



I e II settimana di diritto amministrativo

TRACCE Diritto Amministrativo

I Traccia: Il candidato, dopo aver esaminato la natura giuridica del bando di gara disciplinato dal vigente codice degli appalti, illustri i principi informatori dell'affidamento ed esecuzione di opere e lavori pubblici con particolare riguardo ai limiti posti dal legislatore alla discrezionalità della PA. Dica, altresì, avuto riguardo, al principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara, quali siano i rimedi azionabili da parte delle imprese concorrenti escluse sia avverso l'avviso di bando di gara che avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto

II traccia: Il candidato, dopo aver premesso brevi cenni sulle caratteristiche degli atti amministrativi, esamini, nello specifico, le circolari con particolare riguardo al loro regime di impugnazione e di efficacia.

Compitino: Rapporti tra le fonti del diritto comunitario amministrativo e diritto amministrativo interno

Compitino: la disapplicazione del Regolamento illegittimo

Sommario Generale

1. Nozione e origini del diritto amministrativo. 2. La scienza del diritto amministrativo. 3. La nascita del diritto amministrativo europeo. 4. I principi del diritto amministrativo europeo. 5. I principi generali del diritto processuale amministrativo. 6. Verso un diritto amministrativo europeo. 7. I

rapporti fra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario. 8. Le fonti del diritto comunitario. 9. Le fonti nazionali, regionali e degli enti locali. 10. Il ruolo ed il valore delle fonti locali dopo la riforma costituzionale. 11. L'ambito degli statuti e Regolamenti locali. 12. L'autonomia impositiva dei Comuni e i limiti alla potestà regolamentare. 12. Autonomia impositiva delle Regioni pag. 36. 14 Autonomia impositiva delle Province e dei Comuni p. 37. 15. Impugnazioni dei Regolamenti e degli atti generali p. 45. 16. L'attività regolatoria delle Autorità indipendenti. 17 Le funzioni amministrative esercitate dalle Autorità. 18. Il fondamento della delega dei poteri normativi alle Autorità. 19. Il procedimento amministrativo. Il diritto di accesso agli atti delle Autorità p. 55. 20 la tutela giurisdizionale dei regolamenti p. 61. 21. Le fonti associazioni, 22. Norme tecniche. 23 I piani regolatori p. 67. 24. Le ordinanze contingibili ed urgenti p. 82. 25. Conseguenze nullità e annullabilità e giurisprudenza p. 85. 26. La legge sicurezza n. 48/2017 p. 87. 27. Le Circolari p. 91. 28. Bando di gara p. 94. 29. Il regime di impugnazione dei bandi di gara p. 154. 30 Il termine per impugnare l'aggiudicazione definitiva p. 159

1. Nozione e origini del diritto amministrativo.

Il diritto amministrativo è la disciplina giuridica della pubblica amministrazione, della sua organizzazione, della sua attività e dei rapporti tra la P.A. e i privati.

Non è facile pervenire ad una nozione condivisa di diritto amministrativo in quanto l'impronta tipicamente nazionale di tale ramo del diritto subisce l'influenza del tipo di Stato in cui si sviluppa.

Il diritto amministrativo è, infatti, ritenuto un figlio dello Stato, anzi un prodotto della sua maturità, perché sviluppatosi a partire dal XIX secolo, nella Francia napoleonica e postnapoleonica, quando l'attenzione venne posta sul potere d'impero e di coazione, sull'azione unilaterale dell'amministrazione pubblica, sul principio di specialità, che differenzia il diritto amministrativo dal diritto privato (CASSESE).

Lo stretto legame tra diritto amministrativo e sovranità statale ha comportato che lo studio di tale branca del diritto ha risentito dell'impronta tipicamente nazionale e si sia essenzialmente sviluppato negli stati "a diritto amministrativo", dove la pubblica amministrazione utilizza principalmente atti amministrativi e, in particolare, i provvedimenti, idonei a incidere unilateralmente sulle posizioni soggettive dei privati e ad essere portati ad esecuzione da parte della stessa amministrazione che li ha adottati.

È noto che l'attività della pubblica amministrazione viene concepita in modo diverso a seconda dell'ordinamento giuridico in cui si colloca: nei paesi di "Common law" l'amministrazione persegue i propri fini avvalendosi di poteri comuni agli altri soggetti dell'ordinamento, **mentre negli stati "a diritto amministrativo", la P.a. gode di propri peculiari poteri autoritativi, idonei a produrre effetti giuridici nella sfera dei cittadini senza il loro consenso.** In tale secondo modello di Stato i provvedimenti amministrativi sono caratterizzati dall'essere espressione del momento dell'autorità (dell'esercizio del potere) e, come tali, realizzano la cura dell'interesse pubblico rimesso alla singola amministrazione competente a provvedere; l'idoneità ad incidere in maniera unilaterale sui privati cittadini determina l'esigenza di "circondare" il provvedimento amministrativo di cautele di vario tipo a beneficio del destinatario dell'azione.

MASSIMO SEVERO GIANNINI faceva notare come mentre il negozio privato e la sentenza costituiscono istituti corrispondenti a categorie necessarie di ogni ordinamento giuridico generale, l'atto amministrativo può invece mancare, in quanto l'esistenza di un apparato amministrativo non comporta necessariamente che l'azione di esso si esprima giuridicamente in atti amministrativi.

Va però anticipato che i due modelli di azione dell'amministrazione non si riscontrano ormai allo stato puro e che proprio nel nostro ordinamento il legislatore ha da tempo valorizzato l'utilizzo di strumenti consensuali in sostituzione dell'esercizio del potere amministrativo.

Il diritto amministrativo è un diritto speciale perché l'amministrazione dispone di poteri diversi ed eccedenti rispetto a quelli derivanti dalle regole applicabili ai rapporti tra privati, anche se è stato correttamente osservato come tra diritto amministrativo e pubblica amministrazione non vi sia una corrispondenza biunivoca: il diritto amministrativo non riguarda solo la P.A. ma si applica in alcuni casi anche nei confronti di soggetti privati, come ad esempio i gestori di servizi pubblici e, allo stesso tempo, non tutta l'attività della P.A. è regolata dal diritto amministrativo, potendo l'amministrazione fare uso anche del diritto privato.

La rivoluzione francese è in genere ritenuta la svolta decisiva ai fini della nascita del diritto amministrativo in senso moderno, dovendo imputarsi a tale periodo storico l'introduzione delle nozioni di amministrazione pubblica, potere amministrativo, atto amministrativo, contenzioso amministrativo, e così via (GIANNINI).

L'esistenza del diritto amministrativo è, infatti, subordinata all'esistenza di più poteri statali, tra loro distinti e divisi, uno dei quali è il potere amministrativo, mentre fino a quando vi era uno Stato assoluto, nel quale tutto il potere si concentrava nelle mani del principe, non poteva esistere un diritto amministrativo;

presupposto per l'esistenza del diritto amministrativo è, pertanto, uno Stato di diritto, soggetto alle norme giuridiche da esso instaurate, previo superamento della formula del sovrano legibus solutus (A.M. SANDULLI).

