Michele) veniva dedotta la censura di violazione del principio di pubblicità delle sedute della Commissione di gara per quanto riguarda le operazioni di apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche, in contrasto con i principi espressi dalla plenaria n. 13/2012.

Osserva l'ordinanza di rimessione che nel caso di specie era la *lex specialis* di gara (disciplinare), emanata prima dell'art. 12, d.l. n. 52/2012 (che ha recepito, *pro futuro*, i principi espressi dalla citata plenaria n. 13/2012) ad affermare che i plichi sarebbero stati aperti in seduta riservata, non pubblica.

E pertanto, la censura avrebbe dovuto essere dedotta mediante impugnazione del disciplinare di gara.

Effettivamente nel caso di specie il disciplinare viene specificamente impugnato, ma solo unitamente all'atto di aggiudicazione.

L'ordinanza di rimessione dubita che tale impugnazione sia tempestiva, ritenendo che la clausola del disciplinare che esclude la pubblicità delle sedute di gara sarebbe immediatamente lesiva, e dunque necessitante di immediata impugnazione senza attendere l'aggiudicazione.

L'ordinanza ricorda il tradizionale orientamento risalente alla plenaria n. 1/2003 in tema di eccezionalità dell'impugnazione immediata del bando di gara.

Ricorda come già con altre ordinanze di rimessione alla plenaria il principio sia stato messo in discussione (Cons. St., sez. VI, 18 gennaio 2011 n. 351; Id., 8 maggio 2012 n. 2633), ma la plenaria non abbia esaminato la questione per difetto di rilevanza (Cons. St., ad. plen. 7 aprile 2011 n. 4 e 31 luglio 2012 n. 31).

Ribadisce i relativi argomenti che va propri, e sintetizza come segue, per una rimeditazione della plenaria n. 1/2003:

- la volontà deflattiva del contenzioso, sottostante all'indirizzo di immediata impugnabilità delle sole clausole escludenti, non ha trovato rispondenza nei fatti, con reiterate impugnazioni che, dopo la conclusione delle procedure di gara, postulano l'annullamento del bando e quindi l'azzeramento delle procedure stesse, con notevole aggravio di spese per l'amministrazione e danno per le imprese aggiudicatarie incolpevoli, sulle cui offerte non fosse emerso o riconosciuto alcun vizio;

- i principi di buona fede e affidamento, di cui agli articoli 1337 e 1338 c.c., dovrebbero implicare che le imprese, tenute a partecipare alla gara con attenta disamina delle prescrizioni del bando, fossero non solo abilitate, ma obbligate a segnalare tempestivamente, tramite impugnazione del bando stesso, eventuali cause di invalidità della procedura di gara così come predisposta, anche come possibile fonte di responsabilità precontrattuale; quanto sopra, in linea con la ratio ispiratrice dell'art. 243-bis del codice appalti, nel testo introdotto dal d.lgs. n. 53/2010 (informativa preventiva dell'intento di proporre ricorso giurisdizionale).

Secondo l'ordinanza di rimessione le imprese partecipanti a procedure contrattuali ad evidenza pubblica dovrebbero ritenersi tenute ad impugnare qualsiasi clausola del bando ritenuta illegittima, entro gli ordinari termini decadenziali.

La questione sopra indicata appare connessa alla vera e propria svolta, impressa al contenzioso in materia di pubblici appalti dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2011, ispirata al superamento di indirizzi giurisprudenziali, che finiscono per determinare una "litigiosità esasperata", senza garantire il soddisfacimento dell'interesse primario di ciascun concorrente (aggiudicazione dell'appalto) e rendendo "estremamente difficoltosa e spesso impossibile (si pensi alla perdita di finanziamenti comunitari) l'esecuzione dell'opera pubblica".

Fra tali indirizzi, sembra all'ordinanza di rimessione che possa annoverarsi quello riconducibile alla ricordata sentenza della plenaria n. 1/2003, limitativa dell'immediata impugnabilità dei bandi di gara (o di concorso) – senza necessità di attendere i relativi atti applicativi – solo con riferimento alle clausole impeditive dell'ammissione di soggetti interessati alla selezione, ovvero impositive di oneri sproporzionati per la partecipazione, o di condizioni non comprensibili; quanto sopra, nella presupposizione che in ogni altro caso mancherebbe una lesione diretta ed attuale dell'interesse protetto.

Tale conclusione – oltre a non condurre, come già in precedenza rilevato, ad una riduzione del contenzioso, che viene normalmente avviato su ogni questione prospettabile (con aggravata lesione degli interessi sia pubblici che privati, in caso di azzeramento dell'intera procedura dopo la conclusione della stessa) – appare

non più convincente anche sul piano dei principi, regolatori dell'impugnativa di atti amministrativi generali, destinati alla cura concreta di interessi pubblici nei confronti di destinatari indeterminati, ma determinabili. Con la domanda di partecipazione alla gara, infatti, le imprese concorrenti divengono titolari di un interesse legittimo, quale situazione soggettiva protetta corrispondente all'esercizio di un potere, soggetto al principio di legalità ed esplicito, in primo luogo, con l'emanazione del bando. A qualsiasi vizio di quest'ultimo si contrappone, pertanto, l'interesse protetto al corretto svolgimento della procedura, nei termini disciplinati dalla normativa vigente in materia e dalla *lex specialis*; l'inoppugnabilità della disciplina di gara contenuta nel bando, alla scadenza degli ordinari termini decadenziali, appare dunque conforme alle esigenze di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, che detti termini presuppongono, affinché l'interesse pubblico sia perseguito senza perduranti margini di incertezza, connessi ad eventuali impugnative.

In effetti la disciplina ormai consolidata sul "giusto procedimento amministrativo", ispirato a principi di economicità e speditezza e la peculiare funzione del bando di gara – quale *lex specialis* che circoscrive (con clausole prescrittive di adempimenti anche formali, a pena di esclusione) il principio di strumentalità delle forme (secondo cui l'invalidità di un atto per vizi procedurali può essere riconosciuta, solo quando gli adempimenti formali omessi non ammettano equipollenti per il raggiungimento dello scopo perseguito) – impongono una scrupolosa disamina del medesimo bando da parte delle imprese partecipanti, che sono tenute ad attenersi alle relative prescrizioni e non possono, pertanto, non ritenersi in grado di procedere ad immediata contestazione di ogni eventuale vizio, rilevato nella disciplina in questione. Quanto sopra, anche in ottemperanza al diritto comunitario, che include nel principio di effettività della tutela la massima possibile limitazione di ogni margine di incertezza giuridica, sul piano sostanziale o procedurale (cfr. direttive 2007/66/CE e 89/665/CEE, la prima delle quali, in particolare, richiama al punto 25 del preambolo "la necessità di garantire nel tempo la certezza delle decisioni prese dalle commissioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori, allo scopo di far stabilire che il contratto è privo di effetti, al fine di fissare un termine minimo ragionevole di prescrizione o decadenza dei ricorsi"; nel successivo art. 1, inoltre, si richiede un ricorso "efficace" e "più rapido possibile": situazione difficilmente compatibile con procedure, le cui regole siano ancora contestabili *ab initio* dopo la relativa conclusione).

Ancora una volta la plenaria ha evitato di ritornare sui principi espressi nel 2003, ritenendo influente nel caso di specie la questione della necessità di impugnazione immediata nel bando (Cons. St., **ad. plen., 22 aprile 2013 n. 8**, Pres. Giovannini – Est. Meschino).

La plenaria ha infatti ritenuto infondata la censura dedotta in prime cure e accolta dal Tar, di violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara.

Per far ciò la plenaria ha dato una interpretazione dell'art. 12, d.l. n. 52/2012. Come è noto tale disposizione è intervenuta dopo che la plenaria n. 13/2011 ha

esteso l'ambito della pubblicità delle sedute di gara con riferimento alla fase dei plichi contenenti le offerte tecniche. Secondo la plenaria il citato art. 12 non ha una portata di recepimento ricognitivo dell'orientamento della plenaria ma una portata specifica transitoria di salvezza delle gare anteriori alla sua entrata in vigore nelle quali si sia proceduto all'apertura dei plichi in seduta riservata, per evitare che vengano travolte in applicazione del principio espresso dalla citata plenaria n. 13/2011 (la plenaria fa proprio il precedente Cons. St., sez. V, 18 febbraio 2013 n. 978).

Questi gli argomenti della plenaria:

- il principio di pubblicità, pur di derivazione comunitaria, non è direttamente cogente ma ha un contenuto pro-grammatico, restando perciò agli Stati membri la sua concreta declinazione in coerenza con altri valori, a cominciare da quello dell'affidamento incolpevole da parte dell'aggiudicataria che abbia confidato sulla vigenza di determinate regole procedurali che, nella specie, nella maggior parte dei casi, prevedevano l'apertura dei plichi in seduta riservata;
- con il citato art. 12, di conseguenza, è stata normata la regola di diritto definita dall'Adunanza plenaria ma è stato al contempo precisato che l'obbligo della seduta pubblica decorre dal 9 maggio 2012, confermando per il passato l'inesistenza di una disposizione cogente di tale contenuto;
- questa disciplina transitoria ha lo scopo di evitare il travolgimento di numerosissime gare in corso, con i conseguenti oneri economici e amministrativi particolarmente gravosi nella presente fase di crisi economica;
- né appare logico attribuire alla norma *altra ratio*; non vi sarebbe ragione infatti per un intervento normativo che obbliga all'apertura pubblica dei plichi soltanto a partire da una certa data "anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti", se non allo scopo di tenere esente dall'obbligo l'intervenuta, antecedente apertura dei plichi.

Poco prima della pronuncia n. 8/2013 un'altra ordinanza di rimessione (Cons. St., sez. V, 11 aprile 2013 n. 1976, Pres. Volpe – Est. Lotti) aveva rimesso alla plenaria la stessa questione transitoria, nei seguenti termini:

- 1) se l'obbligo di apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti le offerte tecniche sia operativo solo per le gare indette dopo l'entrata in vigore dell'art. 12, d.l. 7 maggio 2012, n. 52, ovvero se tale regola è applicabile anche per le gare indette prima di tale data;
- 2) se il citato art. 12 abbia salvaguardato, e quindi sanato, gli effetti delle procedure già concluse alla data del 9 maggio 2012 e di quelle, ancora pendenti alla detta data, nelle quali si sia già proceduto, prima della medesima data, all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche non in seduta pubblica;
- 3) se il principio positivizzato dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 13/2011 (obbligo di apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti le offerte tecniche) si applichi solo ai plichi aperti dopo il 28 luglio 2011, data della sua pubblicazione.

La plenaria con la decisione **27 giugno 2013 n. 16** (pres. Giovannini – Est. Russo) ha fatto propri i principi della plenaria n. 8/2013 aggiungendo che l'orientamento volto a riconoscere la natura sanante dell'art. 12 è diretto a contenere gli oneri amministrativi ed economici che deriverebbero dalla caducazione, altrimenti inevitabile, di centinaia di gare che, diversamente, sarebbero di fatto travolte per il mero mancato rispetto dei canoni di pubblicità dell'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche, in assenza di qualsivoglia indizio circa la manomissione o l'occultamento degli stessi da parte dell'amministrazione. Non può, invero, non riconoscersi a tale tesi un'utilità non trascurabile dal punto di vista della deflazione del contenzioso amministrativo e del rispetto del principio di affidamento e buona fede, da riferire tanto alla stazione appaltante, quanto all'impresa aggiudicataria della gara, che legittimamente può avere confidato sulla vigenza di determinate regole procedurali.

23) La plenaria n. 13/2013: le regole applicabili alla commissione di gara nelle concessioni di servizi

Le concessioni di servizi sono sottratte alla puntuale disciplina del diritto comunitario e del codice appalti, ad esse si applicano i principi a tutela del trattato a tutela della concorrenza e le regole minime di evidenza pubblica codificate dall'art. 30 codice appalti, fatte salve specifiche discipline settoriali.

E' disputato se l'art. 84 codice appalti, relativo alla commissione di gara quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si applichi o meno, in tutto o in parte, in via diretta, alle concessioni di servizi.

Secondo una tesi, alle concessioni di servizi pubblici non si applicano le regole puntuali in tema di procedimento di nomina della commissione di gara, recate dall'art. 84, codice appalti; è infondata la censura inerente il vizio della nomina della Commissione, salva l'applicazione anche alle concessioni del principio generale della competenza tecnica dei componenti della commissione [Cons. St., sez. V, 20 giugno 2011 n. 3691; Cons. St., sez. V, 4 marzo 2011 n. 1386; v. inoltre Cons. St., sez. V, 3 maggio 2012 n. 2552]; in questa stessa linea di pensiero si è in particolare esclusa l'applicabilità alle concessioni di servizi dei c. 4 e 10 dell'art. 84 codice (che rispettivamente prevedono le incompatibilità per i commissari diversi dal presidente e la regola della nomina della commissione dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte [Cons. St., sez. III, 17 ottobre 2011 n. 5547; Id., sez. V, 4 novembre 2011 n. 2; Id., sez. V, 6 luglio 2010 n. 4311]). Secondo altra tesi, invece, tali disposizioni sarebbero espressione dei principi generali di trasparenza e non discriminazione e dunque sarebbero applicabili alle concessioni di servizi in via diretta, anche se non richiamate nella *lex specialis*, ai sensi dell'art. 30 codice [Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2011 n. 224; Id., sez. V, 24

marzo 2011 n. 1784; Id., sez. V, 23 maggio 2011 n. 3086; Id., sez. V, 27 ottobre 2011 n. 5740].

La questione, stanti i contrastanti indirizzi, è stata rimessa all'esame della plenaria [Cons. St., sez. V, ord. 12 febbraio 2013 n. 803, pres. Branca – Est. Franconiero].

L'ordinanza di rimessione protende per la tesi che i c. 4 e 10 dell'art. 84 codice siano direttamente applicabili alle concessioni di servizi in quanto espressione del principio di trasparenza richiamato dall'art. 30 codice appalti.

Tanto in base alle seguenti considerazioni:

- l'art. 30 si inserisce nell'ottica di una progressiva assimilazione delle concessioni agli appalti, con l'obiettivo, di matrice europea, di vincolare i soggetti aggiudicatori a rispettare anche nelle procedure di affidamento delle prime i principi dell'evidenza pubblica comunitaria, tra i quali i canoni di trasparenza invalsi nelle seconde attraverso una procedura tipica di gara nella quale si impone l'esigenza che il confronto competitivo sia effettivo e leale, pena altrimenti la vanificazione delle finalità stesse del procedimento selettivo di stampo concorsuale;

- da tali principi deriva che il mancato rinvio da parte della legge di gara non possa ritenersi dirimente al fine di escludere l'operatività dei precetti contenuti nell'art. 84 del codice dei contratti pubblici, stante la pacifica funzione (etero)integrativa della norma primaria nei confronti della lex specialis;

- d'altra parte, poiché è pacifico che le regole giuridiche sui tempi della formazione e sulla composizione di un organo amministrativo rappresentano un presidio irrinunciabile del principio di trasparenza, le disposizioni contenute nei c. 4 e 10 dell'art. 84 cit., si ergono ad un livello di generalità tale da assurgere a principio applicabile, giusto il disposto dell'art. 30, anche alle concessioni di servizi pubblici;

- le considerazioni che precedono sembrano assumere rilievo particolare nell'ambito della procedura di affidamento il cui criterio di selezione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, poiché nella stessa le relative valutazioni sono sindacabili in sede giurisdizionale entro limiti assai circoscritti ;

- né va trascurato che disposizioni del tipo di quelle contenute nell'art. 84 non impongono oneri amministrativi e procedurali particolarmente gravosi o sproporzionati, cosicché la loro applicabilità alle procedure di gara per l'affidamento in concessione di servizi pubblici, se da un lato non esibisce profili di irragionevolezza, dall'altro lato risulta quella più rispettosa dell'esigenza di non trattare in modo ingiustificatamente diverso lo specifico segmento procedimentale in questione, che il legislatore interno, sotto la spinta dei principi comunitari, ha inteso accomunare con il menzionato art. 30.