È stato anche osservato che il diritto amministrativo nacque come sommatoria di più elementi, tra loro diversi e alcuni risalenti nei secoli, tra i quali vanno menzionati i principi della divisione dei poteri, di legalità dell'azione amministrativa, di riconoscimento dei diritti pubblici soggettivi, di azionabilità delle situazioni soggettive del cittadino nei confronti dell'amministrazione pubblica, rispetto ai quali la rivoluzione francese costituì un tassello decisivo (CASETTA).

Vi concorsero, tuttavia, anche altri elementi, quali l'imperatività già degli atti del principe e ora dei provvedimenti amministrativi, la coercibilità che divenne autotutela, il carattere autoritativo che si trasferì dal principe all'amministrazione, il principio di gerarchia che divenne gerarchia di uffici, la preminenza su ogni altra istanza amministrativa che dal principe passa al governo centrale, il procedimento contenzioso, la garanzia degli impiegati, il carattere meramente derivato dei poteri locali territoriali; venne, inoltre, osservato che, benché nella storia dell'esperienza politica e della cultura il diritto amministrativo nacque come fatto di autoritarismo, il sistema instaurato dalla rivoluzione assumeva a principi generali quelli della libertà come diritto e di tutela giurisdizionale di ogni diritto e non poteva poi, nel creare il diritto amministrativo come diritto autoritativo dello Stato, giungere oltre il limite che avrebbe comportato la distruzione dello stesso sistema di libertà per cui si era battuta. Se quindi la normazione amministrativa fu voluta in funzione di dominio, essa però non poteva, nella sua attuazione, divenire strumento di antilibertà e anzi fu necessario rendere omaggio alla libertà, ammettendo, sia pur con (all'epoca) molte riserve, la tutela giurisdizionale contro l'autorità (GIANNINI).

2. La scienza del diritto amministrativo e il ruolo della giurisprudenza.

I tratti essenziali di tale branca del diritto sono stati indicati da HAURIOU, che introdusse la nozione di Stato a regime amministrativo e fece riferimento agli attuali concetti di esecutività del provvedimento amministrativo, di controllo sugli agenti amministrativi da parte di altri agenti amministrativi, di gerarchia, di divieto per il giudice di imporre all'amministrazione di fornire i propri servizi, di dominanza del principio di salvezza dell'interesse pubblico.

Altra caratteristica della scienza del diritto amministrativo è quella di seguire un metodo tendente ad attribuire un ruolo significativo alla giurisprudenza; metodologia emersa fin dall'opera di LAFERRIERE e seguita poi in Italia da CAMMEO.

In assenza di interventi organici dei legislatori, gli istituti del diritto amministrativo sono stati ricostruiti dalla dottrina e dalla giurisprudenza con una continua interrelazione e collaborazione tra le due componenti.

In Italia il diritto amministrativo è stato spesso costituito da norme sparse in una molteplicità di testi normativi, non sempre coordinati tra loro, frutto di esigenze contingenti o legate a interessi settoriali e tale corpo normativo mal si presta a costituire da solo un quadro compiuto idoneo a contenere principi e istituti generali.

La lacuna è stata, quindi, colmata dalla dottrina e della giurisprudenza, che hanno conferito sistematicità alle norme e ricostruito discipline e istituti, che solo a distanza di anni hanno ricevuto un riconoscimento legislativo, come avvenuto sul piano sostanziale per la legge sul procedimento amministrativo approvata nel 1990 grazie al decisivo contributo di MARIO NIGRO e ai lavori della commissione da lui presieduta al fine di codificare in parte concetti già emersi sul piano scientifico e giurisprudenziale e sul piano processuale per il Codice del processo amministrativo, approvato con il d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104.

In tale processo di sviluppo sono emerse strette correlazioni non solo tra il diritto amministrativo e altri rami del diritto, primo fra tutto il diritto costituzionale, ma anche tra il diritto amministrativo e scienze non giuridiche, collegate ai fattori economici, politici e sociologici interessati dall'attività amministrativa;

elementi estranei al diritto amministrativo, ma necessari per comprendere la realtà su cui il diritto opera, come ben compresero SANDULLI, la cui opera è stata particolarmente attenta alla ricerca di una visione globale di tutti i campi della vita sociale soggetti, in tutto o in parte, alle regole del diritto amministrativo e BENVENUTI, che evidenziò l'esigenza per ogni amministrativista di affrontare con una consapevolezza di studio non solo giuridico i problemi della pubblica amministrazione.

3. La dimensione nazionale del diritto amministrativo e il suo superamento con la nascita di un diritto amministrativo europeo.

Altra conseguenza del carattere essenzialmente statale del diritto amministrativo è stata per anni l'assenza di un diritto amministrativo internazionale e di una disciplina globale dei diritti amministrativi nazionali. Uno dei fondatori del diritto amministrativo tedesco, OTTO MAYER, affermava che nei suoi territori il potere pubblico nazionale è padrone, ad esclusione di ogni altro; solo a titolo eccezionale l'azione di una potenza straniera può essere considerata valida sul territorio di un altro Stato.

Pertanto, solo all'interno degli Stati si realizzano le condizioni per l'affermarsi di un apparato con il monopolio del potere e dotato di imperatività e, quindi, per la dialettica autorità-libertà, che contraddistingue il diritto amministrativo.

Tale tradizionale impostazione (rigorosamente nazionale) del diritto amministrativo ha subito l'irrompere del diritto comunitario, che con il suo crescente influsso sugli ordinamenti nazionali ha finito permettere in crisi il sistema e ha condotto alla creazione di un diritto amministrativo europeo.

Tale processo non ha in alcun modo posto a repentaglio la tradizionale impostazione del diritto amministrativo italiano; viene a volte affermato che nel diritto amministrativo europeo o comunitario è assente la (nostra) nozione di interesse legittimo e che sarebbe recessivo anche l'elemento autoritativo dell'esercizio del potere.

Tale asserzione non può ritenersi corretta; che l'ordinamento comunitario, pur non conoscendo l'interesse legittimo, ben conosce le varie forme di esercizio del potere e i connessi aspetti inerenti la tutela giurisdizionale; che il fatto che in sede europea, come del resto in ambito nazionale, il potere pubblico ricerchi a volte il consenso dei destinatari della propria azione in considerazione dei diversi livelli di regolazione e di interessi coinvolti non significa che l'esercizio del potere sia ormai recessivo, ma al più che può essere sostituito o affiancato da diversi e flessibili strumenti, oggi in possesso dell'amministrazione, sia comunitaria che nazionale.

Del resto, la principale area di intervento del diritto comunitario sul diritto amministrativo nazionale è proprio quella dei rapporti tra cittadini e poteri pubblici ed è stato acutamente osservato come l'applicabilità di un regime di diritto pubblico, caratterizzato dalla titolarità di maggiori prerogative rispetto a quelle esistenti in un rapporto di diritto privato, costituisce condizione indispensabile affinché possa essere imposto a un soggetto (anche se formalmente dotato di personalità distinta da quella dello Stato) l'obbligo di procedere alla disapplicazione della legislazione interna configgente con i principi self-executing di matrice comunitaria (N. BASSI).

Il che dimostra come nell'ordinamento dell'Unione europea la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato e tra esercizio autoritativo del potere pubblico e atti di diritto comune non sia affatto secondaria o "tollerata", ma resti di primaria importanza per la stessa costruzione del diritto amministrativo europeo.

Allora, il problema non è tanto quello di verificare se negli stati a diritto amministrativo resti intatta la forza autoritativa del pubblico potere, quanto quello di analizzare in che modo interagiscono i due livelli, comunitario e nazionale, e quali effetti determini sul potere tale integrazione. **L'esistenza e la rilevanza di tali effetti è ormai pacificamente riconosciuta dalla dottrina, che ha evidenziato "la lenta ma costante formazione di un diritto comune", in cui i principi generali di diritto amministrativo, "pur trovando origine nei sistemi amministrativi nazionali, vengono ora a presentare profili almeno in parte modificati, ma anche, per così dire, rinforzati a seguito della rielaborazione subita nell'ambito comunitario" (MASSERA).**

Il diritto amministrativo europeo diventa così espressione "di un emergente ius commune administrativum, che riceve il suo particolare timolo dallo scambio reciproco tra diritto comunitario e diritti nazionali" e che si contrappone al lungo periodo di chiusura degli assetti nazionali stabilizzati e caratterizzati dal contrasto tra la tradizione inglese e il diritto amministrativo francese.

La suddetta contrapposizione è stata a lungo presente nella dottrina europea, come dimostra un episodio riportato in diversi scritti, in cui, ad una domanda di un collega francese (BARTHELEMY, Preside della facoltà giuridica dell'Università di Parigi) sul diritto amministrativo in Inghilterra, A.V. DICEY (definito il più importante giurista inglese degli ultimi due secoli) rispondeva: **"In England we know nothing of administrative law; and we wish to know nothing"**, perché per DICEY il droit administratif era un diritto che creava privilegi e quindi illiberale.

La posizione di DICEY, successivamente attenuata, rifletteva l'impostazione dell'ordinamento inglese, dove la tradizione liberale era di ostacolo alla introduzione di un diritto specifico dell'azione amministrativa e tendeva ad equiparare i rapporti tra P.A. e privati a quelli tra privati.

È stato evidenziato come gli sviluppi più recenti hanno dimostrato come anche in Gran Bretagna siano stati creati dagli amministrative tribunals ambiti disciplinati da regole specifiche, derogatorie rispetto al diritto comune.

L'attenuazione delle differenze tra stati a diritto amministrativo e ordinamenti di common law ha facilitato la creazione di un diritto comune a livello europeo, sviluppatosi a seguito di un processo di integrazione, o meglio di armonizzazione, "circolare", definito anche di **cross fertilization**, in cui il confronto tra i diversi istituti di diritto amministrativo, vigenti negli Stati membri, contribuisce a creare la regola comunitaria, che a sua volta influisce sull'interpretazione delle norme interne (**M.P. CHITI**).

In sostanza, da un lato, il diritto comunitario influenza i diritti amministrativi nazionali, sia in via diretta attraverso la sostituzione di proprie regole e istituti a quelli del diritto interno, sia indirettamente favorendo la convergenza tra i diritti amministrativi nazionali (G. GRECO)

Sotto il versante opposto, i diritti nazionali contribuiscono a creare principi e regole comunitarie.

Del resto, sono sempre più frequenti i c.d. "procedimenti composti", caratterizzati dalla presenza di autorità europee ed autorità nazionali nel processo di formazione dell'atto e che si concludono con provvedimenti finali in certi casi comunitari (procedimenti bottom-up) e in altri nazionali (procedimenti top-down), in cui risulta difficile distinguere ciò che è diritto amministrativo nazionale da ciò che è diritto comunitario o europeo.

L'espansione dei procedimenti composti ha reso ancor più ardua la distinzione tra il diritto amministrativo degli stati membri e il diritto amministrativo europeo, che non è direttamente applicabile per la fase nazionale di tali procedimenti, ma che lo diventa in concreto sulla base dei principi dell'equivalenza, dell'effettività e della leale collaborazione.

In presenza del concetto di **amministrazione multilivello** e **del principio di leale collaborazione** il pensiero non può non andare in via analogica alle vicende che nell'ordinamento italiano hanno riguardato il rapporto Stato-Regioni, specie dopo la riforma del titolo V della Costituzione. Tale parallelismo necessita dei dovuti distinguo e accorgimenti, ma è valido in termini generali a significare che l'irrompere del diritto comunitario nei diritti amministrativi nazionali, pur costituendo un fenomeno di assoluto rilievo pieno di contenuti innovativi, non pone problemi sconosciuti agli studiosi del diritto amministrativo, che da tempo hanno approfondito fenomeni di pluralizzazione interna, di cui sono segni evidenti enti pubblici, regioni, autorità indipendenti con le connesse forme, strutturali e funzionali, di composizione e di collaborazione nell'azione di tali soggetti (**CASSESE**).

L'europeizzazione del diritto amministrativo sta realizzandosi sulla base di un processo circolare, in cui non sono solo gli Stati membri ad attingere dall'ordinamento comunitario, ma anche — e spesso — viceversa; in questa continua osmosi tra principi che regolano l'azione amministrativa interna e principi di derivazione comunitaria, tendono a scomparire situazioni di doppio regime tra settori di rilevanza comunitaria e altri settori e l'autorità nazionali sono portate ad adottare atti "in funzione comunitaria" anche in presenza di procedimenti amministrativi solamente interni.

Ciò determina un'accelerazione del processo di formazione di un diritto amministrativo comune agli Stati membri, quanto meno nei principi fondamentali e nelle minime garanzie, anche procedurali.

4. I principi generali del diritto amministrativo italiano ed europeo. Rapporti fra i due ordinamenti.

Nella descritta fase di convergenza dei diritti amministrativi nazionali una valenza particolare assumono i principi generali, che, in ambito interno e europeo, costituiscono le chiavi di lettura, idonee a dare unità al sistema e risposta alle diverse problematiche.

Anche in questo caso, i principi generali dell'azione amministrativa sono stati progressivamente costruiti dalla dottrina e della giurisprudenza e costituiscono per lo più espressione del principio di imparzialità e buon andamento, di cui all'art. 97 della Costituzione.

TESTO

I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.

Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari.

Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge. Il principio di legalità impone che la pubblica amministrazione sia soggetta

Il Principio di legalità: l'azione amministrativa trova il fondamento dei propri poteri e le finalità della propria azione esclusivamente nella legge; ciò comporta che l'amministrazione non può esercitare alcun potere al di fuori di quelli che la legge le attribuisce. Fuori dei casi previsti dalla legge, la P.A. non ha, quindi, nessun potere innato e da ciò consegue che i provvedimenti amministrativi sono tipici e nominati, che i casi in cui gli atti amministrativi possono essere coattivamente eseguiti siano eccezionali e che altrettanto eccezionali siano gli atti destinati a formare certezza legale privilegiata.

Il principio di imparzialità traduce l'esigenza che l'amministrazione si comporti nei confronti di tutti i soggetti destinatari dell'azione amministrativa senza discriminazioni arbitrarie e in base ad una adeguata ponderazione di tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti dalla sua azione, perseguendo in modo appunto imparziale il proprio interesse pubblico di riferimento.

Il principio di buon andamento comporta che l'amministrazione e i suoi agenti svolgano la propria attività in modo efficiente al fine di conseguire gli obiettivi prefissati.