La plenaria con la decisione **7 maggio 2013 n. 13** [Pres. Giovannini – Est. De Felice] ha espresso il seguente principio di diritto:

“In sede di affidamento di una concessione di servizi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, sono applicabili le disposizioni di cui all’art. 84, comma 4 (relativo alle incompatibilità dei componenti della commissione giudicatrice) e 10 (relativo ai tempi di nomina della commissione) del d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto espressive dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, richiamati dall’art. 30, comma 3, del medesimo d.lgs.”.

Tanto, in base alla premessa che alle concessioni di servizi si applicano non tutte le disposizioni puntuali del codice, ma solo i principi, e che si impone una ricognizione dei principi sottesi a singole disposizioni del codice.

Le previsioni dei commi 4 e 10 dell’art. 84, sono, secondo la plenaria, espressione dei principi di trasparenza e imparzialità e, pertanto, si applicano anche alle concessioni di servizi.

Secondo la plenaria i principi non sono soltanto quelli che il codice definisce, di massima nelle sue parti iniziali (v. in specie l’art. 2), come principi generali di una data materia, nel senso di superprincipi o valori o finalità teleologiche del sistema.

Come è infatti noto, l’aspetto rilevante di un codice, anche nel senso ristretto della nuova codificazione moderna secondo codici di settore, è la sua aspirazione ad essere un “sistema”; il sistema consente di spostare l’attenzione anche su principi, che rendono possibile la comprensione delle singole parti connettendole al tutto e che, finalmente, rendono intellegibile il disegno armonico, organico ed unitario sotteso rispetto alla frammentarietà delle parti.

I principi generali di un settore esprimono valori e criteri di valutazione immanenti all’ordine giuridico, che hanno una memoria del tutto che le singole e specifiche disposizioni non possono avere e ai quali esse sono riconducibili; sono inoltre caratterizzati da una eccedenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica (“nomogenetica”) rispetto alle singole norme.

24) La plenaria n. 14/2013: la decorrenza del termine di impugnazione dell’aggiudicazione in caso di accesso *ex lege* agli atti di gara; le designazioni “a cascata”

Si pone la questione della decorrenza del termine di impugnazione quando l’aggiudicazione viene formalmente comunicata ai sensi dell’art. 79, codice appalti, e tuttavia la parte eserciti l’accesso agli atti di gara, da cui evinca i vizi degli atti, e proponga ricorso entro il termine di 30 giorni decorrenti non dalla comunicazione dell’aggiudicazione, ma dall’accesso.

La questione è stata rimessa all’esame della plenaria, dall’ordinanza Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013 n. 790, nei seguenti termini:

<<I) *Se il quadro normativo nazionale in tema di impugnativa in sede giurisdizionale degli atti relativi a procedure di aggiudicazione di gare ad evidenza pubblica (e, segnatamente, il c. 5 dell'art. 120 del c.p.a., letto in combinato disposto con il co. 2, lett. c), con il c. 5 e con il c. 5-quater dell'art. 79 codice appalti) debba essere inteso, anche alla luce della matrice comunitaria che lo ispira (direttiva 89/665/CE come modificata dalla direttiva 2007/66/CE), nel senso che il termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso principale:*

a) decorre dal giorno della ricezione della comunicazione di cui al c. 2, lettera c) e di cui al c. 5 dell'art. 79 del codice appalti nel solo caso in cui la presunta violazione delle disposizioni comunitarie e nazionali poste a fondamento del ricorso sia immediatamente percepibile dal contenuto di tale comunicazione, mentre

b) decorre dal giorno in cui è stato possibile ottenere integrale accesso agli atti della procedura ai sensi del c. 5-quater del medesimo art. 79 (e comunque non oltre il decimo giorno dalla comunicazione di cui al c. 2, lett. c) e di cui al c. 5 del medesimo articolo) nel caso in cui la presunta violazione non fosse percepibile dal contenuto della dichiarazione e sia resa palese solo a seguito dell'esperito accesso agli atti”;

II) (nel caso in cui il tenore delle disposizioni della cui interpretazione si discute - e, segnatamente, del c. 5 dell'art. 120 del c.p.a., letto in combinato disposto con il c. 2, lett. c), con il c. 5 e con il c. 5-quater dell'art. 79 codice appalti - non sia suscettibile dell'interpretazione dinanzi ipotizzata sub I,) “*Se si ritenga compatibile con i principi costituzionali di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) e con il principio comunitario dell'effet utile il quadro normativo nazionale in tema di impugnativa in sede giurisdizionale degli atti relativi a procedure di aggiudicazione di gare ad evidenza pubblica, per la parte in cui - per un verso - assoggetta a un termine notevolmente accelerato l'impugnativa degli atti in questione e - per altro verso - determina una ulteriore, sostanziale, riduzione dei termini per l'impugnativa nelle ipotesi in cui la presunta violazione non sia direttamente percepibile dal contenuto della dichiarazione di cui al richiamato art. 79 e sia resa palese solo a seguito dell'esperito accesso agli atti (in tal modo ponendo a carico del soggetto ricorrente lo sfavorevole effetto processuale dell'ulteriore riduzione del termine effettivamente a disposizione ai fini dell'impugnativa e per un numero di giorni pari a quello necessario per avere piena conoscenza degli atti della gara possibile oggetto di impugnativa e dei relativi profili di illegittimità)” [Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013 n. 790].*

L'ordinanza di rimessione propende per la tesi meno restrittiva.

Osserva che, considerata la derivazione comunitaria delle disposizioni sostanziali e processuali di cui trattasi e, comunque, l'esigenza di bilanciamento fra i vari interessi coinvolti, si possa fornire un'interpretazione del richiamato quadro normativo tale per cui il termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non decorra sempre dal momento della comunicazione di cui ai art. 79 codice appalti, ma sia incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso

dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità (laddove questi non fossero oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione e – comunque – entro il limite dei dieci giorni che il richiamato c. 5-*quater* dell'art. 79, codice appalti, fissa per esperire la particolare forma di accesso - semplificato ed accelerato - ivi disciplinata).

Secondo l'ordinanza di rimessione vi sono elementi che depongono a favore di tale soluzione.

a) Anzitutto, va ricordato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui in via di principio, la piena conoscenza dell'atto censurato (acquisita la quale inizia a decorrere il termine decadenziale per l'impugnativa) si concretizza con la cognizione, da parte del soggetto interessato, degli elementi essenziali quali l'autorità emanante, l'oggetto, il contenuto dispositivo ed il suo effetto lesivo, perché tali elementi sono sufficienti a rendere il legittimato all'impugnativa consapevole dell'incidenza dell'atto nella sua sfera giuridica e a dargli la concreta possibilità di rendersi conto della lesività del provvedimento, senza che sia necessaria la compiuta conoscenza della motivazione e degli atti del procedimento, che può rilevare solo ai fini della proposizione dei motivi aggiunti; detti elementi essenziali devono essere tali da consentire all'interessato di poter valutare se l'atto è illegittimo o meno. In difetto, si deve ritenere che il destinatario abbia una mera facoltà, non un onere, di impugnare subito l'atto per poi proporre i motivi aggiunti, ben potendo attendere di conoscere la motivazione dell'atto per poter, una volta avuta completa conoscenza del contenuto dell'atto, quindi dell'effetto lesivo dello stesso, valutare se impugnarlo o meno. Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 3 l. 7 agosto 1990 n. 241, la motivazione è obbligatoria, sicché la mera notizia che esiste un provvedimento non può essere equiparata alla piena conoscenza del provvedimento medesimo. Di conseguenza, la piena conoscenza del provvedimento presuppone la conoscenza del contenuto essenziale dell'atto, non potendo il termine per l'impugnazione decorrere dalla semplice conoscenza del suo contenuto dispositivo sfavorevole, ma occorrendo anche la consapevolezza dei vizi da cui eventualmente l'atto è affetto, conseguita attraverso la valutazione della motivazione [Cons. St., sez. V, 4 gennaio 2011 n. 8].

La verifica della “piena conoscenza” dell'atto lesivo da parte del ricorrente, ai fini di individuare la decorrenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso giurisdizionale, deve essere estremamente cauta e rigorosa, non potendo basarsi su mere supposizioni ovvero su deduzioni, pur sorrette da apprezzabili argomentazioni logiche. Essa deve risultare incontrovertibilmente da elementi oggettivi, ai quali il giudice deve riferirsi, nell'esercizio del suo potere di verifica di ufficio della eventuale irricevibilità del ricorso, o che devono essere rigorosamente indicati dalla parte che, in giudizio, eccepisca l'irricevibilità del ricorso instaurativo del giudizio.

Alla luce di tali coordinate sistematiche, secondo l'ordinanza di rimessione non appare condivisibile far decorrere il termine per l'impugnativa dal momento della semplice conoscenza degli elementi essenziali dell'offerta risultata vincitrice (ci si riferisce alla comunicazione relativa “[alle] caratteristiche [e ai] vantaggi

dell'offerta" di cui alla lett. c) del c. 2 dell'art. 79, cit.), in specie nelle ipotesi in cui da tale comunicazione non fossero in alcun modo evincibili gli ulteriori e diversi aspetti sui quali si sono in seguito innestate le censure di illegittimità (aspetti di cui l'interessato è potuto venire a conoscenza solo a seguito dell'accesso).

b) In secondo luogo, va ricordato l'orientamento giurisprudenziale comunitario che sembra effettivamente deporre nel senso che il termine per la proposizione di impugnativa in materia di procedure di affidamento relative ad appalti c.d. 'sopra soglia' decorra dalla data in cui l'interessato sia stato posto in condizione di conoscere della illegittimità dell'atto della serie procedimentale (in particolare: dell'aggiudicazione), con obbligo per il giudice nazionale di disapplicare l'eventuale disposizione processuale di diritto interno la quale connetta il decorso di tale termine da un momento diverso (e, in particolare, dal momento anteriore in cui è stata resa nota la sola aggiudicazione con la generica indicazione delle relative caratteristiche e vantaggi) [C. giust. UE, sez. III, 28 gennaio 2010 C-406/08 (*Uniplex*) con cui è stato affermato che:

- "l'art. 1, n. 1, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, esige che il termine per proporre un ricorso diretto a far accertare la violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici ovvero ad ottenere un risarcimento dei danni per la violazione di detta normativa decorra dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della violazione stessa";

- "la direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 92/50, impone al giudice nazionale di prorogare il termine di ricorso, esercitando il proprio potere discrezionale, in maniera tale da garantire al ricorrente un termine pari a quello del quale avrebbe usufruito se il termine previsto dalla normativa nazionale applicabile fosse decorso dalla data in cui egli era venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. Qualora le disposizioni nazionali relative ai termini di ricorso non si dovessero prestare ad un'interpretazione conforme alla direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 92/50, 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"]].

Secondo l'ordinanza di rimessione, contemperando la statuizione della Corte di Giustizia (la quale ipotizza una sorta di "proroga [del] termine di ricorso" *jussu judicis* al fine di consentire il conseguimento dell'*effet utile* da parte della disposizione processuale di matrice comunitaria) con l'evidente *ratio* di concentrazione ed accelerazione sottesa alla previsione di diritto interno in tema di termine decadenziale d'impugnativa e di accesso agli atti di gara, il punto di equilibrio fra le richiamate esigenze possa essere individuato in una lettura del complessivo quadro normativo tale, per cui il *dies a quo* per il decorso del termine

decadenziale d'impugnativa sia posticipato sino a decimo giorno dalla comunicazione di aggiudicazione ex art. 79, cit. (ossia al momento in cui il concorrente, agendo in modo diligente, potrà aver avuto conoscenza integrale della documentazione di proprio interesse, attivando le modalità semplificate di accesso agli atti di cui al medesimo comma 5-*quater*).

Naturalmente, ciò sarebbe possibile a due condizioni:

a) che, effettivamente, il profilo di illegittimità lamentato in sede di impugnativa non fosse in alcun modo desumibile dal tenore della comunicazione di cui all'art. 79;

b) che il richiamato termine di dieci giorni (aggiuntivo rispetto a quello di trenta giorni per la proposizione dell'impugnativa ai sensi dell'art. 120, c. 5 c.p.a.) dovrebbe essere corrispettivamente ridotto nelle ipotesi in cui, esperito l'accesso agli atti della gara, la pertinente documentazione sia stata resa disponibile in un termine inferiore rispetto a quello di dieci giorni di cui al più volte richiamato c. 5-*quater*.

c) In terzo luogo la giurisprudenza del Consiglio di Stato si è già, in alcune ipotesi, dimostrata sensibile all'esigenza di operare (nella materia in questione) un delicato bilanciamento fra:

- (da un lato) l'evidente *ratio* acceleratoria sottesa alla dimidiazione del termine decadenziale per l'impugnativa nel c.d. 'rito appalti' e la necessità che tale finalità non possa essere ostacolata o derogata attraverso il riconoscimento di possibili *escamotages* di ordine processuale. In quest'ottica, ogni temperamento al carattere apparentemente tassativo della regola del termine di trenta giorni dovrebbe essere limitata a quanto strettamente necessario per conseguire un obiettivo di tutela costituzionalmente garantito (ci si riferisce, in particolare ai canoni di pienezza ed effettività della tutela in sede giurisdizionale e di inviolabilità del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.)

- (dall'altro) l'esigenza di evitare che l'imposizione di un termine di per sé molto breve, unita alla necessità – in talune ipotesi – di impiegare alcuni giorni (dieci, secondo il modello legale) per avere piena conoscenza degli atti di gara, renda impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio pieno ed effettivo di tale diritto (in tali ipotesi, se l'amministrazione impiega l'intero termine di dieci giorni per consentire all'interessato l'accesso integrale agli atti di gara, quest'ultimo disporrà di un termine di soli venti giorni utili per spiegare le proprie difese in relazione ad atti della cui illegittimità abbia potuto conoscere solo a seguito dell'accesso – ossia, di un termine pari a un terzo di quello ordinariamente previsto per la proposizione del ricorso) [Cons. St., sez. V, 1° settembre 2011 n. 4895, secondo cui la legge, attraverso il combinato disposto degli artt. 79, codice appalti e 120 c.p.a. ha inteso delimitare ad un massimo di quaranta giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione (sia o meno accompagnata dal provvedimento o dai verbali di gara recanti la motivazione: 10 giorni per esercitare l'accesso decorrenti dalla comunicazione + 30 giorni per la proposizione del ricorso; Cons. St., sez. III, 14 marzo 2012 n. 1428, secondo cui la tempestività di un ricorso proposto successivamente alla scadenza del termine di 30 giorni dalla

comunicazione di cui all'art. 79 codice appalti in un'ipotesi in cui tale comunicazione non risultava idonea a consentire la piena conoscenza degli atti sottesi all'aggiudicazione (piena conoscenza che era stata conseguita solo in un secondo momento, a seguito dell'accesso agli atti).

E' stata inoltre rimessa alla C. giust. UE la questione della decorrenza del termine di impugnazione quando i vizi sopravvengono all'aggiudicazione (nel caso specifico dopo la comunicazione dell'aggiudicazione la stazione appaltante aveva consentito ad una modifica della compagine dell'ati aggiudicataria.

“Se gli artt. 1, 2-bis, 2-quater e 2-septies della direttiva 1992/13/CEE vadano interpretati nel senso che il termine per proporre un ricorso, diretto a far accertare la violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, decorra dalla data in cui il ricorrente ha conosciuto, o avrebbe dovuto conoscere secondo l'ordinaria diligenza, l'esistenza della violazione stessa;

“Se gli artt. 1, 2-bis, 2-quater e 2-septies della direttiva 1992/13/CEE ostano a disposizioni processuali nazionali ovvero a prassi interpretative, quali quelle enunciate nella causa principale, che consentono al giudice di dichiarare irricevibile un ricorso diretto a far accertare la violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, quando il ricorrente è venuto a conoscenza della violazione dopo la formale comunicazione degli estremi del provvedimento di aggiudicazione definitiva, per la condotta tenuta dall'Amministrazione aggiudicatrice” [Tar Puglia – Bari, sez. I, 25 marzo 2013 n. 427].

La plenaria, con la decisione **20 maggio 2013 n. 14** non si è pronunciata su tale questione sulla base di due rilievi:

in primo luogo, i motivi di merito sono stati ritenuti infondati, e tale circostanza, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, produce l'assorbimento dei motivi di rito, salvo che sia dedotto il difetto di giurisdizione;

in secondo luogo, sebbene, ai sensi dell'art. 99, c. 5, c.p.a. l'Adunanza Plenaria possa enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche in caso di ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, il Collegio, nella specie, non ritiene di avvalersi della detta facoltà.

Nelle more del giudizio, infatti, con ordinanza 23 marzo 2013 n. 427, il Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, Sezione di Bari, ha rimesso alla Corte di Giustizia delle C.E, i seguenti quesiti interpretativi ai sensi dell'art. 267 del Trattato istitutivo:

A) “Se gli artt. 1, 2-bis, 2-quater e 2-septies della direttiva 1992/13/CEE vadano interpretati nel senso che il termine per proporre un ricorso, diretto a far accertare la violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, decorra dalla data in cui il ricorrente ha conosciuto, o avrebbe dovuto conoscere secondo l'ordinaria diligenza, l'esistenza della violazione stessa”;

B) “Se gli artt. 1, 2-bis, 2-quater e 2-septies della direttiva 1992/13/CEE ostano a disposizioni processuali nazionali ovvero a prassi interpretative, quali quelle enunciate nella causa principale, che consentono al giudice di dichiarare irricevibile un ricorso diretto a far accertare la violazione della normativa in

materia di aggiudicazione di appalti pubblici, quando il ricorrente è venuto a conoscenza della violazione dopo la formale comunicazione degli estremi del provvedimento di aggiudicazione definitiva, per la condotta tenuta dall'Amministrazione aggiudicatrice.

E' agevole constatare che le questioni proposte dal TAR Puglia si sovrappongono a quelle sollevate dall'ordinanza di rimessione e, e pertanto secondo la Plenaria appare inopportuna l'enunciazione di un punto di diritto su problematica coinvolgente fonti comunitarie mentre è atteso il *dictum* della Corte competente ad enunciare l'interpretazione autentica e vincolante.

Nel merito, la plenaria si è occupata della "indicazione a cascata" dell'esecutore dei lavori in caso di concorrente che abbia la qualità di consorzio, fornendo una esegesi dell'art. 37, c. 7, codice appalti.

Si pone infatti il problema della legittimità della designazione di secondo grado, o "a cascata", che si verifichi quando alla gara per l'affidamento di lavori pubblici partecipi un consorzio tra società cooperative di produzione e lavoro costituito a norma della l. 25 giugno 1909 n. 422; ciò quando nella gara accade che la società consorziata indicata per l'esecuzione dei lavori dal consorzio aggiudicatario, anziché provvedervi direttamente, affidi le opere ad un diverso imprenditore non consorziato né legato al consorzio da alcun diverso rapporto.

La plenaria ha aderito alla tesi giurisprudenziale (Cons. St., sez. VI, 22 giugno 2007 n. 3477) che afferma la non conformità alla legge della designazione di secondo grado, rilevando che l'art. 37, c. 7, codice appalti, al fine di salvaguardare una specifica categoria di imprese e di incentivare la mutualità, ha inteso assegnare rilievo funzionale solo al rapporto organico che lega il Consorzio concorrente alle imprese o altri consorzi in esso direttamente consorziati e che ne costituiscono, come detto, una sorta di *interna corporis* (sicché l'attività compiuta dai soggetti consorziati è imputata organicamente al Consorzio concorrente, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi); ma non anche al rapporto, di secondo grado, che finirebbe per collegare il Consorzio aggiudicatario ad un soggetto terzo (ancorché preventivamente designato, in sede di gara, dalla società chiamata ad eseguire i lavori dal Consorzio concorrente, poi risultato aggiudicatario), che con il primo ha solo un rapporto mediato dall'azione di un altro soggetto (che, tra l'altro, come si ripete, neppure risulta dotato, nella specie, almeno stando a quanto emerge dagli atti versati in giudizio, delle prescritte categorie d'iscrizione), associato a quello designato dall'aggiudicatario.

In tal modo il Consorzio aggiudicatario finirebbe per avvalersi, invero, dell'attività svolta da un soggetto terzo rispetto al medesimo e non da esso direttamente designato come esecutore dei lavori.

Di fatto, la potestà assegnata dal legislatore al Consorzio concorrente di designare, sulla base di un ordinario rapporto di fiducia, l'impresa - ad esso consorziata - quale materiale esecutrice delle opere verrebbe a trasferirsi sul soggetto a tal fine designato dal Consorzio concorrente; ciò che il legislatore non ha inteso consentire allorché ha eccezionalmente previsto che i Consorzi di cui si tratta indichino, nell'offerta, per quali loro consorziati essi concorrano e non ha, invece, esteso

anche ai soggetti (eventualmente costituiti in forma consortile) così designati di indicare, a loro volta, a cascata, i propri consorziati chiamati ad eseguire i lavori stessi.

Trattandosi, inoltre, di situazione eccezionale, non direttamente disciplinata dal legislatore, la stessa amministrazione, nel silenzio della norma, verrebbe a trovarsi in una situazione di obiettiva incertezza in merito all'esercizio delle proprie potestà operative nei confronti del soggetto beneficiario dell'affidamento di secondo grado di cui si tratta e, in particolare, in ordine alla verifica di sussistenza o meno, in capo ad essa impresa sub-designata, di tutti i requisiti di legge che legittimano l'applicabilità della disciplina speciale e di favore di cui si è detto.

Questa consente, in definitiva, al Consorzio concorrente ed aggiudicatario di avvalersi delle prestazioni di un'impresa cooperativa in esso associata e specificamente designata in sede di gara; e, in tal caso, l'impresa indicata può eseguire i lavori pur essendo priva, per le ragioni dianzi indicate, dei requisiti di qualificazione tecnica; ma non anche, a quest'ultima, di avvalersi di un'ulteriore impresa – a sua volta, in essa associata - altrimenti potendosi innescare un meccanismo di designazioni a catena destinato a beneficiare non (secondo la *ratio legis*) il Consorzio concorrente e le imprese cooperative in esso associate, ma, in ipotesi (come nel caso di specie) anche soggetti terzi, non concorrenti direttamente alla gara, né in questa puntualmente designati, *secundum legem*, dal concorrente risultato aggiudicatario, quali materiali esecutori dei lavori.

Ciò posto, la designazione della sub-affidataria cade ma non rende illegittima l'offerta del Consorzio, sicché designata per l'esecuzione dei lavori rimane la consorziata originariamente indicata dal Consorzio stesso.

25) 26) La plenaria n. 15/2013 e la plenaria n. 20/2013: la causa di esclusione delle violazioni gravi, definitivamente accertate, agli obblighi fiscali

Sono esclusi dalle gare di appalto coloro che hanno commesso violazioni definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse, secondo la legislazione italiana ovvero quella dello Stato in cui sono stabiliti (art. 38, c. 1, lett. g), codice appalti).

La causa di esclusione, fino alla novella recata dal d.l. n. 70/2011 non era circoscritta alle sole violazioni <<gravi>>, come è invece nel caso di violazione di norme giuslavoristiche o in materia di previdenza e assistenza.

Qualsivoglia violazione di norme fiscali, a prescindere dalla sua gravità, era dunque causa di esclusione obbligatoria.

Il d.l. n. 70/2011 nella lett. g) in commento aggiunge che le violazioni rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti, che sono causa di esclusione, sono quelle "gravi". Nel novellato c. 2 dell'art. 38 vengono individuati parametri normativi di determinazione della gravità, la cui valutazione resta pertanto sottratta alla discrezionalità delle stazioni appaltanti. In particolare, ai fini del c. 1, lett. g),

si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'art. 48-*bis*, c. 1 e 2-*bis*, d.P.R. 29 settembre 1973 n. 602.

Tale modifica è entrata in vigore il 14 maggio 2011, essendo stata introdotta dal d.l. e non toccata dalla l. di conversione.

Sono comunque causa di esclusione solo le violazioni <<definitivamente>> accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, sicché nel caso in cui la sanzione tributaria sia stata impugnata, mancando la definitività dell'accertamento, non vi è causa di esclusione dalla gara.

Solo con il d.l. n. 16/2012 conv. in l. n. 44/2012 è stata data una definizione normativa di "definitività" dell'accertamento, essendosi stabilito che "costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili".

Prima di tale novella, l'Autorità di vigilanza aveva ritenuto che la definitività dell'accertamento dell'irregolarità tributaria, conseguisse o a una decisione giurisdizionale o a un atto amministrativo di accertamento tributario non impugnato e divenuto incontestabile: il provvedimento di accertamento non definitivo perché ancora impugnabile non può comportare l'esclusione dall'appalto [Autorità di vigilanza, deliberazione 18 aprile 2007 n. 120 e precedenti deliberazioni 29 marzo 2007 n. 87 e 4 aprile 2007 n. 102].

Inoltre, l'Autorità ha espresso l'avviso, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, che non ricorre la predetta definitività nel caso in cui l'impresa si sia avvalsa di ricorsi giurisdizionali o amministrativi avverso atti di accertamento del debito o abbia usufruito di condono previdenziale o infine, abbia ottenuto una rateizzazione del debito [Autorità di vigilanza, deliberazione n. 28/2007].

Ai fini dell'esclusione, la definitività dell'accertamento deve sussistere al momento della presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione (per il certificato dei carichi pendenti risultanti al sistema informativo dell'anagrafe tributaria si veda la circolare n. 34/E dell'Agenzia delle Entrate del 25 maggio 2007).

Resta da risolvere, anche dopo il *ius superveniens* del 2012, la questione di diritto se, al fine della regolarità fiscale, entro il termine di presentazione dell'offerta o della domanda di qualificazione, sia sufficiente che sia stata presentata domanda di rateizzazione del debito fiscale, o che siano ancora pendenti i relativi termini, oppure occorre che il concorrente (alla gara di appalto, al procedimento di qualificazione) sia già stato ammesso al beneficio della rateizzazione.

Sul punto la giurisprudenza non è univoca e l'evoluzione del quadro normativo non è del tutto chiara.

La questione è stata pertanto rimessa all'esame della plenaria (da Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013 n. 766, ord.).

Questi gli argomenti dell'ordinanza di rimessione.

Solo con il d.l. n. 16/2012 conv. in l. n. 44/2012 (art. 1, c. 5) è stata data una definizione normativa di "definitività" dell'accertamento, essendosi stabilito che "costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili".

Inoltre, al c. 6 dell'art. 1 del citato decreto-legge, viene precisato che sono fatti salvi i comportamenti già adottati, alla data di entrata in vigore del decreto (2 marzo 2012), dalle stazioni appaltanti in coerenza con la disposizione di cui al c. 5 sopra riportata.

Prima della novella legislativa del 2012, si riteneva che la definitività dell'accertamento dell'irregolarità tributaria, conseguisse o a una decisione giurisdizionale o a un atto amministrativo di accertamento tributario non impugnato e divenuto incontestabile: il provvedimento di accertamento non definitivo perché ancora impugnabile non può comportare l'esclusione dall'appalto [Autorità di vigilanza, deliberazione 18 aprile 2007 n. 120 e precedenti deliberazioni 29 marzo 2007 n. 87 e 4 aprile 2007 n. 102].

Si era inoltre ritenuto che non ricorre la predetta **definitività** nel caso in cui l'impresa si sia avvalsa di ricorsi giurisdizionali o **amministrativi avverso atti** di accertamento del debito o abbia usufruito di condono previdenziale o infine, abbia "ottenuto" una rateizzazione del debito [Autorità di vigilanza, deliberazione n. 28/2007].

Sia l'Autorità di vigilanza che la giurisprudenza del Consiglio di Stato avevano ritenuto, prima della novella del 2012, che non basta l'istanza di rateizzazione presentata entro il termine di presentazione dell'offerta (o della domanda di qualificazione), ma occorre anche che sia stata accolta entro tale data.

In tal senso si è espressa l'Autorità con la determinazione n. 1 del 2010 e con la successiva n. 1 del 2012.

A sua volta la giurisprudenza del Consiglio di Stato fa riferimento a istanza di rateizzazione accolta entro il termine sopra indicato [Cons. St., sez. V, 28 settembre 2011 n. 5406].

Più nel dettaglio, si legge nella determinazione n. 1/2012 dell'Autorità di vigilanza: "A riguardo si ribadiscono le indicazioni fornite dall'Autorità nella determinazione n. 1/2010 e confermate dalla giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 18 novembre 2011, n. 6084), secondo cui non si intendono scaduti ed esigibili i debiti per i quali sia stato concordato un piano di rateazione ed il contribuente sia in regola con i relativi pagamenti, a condizione che il concorrente provi di aver beneficiato di tale misura entro il termine di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara ovvero di presentazione dell'offerta".

A sua volta la decisione n. 6084/2011 del Consiglio di Stato, invocata dalla determinazione n. 1/2012 afferma che l'accoglimento della istanza di rateizzazione deve in ogni caso precedere l'autodichiarazione circa il possesso della regolarità, perché non pare ammissibile una dichiarazione che attesti il possesso di un requisito in data futura, a maggior ragione se tale requisito dipende, non dalla presentazione dell'istanza, ma dall'accoglimento della stessa. E' quindi al momento dell'effettiva presentazione dell'offerta che l'impresa deve dichiarare la sua effettiva posizione nei confronti degli obblighi fiscali a nulla rilevando che tale situazione possa essere accertata e dimostrata solo in un momento successivo alla scadenza del termine, pur se con riferimento ad una data anteriore a tale scadenza. La

circostanza che dei debiti sia intervenuta una richiesta di rateizzazione non escluderebbe, anzi confermerebbe, il carattere della definitività del debito, proprio perché la rateizzazione implica la certezza dell'ammontare e dell'esistenza della pretesa erariale, la quale non può essere più contestata in sede giudiziale, e non è comunque pienamente certo il suo accoglimento prima della adozione del relativo atto, sicché la dichiarazione di non aver commesso infrazioni definitivamente accertate prima dell'effettivo accoglimento della domanda di rateizzazione suddetta deve ritenersi che non sia validamente proponibile.