Il principio di ragionevolezza impone che l'amministrazione, oltre a rispettare la legge, agisca in conformità ai criteri di logicità e di razionalità, in modo che la sua azione risulti coerente con i dati di fatto e con gli interessi emersi nel corso dell'istruttoria.

Funzionali a tali finalità sono anche **i principi di pubblicità, di trasparenza e del contraddittorio, in quanto la conoscenza degli atti (pubblicità), la sottrazione di essi al segreto (trasparenza) e la partecipazione al procedimento (contraddittorio)** assicurano l'emersione di tutti gli interessi coinvolti e garantiscono anche il buon andamento.

Il principio di responsabilità dello Stato e degli enti pubblici e dei funzionari e dipendenti dello Stato, sancito dall'art. 28 della Costituzione, costituisce una importante garanzia del fatto che l'amministrazione come apparato e, in misura minore, i suoi dipendenti rispondano anche a titolo risarcitorio del proprio operato.

Garanzia oggi ampliata a seguito della caduta del "dogma" della non risarcibilità dei danni causati alle posizioni di interesse legittimo.

La creazione di un diritto amministrativo europeo non ha determinato la sostituzione dei principi sorti in ambito nazionale con nuovi principi, ma ha anzi contribuito al rafforzamento di molti principi già insiti negli ordinamenti degli Stati membri nell'ambito di quel processo di integrazione, già definito di armonizzazione "circolare", descritto in precedenza.

I principi generali

Risulta così facilmente spiegabile come i principi generali dell'ordinamento comunitario corrispondano a equivalenti valori costituzionali degli Stati membri; basti pensare al principio comunitario di non discriminazione e al nostro principio di eguaglianza.

I principi del diritto dell'Unione europea non sono limitati ai principi fondamentali enunciati dal Trattato, in quanto l'esercizio dei poteri comunitari è regolato da ulteriori principi generali, elaborati in via pretoria dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Tra questi, **il principio della certezza del diritto** impone chiarezza e prevedibilità circa gli effetti giuridici di ogni condotta e che derivano da atti favorevoli adottati dalle istituzioni e circa gli obblighi imposti ai privati.

Altro aspetto del principio della certezza del diritto e delle posizioni giuridiche è rappresentato dalla **tutela del legittimo affidamento** riposto dai privati negli atti delle istituzioni, che ha assunto ormai la portata di principio generale. Ovviamente, l'affidamento per essere tutelabile deve essere ragionevole (elemento oggettivo: il vantaggio prospettato deve essere chiaro e univoco) e legittimo (elemento soggettivo: deve sussistere la buona fede e la convinzione di avere titolo al vantaggio deve essere plausibile).

Altri principi generali richiamano i nostri canoni costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento: il principio della buona amministrazione include sia l'obbligo di un impiego efficace ed efficiente delle risorse, sia di rispetto del procedimento previsto per l'esercizio del pubblico potere e vale, anche, come divieto di **maladministration**.

Una attenzione particolare è stata dedicata al **principio del contraddittorio**, con specifico riguardo alla regola dell'audi alteram partem, il diritto di essere sentiti, che dal processo, è passato al procedimento amministrativo ed è divenuta una garanzia (essenziale) ineludibile per gli interessati anche nei paesi di common law.

I **principi di sussidiarietà e di leale collaborazione** riguardano le relazioni organizzative tra amministrazioni al fine di assicurare una corretta attribuzione delle funzioni amministrative al livello di governo più vicino al cittadino, che risulti più adeguato a svolgerle (sussidiarietà) e di garantire la correttezza nelle relazioni tra i diversi livelli di governo e le diverse autorità (nazionali e comunitarie).

Ma il principio che ha assunto il maggiore rilievo in ambito comunitario con importanti ricadute in sede nazionale è stato **quello di proporzionalità**. Alla luce di tale principio, le autorità comunitarie (ma anche quelle nazionali) non possono imporre, sia con atti normativi, sia con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore (cioè sproporzionata) a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo (cioè adeguato all'obiettivo da perseguire) e necessario (nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile).

I principi generali del diritto amministrativo europeo tendono quindi a fondersi e a integrarsi reciprocamente con i diritti nazionali e ciò costituisce uno stimolo per perfezionare il diritto amministrativo in sede sia nazionale che europea.

5. I principi generali del diritto processuale amministrativo nel nuovo Codice.

Una ulteriore caratteristica del diritto amministrativo è costituita dal fatto che gli aspetti sostanziali si fondono spesso con quelli processuali.

Una ragione di ciò è rappresentata dal già menzionato ruolo della giurisprudenza, che, unitamente alla dottrina, ha conferito sistematicità a discipline spesso tra loro eterogenee, ricostruendo istituti di diritto sostanziale anche tenendo conto degli effetti delle varie tesi sulla tutela giurisdizionale.

L'assenza di una legislazione sistematica ha riguardato anche le norme processuali, rimaste sparse in una molteplicità di testi normativi, non sempre coordinati tra loro: le prime regole processuali relative al Consiglio di Stato risalgono al 1907 e al 1924 ed hanno poi subito solo parziali modifiche e integrazioni ad opera della legge istitutiva dei T.a.r. nel 1971 e dalle ulteriori riforme processuali del 1998 (d.lgs. n. 80) e del 2000 (l. n. 205), accompagnate da molteplici interventi legislativi relativi a singoli settori.

Il risultato di tale stratificazione di norme era stato un complesso di regole, piene di rinvii reciproci anche a testi normativi non processuali.

Nei dibattiti sul tema che nel corso degli anni si sono succeduti, nessuno ha mai dubitato della parziale inadeguatezza del processo amministrativo a dare risposta alla crescente domanda di giustizia nei confronti della pubblica amministrazione.

L'approvazione del Codice del processo amministrativo con il d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104, ha costituito il recepimento di quelle tesi dirette a ritenere sussistente una esigenza ormai indifferibile di intervenire sulle regole del processo amministrativo, non per sfiducia nei confronti della giurisprudenza o della dottrina, ma per la convinzione che solo con la legge è possibile "canonizzare" le conquiste della giurisprudenza e della dottrina e, nel contempo, imprimere nuovo impulso all'evoluzione del processo amministrativo (**NIGRO**).

I principi generali mirano a costituire per l'interprete gli elementi di fondo, caratterizzanti la disciplina di cui è chiamato a fare applicazione ossia la disciplina del processo amministrativo.

Di qui il senso dell'individuazione — non meramente riproduttiva di regole già note— di alcuni principi generali, riferibili alla giustizia ed al processo amministrativo e già in parte contenuti in dati positivi, derivanti dal diritto europeo costituzionale ed aventi lo scopo di fornire un ausilio, all'interprete ed al giudice, per definire le controversie che non possano essere decise applicando una precisa disposizione o disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe.

Fin dall'entrata in vigore del T.U. della legge sul Consiglio di Stato (r.d. 26 giugno 1924 n. 1054), e anche dopo la legge istitutiva dei T.A.R. (legge n. 1034/ 1971), a differenza del processo civile, il processo amministrativo è stato retto da poche regole e ciò ha consentito che, anche a normativa immutata, il giudice amministrativo avesse un maggiore margine per adattare tali regole e costruirne in via pretoria di nuove, al fine della ricerca di strumenti di tutela sempre più effettivi.