Peraltro tale decisione non è chiarissima, facendo a volte riferimento, nella motivazione non al debito tributario ma al debito contributivo (per contributi previdenziali) che ricade sotto altra previsione dell'art. 38, codice (art. 38, c. 1, lett. i) e non art. 38, c. 1, lett. g), codice).

Tuttavia secondo altra giurisprudenza del Consiglio di Stato, non può essere considerata irregolare la posizione fiscale dell'impresa partecipante a gara pubblica qualora sia ancora pendente il termine di sessanta giorni per l'impugnazione della cartella esattoriale (o per l'adempimento) ovvero, qualora sia stata proposta impugnazione, non sia passata ancora in giudicato la pronuncia giurisdizionale [Cons. St., sez. V, 20 aprile 2010 n. 2213].

Inoltre la citata novella legislativa del 2012, come visto, stabilisce che “costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili”.

Inoltre, al c. 6 dell'art. 1 del citato decreto-legge, viene precisato che sono fatti salvi i comportamenti già adottati, alla data di entrata in vigore del decreto (2 marzo 2012), dalle stazioni appaltanti in coerenza con la disposizione di cui al c.5 sopra riportata; secondo la determinazione dell'Autorità di vigilanza n. 1/2012 “il c.6 conferisce carattere retroattivo alla disposizione di cui al comma 5”.

Si potrebbe anche ritenere che se la cartella esattoriale assegna un termine per il pagamento, fino alla scadenza di tale termine il debito non può essere ritenuto definitivamente accertato, né scaduto né esigibile, sicché, se alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, o dell'offerta, o dell'istanza di qualificazione, il termine assegnato per pagare il debito tributario è ancora in corso, non sembrerebbe potersi ritenere sussistente una violazione definitivamente accertata.

Tale interpretazione, valevole anche per il passato, sembra suffragata dal *ius superveniens* e cioè dalla citata novella del 2012, che fa riferimento a debiti tributari scaduti ed esigibili.

Il riferimento a debiti “scaduti ed esigibili” sembrerebbe da interpretare nel senso che se la cartella esattoriale non è scaduta, il debito non è scaduto ed esigibile, ed è pertanto corretta una dichiarazione di non aver commesso violazioni tributarie gravi definitivamente accertate.

Però questa interpretazione non sembra l'unica plausibile, atteso che la cartella esattoriale ingiunge il pagamento di un debito già insorto ed esigibile, e solo se l'istanza di rateizzazione viene accolta il debito viene differito e dunque non è esigibile immediatamente per intero; sicché, si potrebbe pensare che la novella

legislativa non innova il pregresso orientamento giurisprudenziale secondo cui entro il termine di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione, dell'offerta, dell'istanza di qualificazione, al fine della regolarità fiscale non basta che sia stata presentata istanza di rateizzazione, occorrendo anche l'accoglimento di essa.

Infine, si potrebbe anche ipotizzare una terza soluzione esegetica, in virtù della quale, se alla data di presentazione della domanda di partecipazione, dell'offerta, dell'istanza di qualificazione, è stata notificata al concorrente una cartella esattoriale di cui pendono i termini (di impugnazione, pagamento, di istanza di rateizzazione), l'impresa non può limitarsi a dichiarare di non avere violazioni gravi definitivamente accertate, ma deve dichiarare che è pendente cartella di pagamento, e che ha presentato impugnazione o istanza di rateizzazione, al fine di consentire alla stazione appaltante di verificare se l'istanza di rateizzazione venga accolta, e l'impugnazione respinta, alla data di aggiudicazione e stipulazione (momenti in cui comunque i requisiti di cui all'art. 38 codice appalti devono essere posseduti):

Si tratta poi di comprendere se la novella del 2012 abbia una portata retroattiva, come afferma la determinazione dell'Autorità di vigilanza n. 1/2012, atteso che l'art. 1, c. 6, del citato art. 1 del d.l. afferma che "sono fatti salvi i comportamenti già adottati, alla data di entrata in vigore del decreto (2 marzo 2012), dalle stazioni appaltanti in coerenza con la disposizione di cui al comma 5 sopra riportata".

Invero, non sembrerebbe trattarsi di portata retroattiva, ma piuttosto di sanatoria di condotte pregresse delle stazioni appaltanti, che siano coerenti con il *ius superveniens*, il che sembrerebbe l'esatto contrario di una portata retroattiva, perché se la norma fosse retroattiva, non ci sarebbe bisogno di una sanatoria espressa di condotte pregresse conformi al *ius superveniens*, per converso la sanatoria si impone se in passato la regola era diversa, ma la condotta della p.a., posta in essere in contrasto con la regola pregressa, è invece conforme al *ius superveniens* che però non è retroattivo.

D'altro canto, il *ius superveniens*, se sana condotte pregresse conformi al *ius superveniens*, certo non pone nel nulla condotte pregresse non conformi al *ius superveniens*. Sicché, per argomento *a contrario*, sembrerebbe che la regola pregressa è contraria a quella dettata dal *ius superveniens*.

La plenaria con la decisione **5 giugno 2013 n. 15** (Pres. Giovannini – Est. Caringella) ha osservato che sul concetto di "violazione definitivamente accertata", l'art. 38 citato è direttamente attuativo dell'articolo 45 della direttiva 2004/18, norma volta ad accertare la sussistenza dei presupposti di generale solvibilità dell'eventuale futuro contraente della pubblica amministrazione (Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2013, n. 1332).

L'attribuzione di un effetto rigidamente preclusivo all'inadempimento fiscale legislativamente qualificato risponde all'esigenza di temperare la tendenza dell'ordinamento ad ampliare la platea dei soggetti ammessi alle procedure di gara alla stregua del canone del *favor participationis* con la necessaria tutela dell'interesse del contraente pubblico ad evitare la stipulazione con soggetti gravati

da debiti tributari che incidono in modo significativo sull'affidabilità e sulla solidità finanziaria degli stessi.

Si tratta, allora, di stabilire se, ai fini dell'integrazione del requisito della regolarità fiscale di cui all'art. 38 cit., sia sufficiente che, entro il termine di presentazione dell'offerta, sia stata presentata da parte del concorrente istanza di rateazione del debito tributario oppure occorra che il relativo procedimento si sia concluso con un provvedimento favorevole.

La plenaria sposa la tesi più rigorosa secondo cui, ai fini della regolarizzazione della posizione fiscale, sia necessaria la positiva definizione del procedimento di rateazione con l'accoglimento dell'istanza del contribuente prima del decorso del termine fissato dalla *lex specialis* per la presentazione della domanda di partecipazione.

La giurisprudenza comunitaria (cfr. Corte giust. CE, Sez. I, 09 febbraio 2007, n. 228/04 e 226/04) e quella nazionale (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2013 n. 1633; sez. III, 5 marzo 2013 n. 1332; sez. VI, 29 gennaio 2013 n. 531; sez. V, 18 novembre 2011 n. 6084), al pari dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (cfr. determinazione 16 maggio 2012, n. 1; determinazione 12 gennaio 2010, n. 1; parere 12 febbraio 2009, n. 23; deliberazione 18 aprile 2007, n. 120), hanno anche di recente ribadito, sulla scorta di argomentazioni suscettibili di condivisione, l'adesione alla tesi più rigorosa secondo cui il requisito della regolarità fiscale può dirsi sussistente solo qualora, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, l'istanza di rateizzazione sia stata accolta con l'adozione del relativo provvedimento costitutivo.

Si è a tale stregua subordinata l'ammissione alla procedura alla condizione che "l'istanza di rateizzazione sia stata accolta prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara e preceda l'autodichiarazione circa il possesso della regolarità, essendo inammissibile una dichiarazione che attesti il possesso di un requisito in data futura" (Cons. Stato sez. VI n. 531/2013 cit.; vedi anche, *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 18 novembre 2011, n. 6084, che mette l'accento sulle condizioni di ammissione date dall'"ottenimento della rateizzazione" o dalla "dimostrazione di aver beneficiato di un concordato al fine di una rateizzazione o di una riduzione dei debiti").

La bontà della tesi sposata dalla giurisprudenza pressoché univoca di questo Consiglio trova riscontro nella conformazione nella disciplina dell'istituto della rateizzazione fiscale ex art. 19 del d.P.R. n. 602/1973.

Sul piano teleologico la rateizzazione del debito tributario è espressione del favore legislativo verso i contribuenti in temporanea difficoltà economica, ai quali viene offerta la possibilità di regolarizzare la propria posizione tributaria senza incorrere nel rischio di insolvenza. Pertanto, condizione per la concessione del beneficio è la dimostrazione dell'obiettiva situazione di temporanea difficoltà in cui versa il debitore impossibilitato a pagare in un'unica soluzione il debito iscritto a ruolo e, tuttavia, in grado di sopportare l'onere finanziario derivante dalla ripartizione dello

stesso debito in un numero di rate congruo rispetto alle sue condizioni patrimoniali.

Sul versante tecnico la rateizzazione si traduce in un beneficio che, una volta accordato, comporta la sostituzione del debito originario con uno diverso, secondo un meccanismo di stampo estintivo-costitutivo che dà la stura a una novazione dell'obbligazione originaria (cfr. Cons. St., Sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633).

L'ammissione alla rateizzazione, rimodulando la scadenza dei debiti tributari e differendone l'esigibilità, implica quindi la sostituzione dell'originaria obbligazione a seguito dell'insorgenza di un nuovo rapporto obbligatorio secondo i canoni della novazione oggettiva di cui agli artt. 1230 e seguenti del codice civile.

Il risultato è la nascita di una nuova obbligazione tributaria, caratterizzata da un preciso piano di ammortamento e soggetta a una specifica disciplina per il caso di mancato pagamento delle rate.

La configurazione del meccanismo novativo fa sì che, nell'arco di tempo che precede l'accoglimento della domanda, resta in vita il debito originario, la cui esistenza è ammessa dallo stesso contribuente con la presentazione della domanda di dilazione del pagamento delle somme iscritte a ruolo.

Il debito che grava sul contribuente prima dell'accoglimento dell'istanza, in caso di istanza di rateizzazione non ancora accolta all'atto della scadenza dei termini di presentazione delle domande di partecipazione, è quindi unicamente quello originario, in quanto tale certo (tanto nella sua esistenza quanto nel suo ammontare), scaduto ed esigibile nei sensi richiesti dal comma 2 dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici.

A sostegno dell'assunto depone viepiù la considerazione che l'art. 19 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, nel regolamentare l'istituto della dilazione del pagamento, al comma 1-quater, pone quale unico limite all'attività forzosa dell'agente della riscossione, una volta ricevuta la richiesta di rateazione, l'inibizione all'iscrizione di ipoteca ex art. 77. Ne deriva che, salva questa specifica prescrizione di favore a tutela del debitore richiedente, la presentazione dell'istanza non incide ex se sull'esigibilità del credito originario e sulla conseguente possibilità per il creditore pubblico di dare impulso alle procedure finalizzate alla relativa riscossione *in executivis*.

Va aggiunto che l'inidoneità della mera presentazione dell'istanza di dilazione a soddisfare il requisito della regolarità contributiva è corroborata dalla considerazione che l'ammissione alla rateazione non costituisce, di norma (fa eccezione l'art. 38 del d.lgs. 31 ottobre 1990 n. 346, relativo all'imposta di successione), atto dovuto, in quanto l'art. 19 del d.P.R. n. 602/1973 conferisce all'Amministrazione il potere discrezionale di valutare quell'"obiettivo difficoltà economica" che si è in precedenza visto essere presupposto per la concessione del beneficio. Ne deriva che l'ammissione alla procedura del concorrente che non abbia ancora ottenuto il provvedimento favorevole, oltre a sancire una deroga atipica al principio secondo cui i requisiti di partecipazione alle gare vanno verificati al momento della scadenza dei termini fissati per la presentazione delle domande, innesterebbe nello svolgimento della procedura di evidenza pubblica il

fattore di incertezza legato all'accertamento di un requisito in fieri, collegato alla variabile della valutazione discrezionale dell'amministrazione tributaria.

Tali considerazioni, secondo la plenaria, ostano alla praticabilità anche della tesi mediana secondo cui l'istante che abbia presentato richiesta di rateazione dovrebbe essere ammesso a condizione del conseguimento del beneficio nel corso della procedura di gara.

A sostegno della soluzione in esame non può, infatti, militare in modo decisivo la valorizzazione del principio del *favor participationis*, in quanto la preferenza per un ampliamento del novero dei partecipanti non è un valore assoluto ma deve essere ricondotta nel suo alveo naturale, dato dalla sua funzione di strumento volto al conseguimento dell'obiettivo di assicurare la scelta del miglior contraente in una gara celere e trasparente alla stregua del codice dei contratti pubblici.

Il *favor admissionis* non può pertanto giustificare l'ammissione di un contraente, sprovvisto al momento della domanda del requisito della regolarità tributaria, in forza di una riserva il cui scioglimento sarebbe caratterizzato da profili di aleatorietà sia sul piano dell'anzichè sul versante del quando.

Il principio della certezza del quadro delle regole e dei tempi della procedura di evidenza pubblica impone, infatti, che i requisiti di partecipazione siano verificati in modo compiuto al momento della scadenza dei termini di presentazione delle domande e impedisce un'ammissione condizionata che si rifletterebbe negativamente sui valori dell'efficienza e della tempestività dell'azione amministrativa, subordinando l'aggiudicazione e la successiva stipulazione a fattori caratterizzati dagli esposti profili di imponderabilità.

L'adesione all'orientamento più rigoroso non è scalfito, ai fini che in questa sede rilevano, dalla citata novella normativa secondo cui "costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili" (art. 1, comma 5, del decreto legge n. 16/2012).

Si è già osservato in precedenza che la presentazione di un'istanza di ripartizione del debito in rate, dando la stura ad un meccanismo volto alla produzione di un fenomeno novativo, non incide, alla luce della disciplina tributaria e della normativa civilistica, sulla sussistenza dei suddetti requisiti del credito nelle more della definizione della procedura.

Detto assunto è confermato dal tenore dei lavori preparatori.

In particolare, dall'esame della relazione tecnica (A.S. 3184) di accompagnamento al d.l. sulle semplificazioni fiscali si ricava come l'intenzione del legislatore fosse quella di intendere non scaduti ed esigibili i debiti per i quali sia stato "concordato un piano di rateazione" rispetto al quale il contribuente è in regola con i pagamenti. Di tenore ancor più inequivocabile è la scheda di lettura (n. 625/4) redatta dall'Ufficio Studi della Camera dei Deputati in data 15 giugno 2012 in cui si afferma che i commi 5 e 6 sono volti a non escludere dalle gare pubbliche il contribuente "ammesso alla rateizzazione" del proprio debito tributario.

È pertanto chiara la volontà di considerare in regola con il fisco unicamente il contribuente cui sia stata accordata la rateizzazione e la conferma del principio

secondo cui la mera presentazione dell'istanza di rateazione o dilazione non rileva ai fini della dimostrazione del requisito della regolarità fiscale.

Non può infine essere valorizzato, in senso contrario alla tesi rigorosa fin qui esposta, l'argomento secondo cui sarebbe iniquo che la tardiva definizione della procedura finalizzata alla concessione della rateazione o della dilazione si riflettesse negativamente sulla sfera giuridica dell'istante, sub specie di esclusione dalla procedura di evidenza pubblica regolate dal codice dei contratti pubblici. Si deve infatti osservare, in direzione opposta, che l'inibizione legale trova fondamento nella condizione di illiceità fiscale imputabile al concorrente e che il beneficio della rateazione è previsto da una normativa eccezionale i cui effetti favorevoli non possono superare i confini delle espresse previsioni legislative, riflettendosi nell'ammissione alla gara di un soggetto gravato da un debito tributario liquido, scaduto ed esigibile.

In conclusione, non è ammissibile la partecipazione alla procedura di gara, ex art. 38, comma 1, lett. g, del codice dei contratti pubblici, del soggetto che, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, non abbia conseguito il provvedimento di accoglimento dell'istanza di rateizzazione.

La stessa questione è stata inoltre rimessa alla plenaria da **Cons. St., sez. V, 15 aprile 2013 n. 2031**, Pres. Pajno – Est. Atzeni, ord., che oltre a fare propri gli argomenti dell'ordinanza di rimessione della VI, aggiunge:

a) in giurisprudenza (Cons. St., sez. V, 19 giugno 2012 n. 3556; Id., sez. III, 3 agosto 2012 n. 4424) sono stati sollevati dubbi sulla effettiva estensione del principio secondo il quale l'ammissione del contribuente alla rateazione del pagamento comporta la regolarità della sua posizione retributiva; è stato infatti rilevato che da un lato si colloca la posizione di quanti di fronte ad una difficoltà finanziaria chiedono di essere ammessi a dilazionare il pagamento e dall'altra quella di chi avendo evaso un'imposta ottenga di poter pagare ratealmente il dovuto, osservando come a voler premiare quest'ultima posizione verrebbe privilegiato chi pur essendo evasore fiscale – tanto che gli vengono applicate le relative sanzioni - ottiene di poterla pagare in termini temporali più favorevoli rispetto a quelli imposti ai contribuenti diligenti.

b) L'ammissione alla rateazione non costituisce, di norma (fa eccezione l'art. 38 d.lgs. 31 ottobre 1990 n. 346, relativo all'imposta di successione), atto dovuto, in quanto l'art. 19 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, conferisce all'Amministrazione la discrezionalità di valutare "l'obiettiva difficoltà economica", determinante per l'eventuale concessione della rateazione di somme iscritte a ruolo.

Tale osservazione fa propendere, ad avviso di questa seconda ordinanza di rimessione, per la soluzione più rigorosa, affermando quindi che anche nell'ipotesi in cui l'ammissione a rateazione possa essere presa in considerazione per affermare la regolarità contributiva ai sensi dell'art. 38 codice appalti questa rilevi solo ove il relativo procedimento si sia concluso accogliendo l'istanza del contribuente prima del termine per la presentazione della domanda di partecipazione – in questo caso – alla gara di appalto.

Con la pronuncia **20 agosto 2013 n. 20** (Pres. Virgilio – Est. Caringella) la plenaria ribadisce tal quali i principi espressi dalla plenaria n. 15/2013, al cui commento si rinvia.

27) La plenaria n. 19/2013: le norme applicabili alle concessioni di servizi
Dopo la plenaria n. 13/2013, la plenaria **6 agosto 2013 n. 19** (pres. Giovannini – Est. Branca) (ordinanza di rimessione sez. VI, 8 maggio 2013 n. 2493) fa due ulteriori puntualizzazioni sulla disciplina applicabile alle concessioni di servizi.

In primo luogo, la plenaria afferma che il valore della concessione, su cui commisurare l'importo della garanzia di cui all'art. 75, codice appalti, è l'intero valore del rapporto, affinché sia assicurata la copertura del rischio di mancata formalizzazione dell'accordo (come di successiva non corretta gestione del servizio), e non solo l'utile per il concessionario.

In secondo luogo, afferma che se è ben vero che l'art. 30, c. 3, codice appalti, prescrive che la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità; e tuttavia, come chiarito dall'adunanza plenaria con la sentenza n. 13 del 2013, non potrebbe sostenersi, a norma del ricordato comma 1, l'applicabilità di tutte le disposizioni del codice, in quanto tutte le norme di dettaglio costituiscono una più o meno immediata applicazione di principi generali.

L'applicabilità delle disposizioni legislative specifiche, di per sé estranee alla concessione di servizi, è predicabile quando esse trovino la propria ratio immediata nei suddetti principi, sia pure modulati al servizio di esigenze più particolari, ma sempre configurandosi come estrinsecazioni essenziali dei principi medesimi.

Tale carattere non può essere attribuito all'art. 69 codice appalti, se inteso come volto a comminare l'illegittimità di una condizione particolare di esecuzione, attinente ad esigenze sociali, perché non prevista nel bando ma nella lettera di invito.

In realtà la norma è destinata a salvaguardare il principio, questo certamente non eludibile, e che il concorrente sia messo in condizione di conoscere, prima della presentazione dell'offerta, quali oneri assume con la partecipazione alla gara.

28) La plenaria n. 23/2013: gli obblighi di dichiarazione ex art. 38 codice appalti a carico di procuratori diversi dagli amministratori con poteri di rappresentanza

Vi è un annoso contrasto di giurisprudenza circa l'applicabilità o meno degli obblighi di dichiarazione ai sensi dell'art. 38, c. 1, lett. b) e c), codice appalti, oltre che agli amministratori, anche ai procuratori dei concorrenti, in particolare quanto ai procuratori speciali.

La questione è stata rimessa alla plenaria nei seguenti termini:

“Deve essere deferita all’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, stante il contrasto giurisprudenziale in atto, la questione se l’onere di presentazione della dichiarazione di cui all’art. 38, comma 1, lett. b) e c) del codice dei contratti sussista anche per i procuratori speciali, quantomeno ogniqualvolta ricorrano poteri rappresentativi e decisionali che li pongano in una posizione assimilabile a quella di un amministratore di fatto, o, invece, valga solamente per gli amministratori delle società muniti di poteri di rappresentanza e per i direttori tecnici” (Cons. St., sez. V, 9 aprile 2013 n. 1943, ord.).

Si ricordano i termini della questione e le tesi sinora seguite dalla giurisprudenza amministrativa.

Si registrano tre tesi, una sostanzialista, una formalista e una intermedia.

Secondo la **tesi sostanzialista** seguita dalla VI sezione e parte della V sezione del Consiglio di Stato, nel novero degli amministratori rientrerebbero i “soggetti che abbiano avuto un significativo ruolo decisionale e gestionale societario”, e “i procuratori” ai quali siano conferiti poteri di partecipare a pubblici appalti formulando le relative offerte [Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2007 n. 523], nonché colui che in qualità di procuratore *ad negotia*, abbia ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell’impresa e nel compimento di atti decisionali [Cons. St., sez. V, 9 marzo 2010 n. 1373; Id., sez. V, 21 febbraio 2011 n. 1078; Id., sez. IV, 1 aprile 2011 n. 2068; Id., sez. VI, 28 settembre 2012 n. 5150], trattandosi di poteri di rappresentanza di rilevanza sostanziale e di contenuto economico tali da giustificare l’assoggettamento all’obbligo di dichiarazione [Cons. St., sez. VI, 18 gennaio 2012 n. 178; Id., VI, 24 novembre 2009 n. 7380].

Secondo la **tesi intermedia** si impone una indagine casistica volta a verificare, al di là della qualifica formale, quale sia la posizione sostanziale del soggetto nell’impresa, includendo nel novero degli amministratori le persone che hanno il potere di impegnare la società verso i terzi, e dunque i procuratori *ad negotia* solo laddove, a prescindere dal *nomen*, l’estensione dei loro poteri induca a qualificarli come amministratori di fatto [Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2010 n. 7578]. Invero la locuzione usata dall’art. 38 codice di “amministratori muniti con potere di rappresentanza” impone che per i procuratori deve porsi il problema della verifica in concreto dei loro poteri [Cons. St., sez. IV, 3 dicembre 2010 n. 8535; Id., sez. III, 16 marzo 2012 n. 1471]; solo l’obbligo di dichiarazione sussiste ove i procuratori speciali risultino per statuto titolari di poteri gestionali generali e continuativi ricavabili dalla procura, non essendo invece sufficiente il mero conferimento del potere di rappresentanza negoziale della società, ivi compresa la facoltà di partecipare a gare e stipulare i contratti con la pubblica amministrazione [Cons. St., sez. IV, 12 gennaio 2011 n. 134].

Secondo la **tesi formalista**, seguita in modo prevalente dalla V e III sez. del Consiglio di Stato, la sussistenza dell’obbligo di dichiarazione va circoscritta ai soli amministratori muniti di potere di rappresentanza e ai direttori tecnici, e non anche a tutti i procuratori della società, sia perché il c.c. distingue nettamente, nell’ambito delle società, tra amministratori e procuratori, sia perché l’art. 38, c. 1,

lett. c) in commento è disposizione di carattere eccezionale che non può essere estesa a soggetti diversi da quelli espressamente contemplati [Cons. St., sez. V, 25 gennaio 2011 n. 513; Id., 10 gennaio 2013 n. 95; Id., 17 maggio 2012 n. 2818; Id., 6 giugno 2012 n. 3340; Id., 23 maggio 2011 n. 3069; Tar Basilicata, sez. I, 22 aprile 2009 n. 131; Tar Liguria, sez. II, 11 luglio 2008 n. 1485].

Tanto in base alla considerazione che ai sensi dell'art. 2380-*bis* c.c., la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori e può essere concentrata in un unico soggetto (amministratore unico) o affidata a più persone, che sono i componenti del consiglio di amministrazione (in caso di scelta del sistema monistico *ex artt.* 2380 e 2409-*sexiesdecies* c.c.) o del consiglio di gestione (in caso di opzione in favore del sistema dualistico *ex artt.* 2380 e 2409-*octiesc.*c.): ad essi, o a taluni tra essi, spetta la rappresentanza istituzionale della società. A sua volta l'art. 38 codice richiede la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza (che può essere limitato per gli amministratori *ex art.* 2384, c. 2, c.c.) e non vi è alcuna possibilità per estendere l'applicabilità della disposizione a soggetti, quali i procuratori, che amministratori non sono.

Del resto, la previsione dell'art. 38, c. 1, lett. c) codice è norma che limita la partecipazione alle gare e la libertà di iniziativa economica delle imprese, essendo prescrittiva dei requisiti di partecipazione e che, in quanto tale, assume carattere eccezionale ed è, quindi, insuscettibile di applicazione analogica a situazioni diverse, quale è quella dei procuratori.

Peraltro, anche l'applicazione analogica sarebbe opinabile, in presenza di una radicale diversità della situazione dell'amministratore, cui spettano compiti gestionali e decisionali di indirizzi e scelte imprenditoriali e quella del procuratore, il quale, benché possa essere munito di poteri di rappresentanza, è soggetto dotato di limitati poteri rappresentativi e gestionali, ma non decisionali (nel senso che i poteri di gestione sono pur sempre circoscritti dalle direttive fornite dagli amministratori). Si deve, quindi, affermare che l'art. 38 codice - nell'individuare i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione - fa riferimento soltanto agli "amministratori muniti di potere di rappresentanza": ossia, ai soggetti che siano titolari di ampi e generali poteri di amministrazione, senza estendere l'obbligo ai procuratori. La soluzione accolta, oltre ad essere maggiormente rispondente al dato letterale del citato art. 38, evita che l'obbligo della dichiarazione possa dipendere da sottili distinzioni circa l'ampiezza dei poteri del procuratore, inidonee a garantire la certezza del diritto sotto un profilo di estrema rilevanza per la libertà di iniziativa economica delle imprese, costituito dalla possibilità di partecipare ai pubblici appalti. L'interpretazione imperniata dunque sulla stretta nozione tecnica di "amministratore", tanto più si raccomanda in presenza di aziende dotate di una organizzazione capillarmente articolata sul territorio [Cons. St., sez. V, 21 novembre 2011 n. 6136; Id., 21 ottobre 2011 n. 5638; Id., 24 marzo 2011 n. 1782]. In tale prospettiva si è in modo inequivoco osservato che i procuratori *ad negotia* sebbene possano avere poteri di rappresentanza societaria non sono amministratori "e ciò a prescindere dall'esame dei poteri ad essi assegnati" [Cons. St., sez. III, 21 dicembre 2011 n. 6777] e dalla relativa ampiezza, perché al fine dell'obbligo di

dichiarazione occorre la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza [Cons. St., sez. V, 29 febbraio 2012 n. 1186].

L'ordinanza di rimessione **Cons. St., sez. V, 9 aprile 2013 n. 1943**, oltre a riportare in rassegna i contrastanti orientamenti giurisprudenziali, muove motivate critiche alla tesi sostanzialista.

Osserva che l'indirizzo sostanzialistico, con l'indicazione della necessità della dichiarazione in parola riservata ai soli procuratori dotati di poteri rappresentativi rilevanti, farebbe emergere situazioni di dubbia legalità altrimenti rimaste dietro le quinte, ma porterebbe anche ad una soggettivistica indagine del "caso per caso" sulla rilevanza dei poteri, dovendosi al contrario giungere a quanto sopra richiamato, cioè ad un'exasperante estensione degli oneri di dichiarazione.

Effettivamente la giurisprudenza civile e penale hanno individuato la figura dell'amministratore di fatto ai fini della configurabilità delle responsabilità civile e penale, quest'ultima ora alla stregua dell'art. 2639, c. 1 c.c.: "Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione".

Va rilevato peraltro che giurisprudenza e dottrina non dubitano che l'elemento che fa di un procuratore *ad negotia* un amministratore di fatto è la "non subordinazione" del soggetto agente agli organi formali (cfr. App. Milano, 4 maggio 2001).

L'accertamento della qualità di amministratore di fatto è quindi un accertamento di fatto, che presuppone non soltanto l'esercizio effettivo di determinati poteri gestori da parte del procuratore *ad negotia*, ma anche l'esercizio degli stessi in posizione "non subordinata" rispetto agli amministratori.

Un accertamento che presuppone l'esame di una pluralità di atti societari, possibile in sede di giudizio civile o penale, ma che non si comprende come possa trovare spazio in sede di procedimento di gara, improntato ai principi della rapidità e della concentrazione.

Un accertamento di fatto così complesso e così opinabile come quello che dovrebbero compiere le stazioni appaltanti e i giudici amministrativi in ordine all'ampiezza dei poteri dei procuratori *ad negotia* e alla posizione subordinata o meno degli stessi rispetto agli amministratori determinerebbe una grave incertezza giuridica nelle imprese e nella giurisprudenza, con l'adozione di criteri di giudizio difformi da caso a caso.