Tale evoluzione è stata tuttavia graduale ed ha subito anche dei momenti di arresto nel corso degli anni ed è partita da un modello di processo, ovviamente impugnatorio, in cui la tutela risultava spesso di tipo formale.

Notevoli sono stati gli sforzi della giurisprudenza amministrativa per giungere a tecniche di tutela sempre meno formali e sempre più ispirate al principio dell'effettività e nell'ambito di tale evoluzione proprio l'effettività della tutela è stato il principio cardine che ha guidato le decisioni del giudice amministrativo.

Il tratto distintivo dell'evoluzione del processo amministrativo è stato, quindi, **la ricerca dell'effettività della tutela giurisdizionale** (art. 24 Cost.) e tale evoluzione, sotto alcuni profili in corso, può subire una accelerazione e una consacrazione proprio con l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo e con la codificazione dei principi generali, primo fra tutti quello dell'effettività e della pienezza della tutela (piena perché estesa a ogni forma di tutela, compresa quella risarcitoria).

L'art. 1 del Codice sancisce che “la **giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo**”. Con il richiamo ai principi del diritto europeo si è inteso fare riferimento ai principi sia dell'Unione europea, sia della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), con ciò conferendo ulteriore crisma di legittimità a quella tendenza dell'ordinamento a strutturarsi come un sistema connotato dall'esistenza di una rete europea di garanzie costituzionali e processuali, da tribunali sovranazionali e nazionali, che interagiscono come giurisdizioni appartenenti a sistemi differenti ma tra loro collegati.

Il richiamo ai principi del diritto europeo costituisce, dunque, un ulteriore tassello nell'ambito del processo, descritto nei paragrafi precedenti, di formazione di uno **ius commune administrativum**.

Tale processo, ormai collaudato per il diritto dell'Unione europea, si è progressivamente esteso ai principi del diritto europeo derivanti dalla CEDU e i termine “diritto europeo” appare il più idoneo a rappresentare tale fenomeno.

Altro principio generale, contenuto nel Codice, è **quello del giusto processo** amministrativo, tradotto, oltre che nel principio della ragionevole durata, nella essenziale regola della parità delle parti che deve essere effettiva e garantita in ogni stato e grado della controversia.

Non va dimenticato che l'effettività della tutela si sostanzia nella essenziale questione del rispetto della ragionevole durata del processo.

Il processo può essere ingiusto per il sol fatto che dura, lo è certamente quando dura troppo, di sicuro è arbitrario quando consente alla pubblica amministrazione che gode del potere di autotutela esecutiva, di consolidare illegittimamente situazioni di vantaggio senza assicurare tutela al cittadino che abbia visto lesa un suo interesse legittimo o diritto soggettivo

La legge processuale è—in questa chiave—una variabile importante per assicurare la ragionevole durata del processo. La codificazione di pochi ma essenziali principi del processo amministrativo rappresenta un significativo elemento, che consolida conquiste giurisprudenziali e pone le base per successivi sviluppi del diritto amministrativo non solo processuale e per il completamento del processo di formazione di un diritto amministrativo europeo.

6. Verso un diritto amministrativo europeo.

Il formarsi di un diritto amministrativo europeo, di uno *ius commune administrativum*, che trae linfa dal processo di integrazione circolare tra diritto comunitario e diritti nazionali, ma che può anche costituire una risposta all'inadeguatezza dei singoli ordinamenti nazionali a risolvere problematiche e fattispecie, che assumono sempre più una dimensione neanche solo europea, ma globale, rappresenta, ormai, un dato acquisito.

Nell'ambito di tale processo, si è in presenza di una chiara crisi della sovranità statale e di una asimmetria tra i confini politici e contenuti economici e sociali, ormai fuoriusciti dal contenitore statale.

Del resto, ben prima della nascita della Comunità europea la crisi della sovranità statale era stata delineata da SANTI ROMANO, che aveva evidenziato il rischio di vedere nello Stato il massimo e

ultimo termine di riferimento di tutto ciò che concerne lo sviluppo dell'umanità; SANTI ROMANO aveva già sviluppato la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, sottolineando l'infondatezza della dottrina che riconduce ogni diritto a quello dello Stato e richiamando ad esempio proprio l'ordinamento della comunità internazionale, quale entità a sé cui i singoli Stati sono, sia pure limitatamente, subordinati.

L'ordinamento dell'Unione europea è certamente uno dei motori di tale cambiamento, ma sarebbe erroneo ritenere che sia o che debba essere l'unico. La ribadita centralità del potere pubblico anche nel diritto comunitario deve costituire uno stimolo per quegli Stati, come l'Italia, in cui dottrina e giurisprudenza hanno da sempre approfondito i diversi aspetti dell'esercizio del potere pubblico.

Tale rivendicazione "nazionale" non va posta in contrapposizione con il formarsi di un diritto amministrativo europeo, ma deve anzi avere proprio l'obiettivo di fornire un contributo nell'ambito di un processo, che ha visto in passato troppo spesso il nostro ordinamento subire "passivamente" gli effetti dell'integrazione comunitaria senza farsi promotore di soluzioni, anche maggiormente compatibili con la nostra tradizione giuridica.

Anche la spesso affermata non conoscenza dell'interesse legittimo da parte del diritto comunitario è una questione (sopravalutata)meramente terminologica: pur non utilizzando il concetto di interesse legittimo, l'ordinamento comunitario ben conosce le forme di esercizio del potere e i loro effetti sulle posizioni giuridiche dei privati ed anzi in alcun modo predilige il modello dei rapporti giuridici paritetici a scapito del classico regime pubblicistico del diritto amministrativo (**G. GRECO**); la qualificazione giuridica può essere diversa, ma le problematiche sono le stesse e l'esperienza del diritto amministrativo italiano è a volte sotto-utilizzata per dare una risposta a problematiche comuni a livello europeo.

7. I rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario.

Il progressivo affermarsi del principio del primato del diritto comunitario.

I rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario hanno costituito oggetto, nel corso degli anni, di un lungo processo evolutivo scandito da diverse pronunce della Corte Costituzionale che, sotto la spinta della Corte di giustizia e con l'ausilio della dottrina, ha via via riconosciuto il principio del primato del diritto comunitario su quello nazionale.

Oggi, infatti, si ritiene pacificamente che i rapporti tra i due ordinamenti siano retti dal c.d. principio del primato del diritto comunitario, in forza del quale la norma interna contrastante con il diritto comunitario direttamente applicabile deve essere disapplicata sia dal giudice nazionale che dalla pubblica amministrazione.

A questo risultato interpretativo si è giunti attraverso una complessa evoluzione nell'ambito della quale possono individuarsi quattro fasi ben distinte.

1.1. La prima fase: la Corte Costituzionale afferma il principio di equiordinazione tra diritto comunitario e diritto interno. Nella prima fase, la Corte Costituzionale ha assunto una posizione rigorosamente tradizionale e pervasa dalla **concezione dualista dei rapporti** tra i due ordinamenti.

Sul presupposto che il Trattato Ce spiegasse l'efficacia ad esso conferita dalla legge di esecuzione, la Corte ha escluso la prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale, ritenendo che il rapporto tra norme comunitarie e norme interne (al pari del rapporto tra norme internazionali e norme interne) fosse di equiordinazione. Da qui l'applicazione del **principio generale della**

successione di leggi nel tempo, con la conseguente ammissione della possibilità di abrogazione o di modifica della norma comunitaria da parte della legge nazionale successiva.

In questa fase risulta, altresì, fermo il convincimento che le norme comunitarie siano suscettibili di sindacato da parte della Corte Costituzionale, anche se non direttamente, ma per il tramite della norma interna con cui lo Stato ha dato esecuzione al Trattato istitutivo (Corte Cost. 27 dicembre 1965, n. 98).

1.2. La seconda fase: la norma interna in contrasto con il diritto comunitario può essere dichiarata incostituzionale. Successivamente, con la sentenza costituzionale n. 183/1973 (che trova uno sviluppo più chiaro nella sentenza n. 232/1975), si inaugura la seconda fase del processo evolutivo, in cui la Corte Costituzionale, dopo aver riconosciuto per la prima volta l'efficacia diretta nei confronti di Stato e cittadini dei regolamenti comunitari, indipendentemente dal recepimento interno, approda al riconoscimento del principio di primazia del diritto comunitario sul diritto interno.

In questa fase, a sostegno dell'affermato primato del diritto comunitario, la Corte Costituzionale utilizza lo strumento della declaratoria di incostituzionalità delle norme interne contrastanti con le norme comunitarie, valorizzando il disposto dell'art. 11 Cost., con la conseguenza che tutte le norme interne in contrasto con il diritto comunitario risulteranno affette di incostituzionalità per violazione dell'art. 11 Cost.

Inizialmente la Corte costituzionale nega il primato..... poi afferma l'incostituzionalità della legge anticomunitaria

Anche tale ricostruzione della Corte Costituzionale è stata oggetto di critiche da parte della Corte di Giustizia, la quale si è opposta ad un sistema di controllo accentrato della conformità delle norme nazionali alle norme comunitarie, affidato alla Corte Costituzionale. Secondo i Giudici europei, infatti, la prevalenza del diritto comunitario comporta, alla luce del principio dell'efficacia diretta ed uniforme e del principio dell'effetto utile del diritto comunitario, che le norme comunitarie debbono potersi affermare da subito negli ordinamenti nazionali, senza che ai fini di detta prevalenza si debba aspettare, con i tempi tecnici e le alee del caso, gli interventi della Corte Costituzionale. L'integrazione tra ordinamento comunitario e nazionale comporta in definitiva che le norme comunitarie siano applicabili per forza propria, per il solo fatto della loro entrata in vigore e che a partire da questo momento dette norme impediscano la valida formazione di atti legislativi interni incompatibili ed obblighino i Giudici (al pari delle amministrazioni pubbliche e di qualsiasi altro operatore interessato all'applicazione di una norma comunitaria in sospetto contrasto con il diritto nazionale) all'integrale ed immediata applicazione della norma comunitaria e disapplicazione della norma interna incompatibile, salva la possibilità di sollevare questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia in caso di interferenza interpretativa.

1.3. La terza fase: l'obbligo di disapplicare la norma interna in contrasto con il diritto comunitario. Le critiche mosse dalla Corte di giustizia sono state recepite dalla Corte Costituzionale a partire dalla sentenza n. 170/1984, che inaugura la terza fase dell'evoluzione dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale.

Con tale sentenza la Consulta ha rinvenuto nel meccanismo della disapplicazione il criterio cui ricorrere per risolvere i contrasti con le norme comunitarie incompatibili. Si è in particolare affermato che in caso di sopravvenienza di una norma comunitaria contrastante con una norma nazionale preesistente, quest'ultima deve intendersi automaticamente caducata; viceversa, nell'ipotesi in cui ad una norma comunitaria segue una norma nazionale incompatibile, quest'ultima dovrà essere neutralizzata dal giudice nazionale attraverso lo strumento della disapplicazione.

La giustificazione teorica di tale conclusione è che, per effetto dell'operare congiunto dell'art. 11 Cost (testo: *L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali [60 2, 78, 87 9, 103 3, 111 7; 310 c.p.] ; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*) e della legge di esecuzione del Trattato, l'ordinamento nazionale si ritrae lasciando così spazi liberi alla produzione normativa del distinto ed autonomo ordinamento dell'Unione europea. **La norma interna incompatibile non è tuttavia né abrogata né affetta da invalidità per il suddetto** contrasto: resta semplicemente quiescente, ossia temporaneamente incapace di trovare applicazione in quanto il suo terreno è stato occupato da una norma comunitaria rispetto alla quale la norma nazionale deve ritrarsi con la conseguenza che il giudice, così come la P.A., dovranno considerarla tamquam non esset.

Pur giungendo a risultati sostanzialmente coincidenti con quelli della Corte di giustizia, le impostazioni di fondo dei due Giudici Supremi restano ancora divergenti.

Secondo la Corte Costituzionale i due ordinamenti sono autonomi e separati, anche se coordinati: le norme comunitarie continuano a far parte di un ordinamento esterno, al quale si coordina quello nazionale per effetto di un peculiare fenomeno di ritrazione della legge statale in adempimento ad obblighi internazionali sanciti con il Trattato.

Secondo la Corte di Giustizia, al contrario, i due ordinamenti sono legati da un rapporto di integrazione, nel senso che pur essendo distinti dal punto di vista genetico, confluiscono nell'ambito di un ordinamento unitario.

La suindicata divergenza interpretativa, lungi dal rappresentare una questione solo dogmatica, comporta rilevanti ripercussioni pratiche.

Aderendo alla tesi della separatezza degli ordinamenti, si dovrebbe, infatti, coerentemente ritenere che le norme comunitarie non si inseriscono nell'ordinamento interno. Ciò comporta, da un lato, che il contrasto tra le norme comunitarie e le norme di diritto interno non determina l'invalidità di queste ultime, comportandone solo ed esclusivamente la disapplicazione; dall'altro, che la stessa norma comunitaria, in quanto estranea all'ordinamento, non può essere assunta né come parametro di legittimità dell'azione amministrativa, né come fonte del potere che l'autorità amministrativa ha esercitato con l'emanazione dell'atto.

Accogliendo la tesi dell'integrazione dei due ordinamenti, si giunge, invece, a conclusioni opposte, sia per quanto riguarda il regime della norma di diritto interno, da ritenersi invalida e non semplicemente disapplicabile, sia per quanto concerne la possibilità di rinvenire nella stessa norma comunitaria il parametro di legittimità dell'atto amministrativo e la fonte attributiva del potere di emanarlo.

1.4. La quarta fase: il recepimento della c.d. teoria monistica e il nuovo art. 117 Cost. Questa divergenza risulta, tuttavia, attenuata nella quarta fase del processo evolutivo in esame, nella quale la Corte Costituzionale ha mostrato alcune significative aperture verso la tesi monistica patrocinata dalla Corte di Giustizia. **Con la sentenza n. 384/1994**, la Corte Costituzionale ha ammesso il sindacato principale di legittimità costituzionale di un legge regionale per violazione del diritto comunitario.