La plenaria **16 ottobre 2013 n. 23** (pres. Giovannini – Est. Polito) muove da una duplice premessa:

a) i principi enunciati dall'art. 1 l. n. 241/1990 di trasparenza, e cioè con riguardo al caso di specie, di chiarezza ex ante degli oneri adempitivi del privato, nonché di efficacia, postulano scelte provvedimenti garantiti, su un piano di effettività, del *favor participationis* al concorso, con prevenzione di reprimende occulte del diritto di accesso alle pubbliche gare;

b) il principio di proporzionalità di matrice comunitaria (avuto riguardo alle conseguenze espulsive che seguono alla verifica di segno negativo dei requisiti di ammissione alla gara) induce a ripudiare una scelta interpretativa dell'art. 38 c. 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, disancorata da margini di certezza.

Fatte tali premesse, la plenaria afferma che:

a) con la locuzione di “amministratori muniti del potere di rappresentanza” l'art. 38 lett. c) ha inteso riferirsi ad un'individuata cerchia di persone fisiche che, in base alla disciplina del codice civile e dello statuto sociale, sono abilitate ad agire per l'attuazione degli scopi societari e che, proprio in tale veste qualificano in via ordinaria, quanto ai requisiti di moralità e di affidabilità, l'intera compagine sociale;

b) in diverso modo si atteggia la posizione del procuratore *ad negotia*

Questa figura è eventuale e non necessaria nell'assetto istituzionale delle società di capitali. Elemento differenziale fra gli amministratori ed i procuratori ad negotia è che ai primi è, di norma, affidata l'attività gestoria dell'impresa con potere di rappresentanza generale, mentre i secondi, oltre a derivare il proprio potere dalla volontà (di regola) degli amministratori, operano di massima nell'interesse societario per oggetto limitato e soggiacciono al controllo di chi ha conferito la procura.

Nella modulazione degli assetti societari la prassi mostra tuttavia l'emersione, in talune ipotesi, di figure di procuratori muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad una pluralità di oggetti così che, per sommatoria, possano configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori. Anche in questo caso, come sottolineato nella stessa ordinanza di remissione, si pone l'esigenza di evitare, nell'ottica garantista dell'art. 38, comma 1, lett. c), che l'amministrazione contratti con persone giuridiche governate in sostanza, per scelte organizzative interne, da persone fisiche sprovviste dei necessari requisiti di onorabilità ed affidabilità morale e professionale, che si giovino dello schermo di chi per statuto riveste la qualifica formale di amministratore con potere di rappresentanza.

A ben vedere, in altre parole, in tal caso il procuratore speciale finisce col rientrare a pieno titolo nella figura cui si richiama l'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, poiché da un lato si connota come amministratore di fatto ai sensi dell'art. 2639, comma 1, cod. civ. e, d'altro lato, in forza della procura rilasciatagli, assomma in sé anche il ruolo di rappresentante della società, sia pure eventualmente solo per una serie determinata di atti.

Detta conclusione non è smentita dall'art. 45 della direttiva CE 2004/18, il quale anzi, facendo riferimento, come già innanzi riportato, a “qualsiasi persona” che “eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo” dell'impresa, sembra mirare, conformemente del resto all'orientamento generale del diritto dell'Unione, ad una interpretazione sostanzialista della figura.

Tuttavia, in aderenza a quanto affermato dalla Adunanza plenaria con sentenza n. 10 del 2012 a proposito delle fattispecie relative alla cessione di azienda o di ramo di azienda, stante la non univocità della norma circa l'onere dichiarativo

dell'impresa nelle ipotesi in esame (cui va aggiunta, per il passato, l'incertezza degli indirizzi giurisprudenziali) deve intendersi che, qualora la *lex specialis* non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione ex art. 38 cit., ma soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione.

29) La plenaria n. 24/2013: la nozione di socio di maggioranza ai fini dei requisiti morali ex art. 38 codice appalti

Il Cons. giust. amm. sic., con sentenza parziale e ordinanza 17 giugno 2013 n. 590 ha rimesso alla plenaria una questione di interpretazione in ordine alla nozione di "socio di maggioranza" nelle società di capitali con meno di quattro soci, ai fini delle dichiarazioni da rendere ai sensi dell'art. 38 codice appalti.

Osserva l'ordinanza di rimessione che il concetto di maggioranza "indefettibilmente implica la possibilità di una quantificazione" dovendosi perciò ritenere che "il legislatore abbia voluto alludere a una "maggioranza di diritto" (differentemente dalla nozione di controllo che può anche non essere "di diritto"), ossia a una "maggioranza di azioni", nelle società con capitale suddiviso in azioni, e a una "maggioranza di quote", nelle società con capitale suddiviso in quote."

In questo quadro il dubbio interpretativo sorge poiché non è chiarito nella norma se tale maggioranza sia quella "assoluta" (partecipazione comunque superiore al 50% del capitale sociale) ovvero quella "relativa".

Considerato che la norma prevede espressamente l'obbligo del socio unico di rendere le previste dichiarazioni e che esclude dall'obbligo il socio di maggioranza di società con quattro o più soci, i problemi applicativi emergono quando i soci siano due o tre (nessuno dei quali disponga di una partecipazione superiore al 50%).

Nell'ordinanza si indica quindi che due casi peculiari, rilevanti nell'ipotesi di interpretazione della maggioranza come "relativa", sono quelli:

- a) dei due soci aventi ciascuno una partecipazione esattamente pari al 50% del capitale;
- b) dei tre soci aventi una partecipazione pressoché identica e pari al 33% "e in cui, tuttavia, uno solo dei soci abbia una partecipazione – nel caso della società a responsabilità limitata, per intuitive esigenze matematiche (non essendo possibile attribuire a una quota una consistenza pari a un numero periodico) – di pochissimo superiore al 33% (*exempli gratia*, un'azione in più nella s.p.a. o un decimale di quota in più nella s.r.l.)".

L'ordinanza di rimessione propende per la tesi per cui l'espressione "socio di maggioranza" deve intendersi nel senso di "socio titolare di azioni e quote in misura superiore al 50%" poiché, in sintesi:

- scopo della normativa è impedire l'illecita interferenza, nella gestione delle imprese partecipanti alle gare o esecutrici degli appalti, di soggetti connessi con sodalizi criminali aventi un effettivo potere giuridico di condizionamento dell'attività dell'impresa;

- nelle società di capitali composte da due o tre soci (assimilabili, per tale ristretto numero di soci, alle società di persone, alle quali soltanto l'obbligo dichiarativo era imposto fino al 13 maggio 2011) tale autonomo potere di condizionamento è esercitabile soltanto dal socio titolare di più del 50% del capitale poiché, nel caso di due soci al 50%, ciascuno ha soltanto un potere negativo, di veto, ma non di controllo sulla società, e, se i soci sono tre ciascuno con meno del 50%, nessuno di essi può controllare da solo la società;

- questa interpretazione, consentita dalla lettera della norma, elimina le difficoltà applicative che altrimenti si porrebbero, è la più coerente con i valori costituzionali ed eurounitari di buon andamento dell'amministrazione, di proporzionalità e di massima partecipazione alle procedure di gara e di tutela dell'affidamento dei concorrenti, nonché con la ratio dell'art. 38 che è norma di stretta interpretazione, poiché limitativa della partecipazione alle gare, e da interpretare alla luce del principio di tipizzazione delle cause di esclusione introdotto in materia dal medesimo d.l. n. 70 del 2011.

Tuttavia anche altre tesi sono emerse nell'elaborazione giurisprudenziale e amministrativa:

- a) per una tesi, nel caso di due soci al 50% la dichiarazione deve essere fatta da entrambi poiché ciascuno può impedire scelte non concordate e permettere soltanto quelle che condivide, venendo richiamata per le s.r.l., a sostegno di questa interpretazione, la previsione dell'art. 2479-bis c.c. che, nel fissare i quorum costitutivi e deliberativi dell'assemblea in ogni caso non superiori alla "metà del capitale sociale", determina così un potere di condizionamento della gestione in capo al socio titolare della metà delle quote (Cons. St., sez. VI, 28 gennaio 2013 n. 513; in tal senso anche i pareri dell'A.V.C.P. n. 58 e n. 105 del 2012 in relazione anche ai soci titolari di un terzo della partecipazione);

- b) per un'altra tesi (affiorata nella giurisprudenza amministrativa siciliana di primo grado) assumono rilevanza le partecipazioni di maggioranza relativa (in particolare riguardo ai casi, più controversi, di partecipazione al 50 e al 33 per cento) quando la disciplina di gara preveda la misura espulsiva, dovendo allora la stazione appaltante chiedere alla concorrente, in sede di soccorso istruttorio, di fornire elementi per chiarire se sussista o meno il requisito non dichiarato.

Secondo la plenaria la soluzione del contrasto di giurisprudenza deve essere idonea:

- a realizzare lo scopo della normativa dell'art. 38 codice appalti che, attraverso l'obbligo delle dichiarazioni per "il socio di maggioranza", vuole garantire che le stazioni appaltanti possano verificare l'affidabilità morale delle società concorrenti con un ristretto numero di soci e che sussistano perciò i relativi requisiti in capo al socio che esercita un potere decisionale condizionante la gestione;

- ad assicurare l'osservanza del principio della tassatività e tipizzazione delle cause di esclusione, posto con l'art. 46, comma 1-bis codice appalti, evitando perciò che la nozione di "socio di maggioranza" sia possibilmente diversa a seconda della valutazione discrezionale delle stazioni appaltanti.

Secondo la plenaria 6 novembre 2013 n. 24 (pres. Giovannini – est. Meschino), le dichiarazioni richieste dall'art. 38, lettere b), c) ed m-ter codice appalti, devono essere rese da entrambi i soci partecipanti al 50% e, nel caso di tre soci, dal solo socio partecipante al 50%, per le ragioni di seguito esposte.

La plenaria enuncia il seguente principio di diritto:

“L’espressione “socio di maggioranza” di cui alle lett. b) e c) dell’art. 38, c. 1, d.lgs. n. 163/2006, e alla lett. m-ter) del medesimo comma, si intende riferita, oltre che al socio titolare di più del 50% del capitale sociale, anche ai due soci titolari ciascuno del 50% del capitale o, se i soci sono tre, al socio titolare del 50%.”.

La lettera della legge non è chiara non essendo completata l’espressione “socio di” con la precisazione del tipo di maggioranza richiamata, se assoluta o relativa, e risultando perciò giustificato il conseguente dubbio interpretativo.

Riguardo all’espressione letterale il riferimento al “socio” e non “ai soci” di maggioranza non è dirimente poiché “l’impiego del singolare non è decisivo, potendosi esso spiegare in funzione della portata dell’obbligo dichiarativo, che fa evidentemente capo al singolo esponente societario, non senza trascurare che la formulazione della norma non reca la specificazione che deve trattarsi di maggioranza assoluta” (Cons. St., sez. V, 30 agosto 2012 n. 4654).

Per risolvere il dubbio è quindi necessario basarsi sulla finalità della normativa che, come detto, è quella di assicurare che non partecipino alle gare, né stipulino contratti con le amministrazioni pubbliche, società di capitali con due o tre soci per le quali non siano attestati i previsti requisiti di idoneità morale in capo ai soci aventi un potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione della società; dovendosi accedere ad un’interpretazione teleologica delle disposizioni de qua che, senza fermarsi al dato meramente letterale, si armonizzi con la ratio specifica della normativa sugli appalti pubblici, per la quale è ostativo il mancato possesso dei requisiti morali da parte di soci idonei a influenzare, in termini decisivi e ineludibili, le decisioni societarie.

Un socio ha un tale potere quando per adottare le decisioni non si può prescindere dal suo apporto, assumendo di conseguenza questo potere efficacia determinante non soltanto in negativo, in funzione di veto, ma anche in positivo, in funzione di codeterminazione, poiché il socio che ha il potere di interdire l’adozione di una decisione è anche quello che deve concorrere perché sia adottata.

Questa situazione si riscontra nel caso di due soci al 50% poiché nessuna decisione può essere presa se uno dei due è contrario mentre entrambi devono concordare su ciascuna decisione.

Ciò rilevato risulterebbe contrastante con la ratio della normativa che nessuno dei due soci provveda alle dichiarazioni richieste dalla legge necessarie per il controllo dell’idoneità morale della società, pur potendo ciascuno dei due condizionare, da solo, le decisioni societarie, dovendosi quindi concludere che entrambi i soci devono rendere le dichiarazioni prescritte.

Nella situazione di una società con tre soci la conclusione è diversa a seconda che nessuno dei tre soci partecipi al 50% ovvero ve ne sia uno titolare di tale partecipazione.

Nel primo caso la percentuale della partecipazione di ciascun socio è variabile secondo le diverse situazioni concrete inclusa l'ipotesi che un socio sia titolare del 49% e gli altri due concorrano, con la propria partecipazione, a raggiungere il restante 51%.

Ne consegue che nessun socio ha potere determinante poiché ognuno può essere sostituito da uno degli altri due per raggiungere la maggioranza decisionale; ciascun socio può perciò concorrere ad adottare la decisione ma non è mai esclusivamente e sempre da solo determinante, poiché se uno dei tre soci è contrario a una decisione questa può essere comunque assunta per accordo tra gli altri due, potendo ogni socio accordarsi con ciascuno degli altri in quanto non costretto a consentire con uno solo di essi data la ripartizione del capitale sociale (cfr. anche Cons. St., sez. V, 25 luglio 2013 n. 3963).

Nessuno dei soci ha perciò l'obbligo delle dichiarazioni poiché nessuno esercita un potere decisionale condizionante in quanto imprescindibile, tale perciò da farne qualificare la relativa posizione sostanziale come quella di un socio di maggioranza; il concorso alle decisioni di volta in volta possibile da parte di ciascun socio non autorizza infatti la conclusione che ognuno di essi debba rendere le previste dichiarazioni, poiché la latitudine interpretativa consentita dalla norma, che comunque si riferisce al "socio di maggioranza", non è tale da giustificare l'obbligo delle dichiarazioni per il socio che non sia di maggioranza neanche nel significato sostanziale di cui si è detto.

Neppure varrebbe perciò, contro quanto esposto, affermare che ciascun socio sarebbe, in tesi, dotato di potere condizionante in quanto nessuno di essi concordi con nessun altro sulle decisioni da adottare, dovendosi ritenere che la normativa sia riferita all'ipotesi fisiologica della gestione attiva della società, che esiste per operare, come appunto provato dal riferimento al "socio di maggioranza", cioè a un soggetto in posizione tale da condizionare la gestione nell'adozione di scelte operative.

Il caso della società con tre soci in cui uno sia partecipante al 50%, variando le partecipazioni degli altri due a concorrenza del restante 50%, risulta diverso sulla base delle medesime considerazioni sinora svolte.

Il socio al 50% condiziona infatti, da solo, le decisioni sociali poiché in nessun caso possono essere adottate senza il suo consenso, che è quindi sempre necessario e imprescindibile mentre egli può accordarsi con l'uno o l'altro dei due restanti soci senza l'obbligo di farlo con uno solo di essi, nessuno dei quali esercita perciò un potere determinante.

Ne consegue che nel caso in esame obbligato a rendere le previste dichiarazioni è soltanto il socio al 50% in quanto titolare di potere condizionante le decisioni della società.

Queste conclusioni, idonee a risolvere i dubbi interpretativi originati dalla normativa in modo coerente con la sua ratio, risultano anche adeguate allo scopo di evitare margini di discrezionalità e incertezza nell'azione amministrativa (e quindi per i concorrenti alle gare), essendo individuati preventivamente i soci obbligati alle dichiarazioni -i due soci al 50% e, se i soci sono tre, il socio al 50%, poiché in

posizione determinante- oltre, pacificamente, il caso del socio che posseda la maggioranza economica del capitale (socio al più del 50%).