A sostegno di tale conclusione, di segno diverso rispetto a quella raggiunta per il sindacato incidentale, la Corte ha invocato, anzitutto, una esigenza di certezza del diritto che rende preferibile una verifica preventiva (quale era quella esistente sulle legge regionali prima della riforma del Titolo V ad opera della legge cost. n. 3/2001) in ordine alla legittimità costituzionale della norma,

evitando l'immissione nel circuito normativo di disposizioni contrastanti con norme preminenti, piuttosto che il meccanismo postumo della disapplicazione di una norma entrata nell'ordinamento. Un avvicinamento alla tesi monistica da parte della Corte Costituzionale si ravvisa anche **nella sentenza n. 383/1998**, che ha considerato le norme comunitarie quali disposizioni alla cui stregua verificare il rispetto delle norme costituzionali che impongono la riserva di legge in determinate materie, oppure nella **sentenza n. 425/1999**, che ha ritenuto le norme comunitarie come fondamento del potere regolamentare esercitato dal Governo in via sostitutiva rispetto alle Regioni. Infine, la tesi della separazione risulta difficilmente compatibile con quell'orientamento, più volte patrocinato dalla Corte Costituzionale, che esclude l'ammissibilità di un referendum abrogativo di legge interna laddove l'esito abrogativo possa condurre alla violazione di una norma comunitaria e, quindi, ad un giudizio di responsabilità dello Stato sul piano internazionale (**Corte Cost., 7 febbraio 2000, n. 45; Corte Cost., 7 febbraio 2000, n. 41**). Da ultimo, la tesi dell'integrazione sembra essere stata recepita anche dal legislatore costituzionale. Si fa riferimento alla **nuova formulazione dell'art. 117 Cost.** (*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali* ...) che ha costituzionalizzato i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. La norma, quale risultante dalla novella, conferma la tesi dell'integrazione, posto che l'efficacia delle norme comunitarie non è più frutto di una scelta contingente e reversibile, ma si atteggia a situazione compiuta nella quale lo Stato italiano ha deciso di integrarsi in modo permanente in sede europea, trasformando il proprio ordinamento in ordinamento parziale di un ordinamento unitario.

Non sembra, peraltro, che la costituzionalizzazione del vincolo comunitario di cui all'art. 117 Cost. imponga un ritorno al passato, ossia il passaggio dal meccanismo della disapplicazione a quello del sindacato di costituzionalità anche in sede incidentale della norma violativa del diritto comunitario. Ed invero, la previsione costituzionale non intacca il principio comunitario di primazia che impone, in omaggio ai criteri dell'efficacia diretta e dell'effetto utile ex art. 10 Trattato, la non operatività immediata, verificabile immediatamente dal giudice del caso concreto, delle norme interne violative del diritto comunitario.

D'altra parte, l'incostituzionalità della norma non toglie che essa sia anche anticomunitaria, ossia affetta da un vizio ancora più radicale che ne comporta la non applicazione con effetto istantaneo. Sul piano pratico, inoltre, sarebbe paradossale che la volontà costituzionale di rendere più solenne il vincolo comunitario possa produrre l'effetto opposto di renderlo meno intenso con il riconoscimento dell'efficacia della legge nazionale in pendenza del giudizio di costituzionalità.

Va, tuttavia, evidenziato che recentemente **le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (17 aprile 2009, n. 9147)**, occupandosi delle conseguenze derivanti in capo allo Stato in caso di mancata o tardiva trasposizione da parte del legislatore italiano nel termine prescritto delle direttive comunitarie (nella specie le direttive non auto esecutive in tema di retribuzione della formazione dei medici specializzandi) hanno di nuovo fatto riferimento alla teoria dualista, affermando che il diritto degli interessati al risarcimento dei danni va ricondotto allo schema della responsabilità per inadempimento di una obbligazione ex lege dello Stato, di natura indennitaria per attività non antiggiuridica. Ciò proprio in base alla considerazione che, stante il carattere autonomo e distinto tra i due ordinamenti, comunitario e interno, il comportamento del legislatore è suscettibile di essere qualificato come antiggiuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno.

Tale arresto delle Sezioni Unite è stato, tuttavia, successivamente ridimensionato, proprio nella parte in cui faceva riferimento alla costruzione dualista, da un'ulteriore sentenza della **Corte di Cassazione, della III Sezione (17 maggio 2011, n. 10813)**, che, sempre occupandosi della natura della responsabilità dello Stato-legislatore per mancata o tardiva attuazione di direttive comunitarie,

ha riaffermato la tesi della responsabilità contrattuale, ma, questa volta, sulla base di considerazioni certamente compatibili con una ricostruzione in termini monistici dei rapporti tra i due ordinamenti.

La III Sezione della Corte di Cassazione, quasi procedendo ad una sorta di “interpretazione autentica” della sentenza n. 9417 del 2009, chiarisce che le Sezioni Unite non avevano in realtà inteso escludere la illiceità tout court della condotta dello Stato inadempiente.

Esse avevano soltanto escluso l’illiceità ai sensi dell’art. 2043 c.c. Il comportamento del legislatore che non attua la direttiva, quindi, è un illecito, e lo è anche sul piano del diritto interno, ma non è un illecito aquiliano, bensì un illecito contrattuale, in quanto deriva dall’inadempimento di un’obbligazione (quella di recepire la direttiva e di soddisfare la pretesa dei singoli che la direttiva riconosce) che rileva già sul piano dell’ordinamento nazionale.

La fonte normativa della idoneità del fatto a produrre l’obbligazione in questione discende direttamente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, manifestatasi per la prima volta con la nota sentenza 19 novembre 1991, Francovich, cause C-6/90 e C-9-90 e, quindi, precisata dalla sentenza 5 marzo 1996, Brasserie du Pêcheur e Factortama III, cause C-46/93 e C-48/93. E così, continua la sentenza della Corte di Cassazione, **“in forza della necessità di riconoscere sul piano dell’ordinamento interno i dicta della Corte di Giustizia, l’inadempimento del legislatore italiano all’attuazione di una direttiva riconoscente in modo specifico determinati diritti ai singoli, ma non self-executing, è venuta a connotarsi sul piano dell’ordinamento interno come fatto generatore di un’obbligazione risarcitoria, cioè come fonte di un’obbligazione di ristoro, ed è evidente che, se da luogo ad un’obbligazione di questo tipo, cioè che impone una prestazione a ristoro dell’inadempimento, tale comportamento si caratterizza necessariamente come anti-giuridico anche sul piano dell’ordinamento interno, dato che è da considerare nel suo ambito come “fatto” produttivo della nascita di un’obbligazione e, quindi, di una conseguenza negativa per lo Stato”**.

Ancora, a favore dell’impostazione dualista, deve segnalarsi, sempre successivamente al citato arresto delle Sezioni Unite, **la sentenza n. 28/2010 della Corte costituzionale**.