Esse appaiono anche coerenti con la normativa sulla tassatività e tipizzazione delle cause di esclusione. Infatti, da un lato, la mancata dichiarazione da parte dei soggetti sopra indicati si configura quale ragione di esclusione per “mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice appalti, ponendosi l’inadempimento in questione in contrasto con le dette prescrizioni secondo il loro fine sostanziale di salvaguardia delle garanzie di affidabilità dei contraenti, e, dall’altro, la precisazione di fattispecie certe preclude nell’applicazione della normativa l’individuazione di cause di esclusione non preordinate, in coerenza con la prescrizione della loro tipizzazione.

La certezza delle cause di esclusione non sarebbe conseguita se, nel caso di tre soci, fosse qualificato socio di maggioranza chi posseda la maggioranza relativa del capitale (da più del 33% a meno del 50%) poiché ritenuto, per ciò solo, capace di un’influenza dominante sulla società.

Considerato infatti che le restanti partecipazioni sociali non sono diffuse ma concentrate negli altri due soci, il cui accordo è quindi agevole, il socio di maggioranza relativa potrà prevenire, o condizionare, la maggioranza decisionale contraria soltanto se la sua posizione è rafforzata da ulteriori fattori di influenza, da riscontrare di volta in volta in concreto alla luce di specifiche statuizioni o accordi societari; sulla scorta perciò di valutazioni amministrative complesse e opinabili, tali da ingenerare margini di incertezza sull’operatività delle cause di esclusione: rischio questo che non si profila invece riguardo al socio al 50%, titolare effettivo, per quanto sopra detto, di una posizione di certo determinante apprezzabile sulla base di un dato oggettivo e incontrovertibile.

In riferimento specificamente alle s.r.l. le dette conclusioni risultano infine in linea con la nuova normativa posta con il d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 (riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative), e successive modifiche, che ha avvalorato l’elemento personale di tale tipo di società, rendendole le s.r.l. società a base personale con responsabilità limitata, e in cui è stabilito, per quanto qui più interessa, che l’assemblea dei soci è regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentano almeno “la metà del capitale sociale e delibera a maggioranza assoluta” (art. 2479, bis, c.c., comma terzo), con la conseguenza che “il titolare di tale porzione del capitale sociale è in grado di assumere tutte le decisioni necessarie per il funzionamento della società”.

30) La plenaria n. 29/2013: ancora sulla connessione tra atti degli appalti pubblici e competenza territoriale

La plenaria 20 novembre 2013 n. 29 (Pres. Giovannini – Est. Cacace) si è occupata di competenza per connessione con riferimento al caso specifico di competenza sull’atto amministrativo sopravvenuto in corso di giudizio, e impugnato con motivi aggiunti, in una fattispecie in cui, impugnata una informativa antimafia ostativa e la consequenziale risoluzione di un contratto di appalto, veniva con motivi aggiunti

impugnato il successivo mancato invito a gara di appalto, motivato dall'esistenza di tale informativa.

Ha ritenuto la plenaria che, in presenza di profili di connessione con il giudizio già instaurato, alla stregua dei principi della concentrazione e della pregiudizialità cronologica e logico-giuridica, debba affermarsi l'attrazione del ricorso per motivi aggiunti, con il quale sia impugnato un atto sopravvenuto nel corso del giudizio stesso, alla competenza cognitoria del T.A.R. già adito [Cons. St., ad. plen., 20 novembre 2013 n. 29].

In particolare, l'atto applicativo, o consequenziale, rientrando nella competenza di un determinato T.A.R. sulla base degli ordinari criteri di cui all'art. 13 c.p.a., risulterà attratto per connessione in quella del T.A.R. competente, sulla base degli stessi criteri, per l'atto presupposto già fatto oggetto di impugnazione; ciò salva l'ipotesi in cui l'atto sopravvenuto nel corso del giudizio sul primo rientri in una delle tipologie di competenza funzionale, di cui all'art. 14 c.p.a., la cui particolare valenza comporta l'inapplicabilità ad esse delle regole di spostamento per ragioni di connessione.

Né depone in senso contrario la disciplina di cui all'art. 13, c. 4-bis, c.p.a. (in base alla quale la competenza territoriale in ordine all'atto "da cui deriva l'interesse a ricorrere attrae a sé anche quella relativa agli atti presupposti"), che va riferita esclusivamente alle fattispecie di contestuale impugnazione dell'atto presupposto di carattere pregiudiziale (con esclusione, in ogni caso, come specificato dalla stessa disposizione, degli "atti normativi o generali") e dell'atto consequenziale; il che attiene di regola ai casi di atti presupposti non immediatamente lesivi e dunque non autonomamente impugnati, né impugnabili.

Dunque, in fattispecie di sopravvenuta impugnazione dell'atto connesso (o, meglio, di introduzione nel processo pendente di una nuova e più ampia azione, connessa alla prima esercitata), si deve ritenere che la competenza relativa all'atto applicativo impugnato con motivi aggiunti - che non sono configurabili come autonomo atto impugnatorio e non fanno le veci di un separato, secondo, ricorso - venga attratta da quella relativa ai provvedimenti presupposti originariamente impugnati, valendo così a vanificare la competenza territoriale del Giudice in ordine al primo ordinariamente competente sulla base dei criteri, di cui all'art. 13 c.p.a.

Conclusione, questa, che trova fondamento nei principi di economia dei giudizi e di razionalità del sistema processuale, senz'altro applicabili nella misura in cui determinano un ragionevole coordinamento tra i principi recati dagli artt. 13 e 43 c.p.a., peraltro nel solco del generale favor che il nuovo codice accorda al *simultaneus processus*; e che la concentrazione dei processi, nell'alternativa tra diverse competenze per territorio, sia tendenzialmente favorita a livello sistematico con l'attrazione alla causa principale, risulta evidente anche dal dato testuale dell'art. 42 c.p.a., il quale pure dispone, salvo che concorra un profilo di competenza funzionale, che la cognizione del ricorso incidentale è attribuita al giudice competente per quello principale.

Nel caso specifico, impugnate in via principale una informativa prefettizia ostativa e la risoluzione di un contratto in essere, con motivi aggiunti veniva impugnato il consequenziale mancato invito a altra gara di appalto. Osserva la plenaria che in siffatta ipotesi l'interesse del ricorso per motivi aggiunti va circoscritto al mancato invito a partecipare alla gara, sicché risultano palesi i profili di connessione delle diverse impugnative, tenuto conto del carattere sostanzialmente unitario della vicenda, in cui le ragioni del provvedimento da ultimo gravato (di reiezione dell'istanza della ricorrente volta alla rinnovazione della gara effettuata all'esito della estinzione sopravvenuta in corso di causa del precedente contratto in corso di esecuzione tra le due parti, con inclusione della stessa fra le ditte invitate) trovano corpo negli effetti delle pregresse statuizioni fatte oggetto del ricorso principale ed in particolare in quelli dell'informativa interdittiva prefettizia, così implicitamente ma chiaramente sottolineandosi il carattere di causa ostativa della informativa prefettizia anche riguardo alla partecipazione alla nuova gara attribuito dall'Amministrazione all'informativa prefettizia medesima; dall'altro la stessa Amministrazione resistente, nelle difese svolte in primo grado, richiama più volte, a giustificazione del mancato invito della ricorrente a detta gara, la pendenza a suo carico dell'interdittiva antimafia di cui si tratta.

Del resto in termini unitari si sostanzia lo stesso petitum mediato del giudizio, complessivamente inteso a garantire l'identico bene della vita, costituito, a seguito della perseguita ammissione alla nuova gara, dalla possibilità per la ricorrente di ricostruzione del rapporto contrattuale, prima risolto a seguito della sopravvenienza di detta informativa e poi risolto per la nuova, intervenuta, ipotesi di revoca.

Non è infine inutile considerare, secondo la plenaria, il vero e proprio rapporto di pregiudizialità giuridica, oltre che logica, che lega tra loro le due serie di impugnative che è testimoniato dal fatto che la verifica della permanenza dell'interesse a ricorrere in ciascuna di esse è condizionato dalla decisione dell'altra.

31) la Plenaria 7\2014: raggruppamento temporaneo di imprese ed i limiti di estensione della corrispondenza fra quote; esame prioritario del ricorso incidentale.

La Plenaria detta alcune indicazioni fondamentali in tema di gara nonché di carattere processuale.

Sotto il primo profilo, la norma di cui all'art. 37 d.lg. n. 163 del 2006, relativo ai raggruppamenti temporanei di imprese, viene intesa nel senso di prevedere un obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione delle prestazioni, senza che dalla stessa possa ritenersi imposto anche l'ulteriore parallelismo in modo congiunto fra quote di partecipazione, requisiti di qualificazione e quote di esecuzione.

Pertanto, ai sensi dei commi 4 e 13 dell'art. 37 cit., nella formulazione anteriore alla novella introdotta con il d.l. 6 luglio 2012 n. 95, le associazioni temporanee di imprese, anche costituenti, devono indicare, a pena di esclusione, anche nelle gare

per l'appalto di pubblici servizi o di forniture, le quote di partecipazione delle singole imprese associate e le parti del servizio o delle forniture che ogni singola impresa dovrà eseguire, ma nella gara pubblica indetta per la scelta di un concessionario di un pubblico servizio locale di rilievo economico e a domanda individuale (quale è una iniziativa di partenariato pubblico-privato per la realizzazione di un programma di housing sociale) l'omissione di detta dichiarazione non può comportare esclusione dalla procedura comparativa.

Sotto il secondo profilo, la Plenaria svolge una complessa ricostruzione dell'ordine di esame in caso di ricorso incidentale. In proposito, si ritiene che la necessità che il ricorso incidentale sia esaminato prima di quello principale, quando con esso sono denunciate carenze oggettive dell'offerta della impresa non aggiudicataria, sussiste nel caso di proposizione, nel ricorso incidentale, di censure che colpiscono la mancata esclusione, da parte della stazione appaltante, del ricorrente principale ovvero della sua offerta, a causa dell' illegittima partecipazione dello stesso alla gara o della illegittimità della sua offerta, ma a condizione che tale situazione sia l'effetto della violazione di doveri o obblighi sanzionati a pena di inammissibilità, di decadenza, di esclusione; pertanto, la situazione di contrasto fra la condotta dell'impresa, che partecipa alla selezione, e la legge di gara, rilevante per stabilire la priorità dell'esame del ricorso incidentale, è quella che produce, come conseguenza ineluttabile, la non ammissione ab origine alla gara del concorrente non vincitore, ovvero l'estromissione successivamente deliberata in fasi appositamente deputate all'accertamento della regolare partecipazione del concorrente; di conseguenza, nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, solo il ricorso incidentale escludente — che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'Amministrazione — deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale, e tale evenienza non si verifica allorché il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'Amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale.

Inoltre, la Plenaria svolge un cospicuo approfondimento ricostruttivo in tema di concessioni. In specie viene chiarito che nel programma di housing sociale gli indici rivelatori della sua qualità di concessione di servizi pubblici sono costituiti: a) dalla presenza di un autentico servizio pubblico locale rivolto alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali ovvero, secondo gli artt. 16 e 86 del Trattato UE, di un servizio di interesse economico generale che svolge una funzione essenziale nell'ambito della costituzione economica di tutti i Paesi membri, b) dalla prestazione a carico degli utenti, che si riscontra tipicamente nei servizi a domanda individuale (nella specie gli utenti devono partecipare ad apposita selezione, gestita dal concessionario per l'assegnazione degli alloggi, versando di volta in volta il corrispettivo della locazione o delle varie tipologie di vendita in base al complesso sistema tariffario individuato dalla legge di gara); c) dall'assunzione a carico del

concessionario del rischio economico relativo alla gestione del servizio; d) dalla preordinazione dell'attività a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti, tendenzialmente a tempo indeterminato o comunque per un periodo di lunga durata; e) dalla sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a regole di continuità, regolarità, capacità tecnico-professionale e qualità, perché ciò che connota in modo rilevante la natura di servizio pubblico è il conseguimento di fini sociali a favore della collettività per il tramite dell'attività svolta dal gestore; f) dalla delega traslativa di poteri organizzatori dall'ente al privato; tale elemento deve esprimere, al di là del nomen iuris impiegato dalla legge di gara (concessione, assegnazione, affidamento, contratto di servizio, atto di incarico), la sostanza di un atto di organizzazione e, in quanto tale, ontologicamente diverso da un contratto di appalto; g) dal contenuto del programma di housing, che si caratterizza per la sua struttura trilaterale in quanto tutte le prestazioni dei soggetti coinvolti fanno capo all'Amministrazione, al gestore ed agli utenti, mentre nel contratto d'appalto il rapporto ha carattere bilaterale.

32) la Plenaria 8\2014: estensione della valutazione di congruità dell'offerta; verbalizzazione delle modalità di custodia dei plichi; l'appello contro il dispositivo.

Anche tale successiva decisione svolge una serie di approfondimento sia di carattere processuale che in tema di disciplina di gara.

Sul versante processuale, si affronta il tema dell'impugnativa del dispositivo. Al riguardo, viene chiarito che nel rito speciale degli appalti, disciplinato dagli art. 119 e ss. c. proc. amm., l'appello avverso il dispositivo e l'appello avverso la motivazione non sono autonomi l'uno dall'altro, ma costituiscono espressione del medesimo potere di impugnazione della parte nell'ambito di una fattispecie a formazione progressiva, con la conseguenza che non incorrono nella sanzione di inammissibilità i motivi aggiunti che non contengono una compiuta e separata esposizione dei fatti su cui si innesta la controversia, ma rinviando alle considerazioni già espresse nell'impugnazione del dispositivo. L'effetto devolutivo della controversia si produce in un primo tratto limitatamente all'emissione delle misure cautelari che l'impugnazione del dispositivo consente di anticipare in presenza della sola esecutività del dispositivo medesimo, nel secondo tratto con effetto di cognizione piena del merito della controversia in relazione ai motivi di appello che il ricorrente è posto in condizione di articolare dopo la pubblicazione della motivazione della sentenza.

Ancora in ambito processuale, in specie per ciò che concerne la legittimazione a ricorrere, si precisa che la collocazione al terzo posto in graduatoria non comporta di per sé - con carattere di automatismo - il difetto di legittimazione del concorrente terzo graduato a introdurre contestazione sulle scelte operate dalla stazione appaltante in ordine all'opportunità di procedere o meno all'esame discrezionale di una supposta

anomalia dell'offerta dei concorrenti collocati in posizione potiore, in presenza di evidenti e conclamati profili di eccesso di potere che inficino la fase di cognizione ed esame dell'offerta del secondo graduato, la cui possibile estromissione di gara consentirebbe lo scorrimento in posizione utile per poter aspirare all'aggiudicazione.

Sul versante della disciplina di gara, si detta un chiarimento molto atteso in ordine allo spinoso tema della custodia dei plichi, a garanzia della segretezza, ed ai relativi obblighi di verbalizzazione. Al fine di limitare il formalismo ed il conseguente contenzioso, si chiarisce che a mancata e pedissequa indicazione in ciascun verbale delle operazioni finalizzate alla custodia dei plichi non può tradursi, con carattere di automatismo, in effetto viziante della procedura concorsuale. Ogni contestazione del concorrente volta a ipotizzare una possibile manomissione, o esposizione a manomissione dei plichi, idonea a introdurre vulnus alla regolarità del procedimento di selezione del contraente non può, quindi, trovare sostegno nel solo dato formale delle indicazioni che si rinvergono nel verbale redatto per ogni adunanza della commissione preposta all'esame delle offerte, ma deve essere suffragata da circostanze ed elementi che, su un piano di effettività e di efficienza causale, abbiano inciso sulla cosiddetta genuinità dell'offerta, che va preservata in corso di gara.

33) la Plenaria 9\2014: il soccorso istruttorio e la tassatività delle cause di esclusione; precisazioni in tema di ricorso incidentale.

Anche la successiva Plenaria detta principi sia di ordine processuale che non. Peraltro, se il dato processuale è teso in prevalenza a ribadire alcune precisazioni in tema di ricorso incidentale, le principali novità riguardano la procedura di gara ed il complesso tema del soccorso istruttorio e della valenza della nuova disciplina in tema di tassatività delle cause di esclusione.

In primo luogo, in tema di estensione, si chiarisce che il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46 comma 1 bis d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dallo stesso codice, nonché soltanto alle procedure i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati dopo la sua entrata in vigore, trattandosi non di norma di interpretazione autentica.

In secondo luogo, in tema di soccorso istruttorio – che si sostanzia unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della "par condicio" dei concorrenti – si chiarisce come tale strumento non consenta la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali.

34) la Plenaria 10\2014: la perentorietà del termine per la verifica del possesso dei requisiti.

Con tale decisione la Plenaria ribadisce ancora un dato già prevalente in giurisprudenza: il termine di dieci giorni dettato ai sensi dell'art. 48, comma 2, del d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, entro il quale l'aggiudicatario e il concorrente che lo segue in graduatoria, non compresi fra i concorrenti sorteggiati ai sensi del comma 1 del medesimo articolo, devono presentare la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, ha carattere perentorio.

35) la Plenaria 14\2014: i limiti per la revoca dell'aggiudicazione.

Si affronta il delicato tema dell'estensione del potere di revoca dell'aggiudicazione, precisando come lo stesso non possa essere esercitato dalla p.a. una volta intervenuta la stipula del contratto di appalto, che chiude la fase pubblicistica ed apre quella negoziale, caratterizzata da tendenziale parità tra le parti. Di conseguenza, negli appalti di lavori pubblici, in caso di sopravvenuti motivi di opportunità, la p.a. può recedere dal contratto, secondo la speciale previsione di cui all'art. 134 del codice degli appalti, con le conseguenze indennitarie ivi previste.

La decisione peraltro offre anche una interessante ricognizione generale sugli strumenti di autotutela azionabili dall'amministrazione, in particolare quando valutazioni di opportunità, merito e convenienza inducano la stazione appaltante ad intervenire in via di revoca.

36) la Plenaria 16\2014: la dichiarazione sostitutiva in tema di assenza di condizioni preclusive e le nuove direttive.

La decisione, con l'occasione di affrontare il tema delle dichiarazioni sostitutive ex art. 38 codice appalti, coglie l'occasione per esaminare alcune generali ed interessanti indicazioni contenute nelle nuove direttive in tema di appalti, di cui peraltro viene sottolineata allo stato la sola valenza ermeneutica.

In proposito, si evidenzia come la direttiva europea del 26 febbraio 2014, n. 24 configuri un nuovo sistema di attestazione dell'insussistenza di situazioni morali ostative (art. 59), che si fonda (anch'esso) su un'autodichiarazione (quale prova preliminare sostitutiva di certificati), a sua volta cristallizzata nel documento di gara unico europeo (DGUE), e su una coerente, diversa disciplina dei poteri di controllo e di soccorso istruttorio riservati alle amministrazioni aggiudicatrici.

Nel merito, si statuisce che Nel procedimento di affidamento di appalti pubblici la dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art. 38, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 non deve contenere la menzione nominativa

di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici, con la conseguenza che tale dichiarazione non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio.

37) la Plenaria 17\2014: competenza territoriale in caso di impugnativa di informativa interdittiva e conseguenti atti applicativi.

Una importante – e dirompente in termini applicativi – decisione in tema di regolamento di competenza risolve il contrasto in caso di contestuale impugnativa dell'informativa prefettizia interdittiva e dei conseguenti atti applicativi adottati dalla stazione appaltante: il giudice competente viene ad essere individuato nel Tar nella cui circoscrizione si trova la prefettura che ha adottato l'informativa.

Ai sensi dell'art. 14 c.p.a., si valorizza l'interesse del ricorrente all'annullamento della informativa e dunque — ritenendo applicabile, ex art. 39 c.p.a., l'art. 31 c.p.c. che disciplina i rapporti di connessione tra causa principale e causa accessoria — si giunge a ritenere competente, in caso di contestuale impugnazione dell'informativa prefettizia e dell'atto applicativo, il giudice competente a conoscere della prima, con la conseguenza che prevale il criterio della competenza territoriale per il giudizio principale, rispetto a quello della competenza funzionale previsto dall'art. 119 c.p.a. per il giudizio accessorio riguardante l'impugnazione degli atti della gara d'appalto.

38) la Plenaria 27\2014: ancora in tema di raggruppamento temporaneo di imprese ed i limiti di estensione della corrispondenza fra quote.

Con tale decisione la plenaria — nel confermare le conclusioni di cui alla Plenaria n. 7\2014 — ha risolto un contrasto insorto in ordine alla portata applicativa dell'art. 37, comma 13, del d.lgs. n. 163 del 2006 (comma poi abrogato dal d.-l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito dalla l. 23 maggio 2014, n. 80), nella versione antecedente alla modifica apportata dall'art. 1, comma 2-bis, lett.a) del d.-l. n. 95 del 2012, che ha circoscritto la portata applicativa del comma 13 “nel caso di lavori”. Secondo una prima prospettazione, antecedentemente alla modifica intervenuta nel 2012 il principio di necessaria corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di esecuzione in caso di offerta proposta da associazioni temporanee di imprese avrebbe trovato applicazione anche con riferimento agli appalti di servizi. In contrario, altra giurisprudenza – fatta propria dalla Plenaria - ha sostenuto che gli appalti di servizi sarebbero sottoposti ad una disciplina differente dagli appalti di lavori anche se antecedenti alla modifica apportata al comma 13 dell'art. 37, non soggiacendo al principio di corrispondenza fra percentuale dei requisiti di capacità e quote delle prestazioni da eseguire, salva diversa e specifica previsione della relativa disciplina di gara.

39) la Plenaria 29\2014: ancora in tema di competenza territoriale in caso di impugnativa di informativa interdittiva e conseguenti atti applicativi.

Viene in sostanza ripresa la statuizione di cui alla decisione n. 17.

40) la Plenaria 34\2014: legittima l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatarie, in caso di assenza dei requisiti di carattere generale.

Nell'ambito del più generale contesto contenzioso cui dà vita dal 2006 la travagliata normativa di cui all'art. 38 d.lgs. 163\2006, si colloca anche la decisione n. 34 con cui, nell'affrontare un tema di contorno, la Plenaria detta una regola tanto severa quanto peraltro chiara: è legittima la clausola, contenuta in atti di indizione di procedure di affidamento di appalti pubblici, che preveda l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatarie, ma solo concorrenti, in caso di riscontrata assenza del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici.

41) la Plenaria 3\2015: obbligo di indicazione dei costi per la sicurezza e relativa estensione.

Sul delicatissimo tema dei costi della sicurezza e sulla relativa chiarezza, imposta alle imprese partecipanti, la Plenaria chiamata in causa svolge un interessante ricostruzione, conclusa con una serie di indicazioni di estrema utilità.

La Plenaria quindi, distinguendo tra le due tipologie di costi per la sicurezza (quelli da interferenze e quelli interni o aziendali), esamina la questione interpretativa sottoposta alla sua attenzione e conclude nel senso di ritenere che nelle procedure di affidamento di contratti pubblici di lavori i concorrenti debbano indicare nell'offerta economica i costi per la sicurezza interni o aziendali.

In primo luogo, in termini più generali si chiarisce che sono da considerarsi costi per la sicurezza: 1) i costi da interferenze, contemplati dagli art. 26 commi 3, 3 ter e 5, d.lg. 9 aprile 2008 n. 81 e 86 comma 3 ter, 87 comma 4, e 131, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, che a) servono a eliminare i rischi da interferenza, intesa come contatto rischioso tra il personale del committente e quello dell'appaltatore, oppure tra il personale di imprese diverse che operano nella stessa sede aziendale con contratti differenti; b) sono quantificati a monte dalla stazione appaltante, nel D.U.V.R.I (documento unico per la valutazione dei rischi da interferenze, art. 26, cit. d.lg. n. 81 del 2008) e, per gli appalti di lavori, nel PSC (piano di sicurezza e coordinamento, art. 100, d.lg. n. 81 del 2008); c) non sono soggetti a ribasso, perché ontologicamente diversi dalle prestazioni "stricto sensu" oggetto di affidamento; 2) i "costi interni o aziendali", cui si riferiscono l'art. 26 comma 3, quinto periodo, d.lg. n. 81 del 2008 e gli art. 86 comma 3 bis, e 87 comma 4, secondo periodo, d.lg. n. 163 del 2006, che sono: a)

propri di ciascuna impresa connessi alla realizzazione dello specifico appalto, sostanzialmente contemplati dal documento di valutazione dei rischi; b) soggetti a un duplice obbligo in capo all'amministrazione e all'impresa concorrente.

In dettaglio, si chiarisce che nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara; ciò viene tratto da un'interpretazione sistematica delle norme regolatrici della materia date dagli art. 26 comma 6, d.lg. 9 aprile 2008 n. 81 e 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163; non appare coerente, infatti, imporre alle stazioni appaltanti di tenere espresso conto nella determinazione del valore economico di tutti gli appalti dell'insieme dei costi della sicurezza, che devono altresì specificare per assicurarne la congruità, e non imporre ai concorrenti, per i soli appalti di lavori, un identico obbligo di indicazione nelle offerte dei loro costi specifici, il cui calcolo, infine, emergerebbe soltanto in via eventuale, nella non indefettibile fase della valutazione dell'anomalia.

42) la Plenaria 8\2015: estensione temporale del possesso dei requisiti e verifica delle attestazioni SOA.

In tema di requisiti la Plenaria svolge un ulteriore approfondimento dando un'indicazione generale, nonché un chiarimento di dettaglio di carattere intertemporale in materia di validità delle attestazioni Soa.

Sul versante generale, si chiarisce che nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità.

Sul versante speciale, si esamina il regime transitorio dettato dall'art. 375, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 distinguendo: in base ai commi 13, 16 e 17, per le categorie «variate» non sussiste, durante il regime di proroga, l'obbligo di verifica triennale delle attestazioni Soa, di cui agli artt. 15-bis, d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 e 77, d.P.R. n. 207 ; in base al comma 12, prima parte, per le categorie non modificate dal nuovo regolamento, di validità delle attestazioni Soa rilasciate nella vigenza del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 «fino alla naturale scadenza prevista per ciascuna di esse», è applicabile l'onere di verifica triennale.

43) la Plenaria 9\2015: indicazione del subappalto ed esclusione del soccorso istruttorio in tema di indicazione dei costi di sicurezza.

Ancora il soccorso istruttorio e gli oneri di sicurezza tornano all'esame della Plenaria. Il chiarimento si è reso necessario anche alla luce degli effetti della importante decisione n. 3 del 2015. Al riguardo, si chiarisce che in sede di gara non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa prima della pubblicazione della decisione predetta, n. 3\2015

Peraltro, si ha anche l'occasione per fornire un importante chiarimento in tema di subappalto: In sede di gara pubblica l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all'art.107, comma 2, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

44) la Plenaria 10\2015: criteri da applicare in caso di discordanza fra offerta in lettere ed in cifre.

Di estremo rilievo pratico è tale decisione, che detta i criteri per dirimere il contrasto sorto a fronte di tali – invero frequenti – discordanze.

In proposito, sulla scorta di una approfondita analisi ricostruttiva di carattere sia storico normativo che funzionale, si dettano i seguenti criteri.

Nel caso in cui la discordanza fra le offerte espresse in lettere e quelle espresse in cifre, in sede di esame delle offerte presentate dagli operatori partecipanti ad una gara finalizzata all'affidamento di un contratto pubblico di lavori, servizi o forniture, sia frutto di errore materiale facilmente riconoscibile, va attribuito rilievo agli elementi "diretti ed univoci" tali da configurare un errore meramente materiale o di scritturazione, permettendo alla commissione aggiudicatrice di emendarlo, tramite la priorità conferita all'effettivo valore dell'offerta.

45) la Plenaria 5\2016: esclusa la regolarizzazione postuma delle posizioni previdenziali.

Secondo la Plenaria, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, essendo dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva; l'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di Durc negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, d.m. 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, d.l. n. 69 del 2013 può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al Durc chiesto dall'impresa e non anche al Durc richiesto dalla stazione appaltante per la verifica

della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. i), ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

46) la Plenaria 10\2016: ribadita l'esclusione della regolarizzazione postuma delle posizioni previdenziali ed estensione della giurisdizione in materia.

Oltre a ribadire l'esclusione della regolarizzazione di cui alla precedente plenaria, si precisa che rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto l'accertamento circa la regolarità del d.u.r.c., quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara; ed invero, in materia di contratti pubblici, il d.u.r.c. viene in rilievo non in via principale, ma in qualità di presupposto di legittimità di un provvedimento amministrativo adottato dalla stazione appaltante.

47) la Plenaria 19\2016: oneri di sicurezza ed indicazione separata.

Per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, approvato con d.lg. 18 aprile 2016, n. 50 (che ora risolve la questione prevedendo espressamente, all'art. 95, comma 10, l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza: « Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro »), nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio. La decisione precisa altresì di non poter affrontare la questione, in quanto non oggetto del contendere, se l'ampia formulazione dell'art. 80, comma 9, d.lg. n. 50 del 2016 (che ammette il soccorso istruttorio con riferimento a « qualsiasi elemento formale della domanda ») consenta, comunque, anche nella vigenza del nuovo « Codice », di sanare l'offerta che sia viziata solo per la mancata formale indicazione separata degli oneri di sicurezza.

48) la Plenaria 22\2016: estensione della nozione di procedure di affidamento.

L'espressione "procedure di affidamento", usata dall'art. 119, comma 1, lett. a), c.proc.amm, ha ricevuto una definizione puntuale all'art. 3, comma 36, d.lg. n. 163 del 2006; pertanto, a fronte della definizione ivi contenuta non residua spazio per esegesi difformi da essa, alla quale l'interprete deve intendersi, infatti, vincolato. Quindi, a un'espressione lessicale non può assegnarsi un significato diverso da quello reso palese dalla formula definitoria usata nel provvedimento che la contiene. Va quindi riconosciuto, per un verso, l'insussistenza di qualsivoglia elemento che indichi la volontà del legislatore del processo amministrativo di assegnare all'espressione "procedure di affidamento" un significato diverso da quello fatto palese dalla norma

per un altro, l'ascrivibilità delle procedure di affidamento di servizi mediante concessione alla categoria delle "procedure di affidamento di servizi" e, quindi, nel novero delle controversie disciplinate dagli art. 119 e 120 c.proc.amm.