Si tratta una sentenza importante perché per la prima volta la Corte dichiara incostituzionale, in un giudizio in via incidentale, una norma interna confliggente con una norma comunitaria non direttamente applicabile, stante l’impossibilità di operarne la disapplicazione o di correggerla mediante una interpretazione conforme. Ma il punto principale è l’inciso a metà del par. 7 del Considerato in diritto, quando la Corte approfitta per segnalare che le norme comunitarie **« sono cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie nell’ordinamento italiano per il tramite degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. »** mostrando così una chiara apertura a favore della tesi monistica

1.5. La tendenza a relativizzare il valore del giudicato in contrasto con il diritto comunitario.

Recentemente la Corte di giustizia ha precisato che il principio del primato del diritto comunitario ha una forza tale da imporsi anche sul giudicato nazionale che, pertanto, ove si sia formato in contrasto con il diritto comunitario, deve essere addirittura disapplicato.

Si fa riferimento alla sentenza Lucchini (**Corte giust., 18 luglio 2007, C-119/05**). Secondo la Corte, il diritto comunitario osta all’applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l’art. 2909 del c.c. italiano, volta a sancire il principio dell’autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l’applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva.

Successivamente, tuttavia, la Corte di Giustizia (**Corte giust. CE, sez. II, 3 settembre 2009, Fallimento Omniclub**) ha attenuato la portata della decisione Lucchini, affermando che il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione. Ciò in quanto, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (**sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler**). Richiamando espressamente la sentenza Lucchini, la Corte di giustizia, in parte prendendone le distanze, afferma che essa non è atta a rimettere in discussione l'analisi sopra svolta in quanto **“tale sentenza riguardava una situazione del tutto particolare in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e la Comunità in materia di aiuti di Stato, posto che la Commissione delle Comunità europee dispone di una competenza esclusiva per esaminare la compatibilità di una misura nazionale di aiuti di Stato con il mercato comune”** (v., in tal senso, sentenza Lucchini, cit., punti 52 e 62). Fatta questa premessa, tuttavia, la sentenza Omniclub contiene alcune affermazioni che vanno comunque ad attenuare la c.d. efficacia esterna del giudicato (cioè l'efficacia del giudicato in un diverso processo, pendente sempre tra le stesse parti).

Secondo la nostra giurisprudenza nazionale (formatasi soprattutto in materia tributaria), infatti, qualora due giudizi tra le stesse parti abbiano riferimento al medesimo rapporto giuridico, ed uno dei due sia stato definito con sentenza passata in giudicato, l'accertamento così compiuto in ordine alla situazione giuridica ovvero alla soluzione di questioni di fatto e di diritto relative ad un punto fondamentale comune ad entrambe le cause, formando la premessa logica indispensabile della statuizione contenuta nel dispositivo della sentenza con autorità di cosa giudicata, preclude il riesame dello stesso punto di diritto accertato e risolto, e ciò anche se il successivo giudizio abbia finalità diverse da quelle che hanno costituito lo scopo ed il petitum del primo. Principio che si ritiene non trova deroga anche in ordine ai rapporti giuridici di durata e alle obbligazioni periodiche che eventualmente ne costituiscono il contenuto, sui quali il giudice pronuncia con accertamento su una fattispecie attuale, ma con conseguenze destinate ad esplicarsi anche in futuro, sicché l'autorità del giudicato impedisce il riesame e la deduzione di questioni tendenti ad una nuova decisione su quelle già risolte con provvedimento definitivo, il quale, pertanto, esplica la sua efficacia anche nel tempo successivo alla sua emanazione, con l'unico limite di una sopravvenienza di fatto o di diritto, chemuti il contenuto materiale del rapporto o ne modifichi il regolamento (cfr. ad es. Cass. n. 16959/2003; Cass. n. 9685/2003; Cass. n. 19426/2003; Cass. n. 15931/2004 e da ultimo sez. un. n. 13916/2006). Nella sentenza Omniclub, la Corte di Giustizia ha imposto il superamento di questo principio, affermando che il giudicato in contrasto con il diritto comunitario, pur non potendo essere rimesso in discussione in ordine al rapporto su cui si è pronunciato, non può, tuttavia, spiegare effetti esterni (essere cioè ritenuto vincolanti in altri giudizi, tra le stesse parti in cui venga dedotto lo stesso rapporto di durata).

La tesi del c.d. giudicato esterno (fino ad allora accolta dalla giurisprudenza nazionale) determinerebbe la conseguenza inaccettabile che, laddove la decisione giurisdizionale divenuta irrevocabile sia fondata su un'interpretazione contrastante con il diritto comunitario, **“la non corretta applicazione di tali regole si riprodurrebbe con riferimento a ciascun nuovo [periodo], senza che sia possibile correggere tale erronea interpretazione”**.

Sicché, in definitiva, deve ritenersi, ad avviso della Corte di giustizia, che, seppure in assenza di una normativa comunitaria in materia, le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio

dell'autonomia procedurale di cui gli stessi godono, nondimeno le stesse **“non possono essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario » (principio di effettività).**

Si può, pertanto, concludere che oggi, a fronte di un giudicato in contrasto con il diritto comunitario, si debba operare una distinzione tra effetti interni ed effetti esterni.

Gli effetti interni rimangono fermi (la questione decisa non può essere rimessa in discussione), salvo il caso degli aiuti di Stato, in cui l'Unione europea gode di competenza esclusiva; gli effetti esterni vanno, invece, esclusi laddove il giudicato che si va ad invocare sia contrastante con il diritto comunitario, in quanto altrimenti si finirebbe per rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento europeo.

Tale limitazione agli effetti esterni del giudicato è stata prontamente recepita dalla **Corte di cassazione con la sentenza, sez. trib., 10 maggio 2010, n. 12249**. Sempre sui rapporti tra diritto comunitario e giudicato, va segnalata anche la giurisprudenza comunitaria secondo cui la P.A. ha l'obbligo di riesaminare un atto amministrativo adottato in violazione del diritto comunitario, anche quando esista ormai un giudicato che abbia escluso l'illegittimità del provvedimento medesimo.

Si fa riferimento, anzitutto, alla **sentenza Corte giust. CE, 13 gennaio 2004, n. 453 Kuhne & Heitz**, in cui la Corte di giustizia afferma che il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE impone ad un organo amministrativo, investito di una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora:

- disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione;
- la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza;
- tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale;
- l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza.

Nella successiva sentenza della Corte 1° febbraio 2008, C-2/06, Kempter la Corte ha ulteriormente precisato, attenuando la portata restrittiva delle condizioni fissate dalla precedente decisione, che:

- 1) Nell'ambito di un procedimento dinanzi ad un organo amministrativo diretto al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva in virtù di una sentenza pronunciata da un giudice di ultima istanza, la quale, alla luce di una giurisprudenza successiva della Corte, risulta basata su un'interpretazione erronea del diritto comunitario, tale diritto non richiede che il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno da esso proposto contro tale decisione;
- 2) Il diritto comunitario non impone alcun limite temporale per presentare una domanda diretta al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva.

Gli Stati membri rimangono tuttavia liberi di fissare termini di ricorso ragionevoli, conformemente ai principi comunitari di effettività e di equivalenza

1.6. La Corte Costituzionale per la prima volta ammette (ma solo nel giudizio in via principale) la possibilità di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Un'ulteriore tappa importante nell'evoluzione dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario si è avuta con **le ordinanze nn. 102 e 103 del 2008**, con le quali, per la prima volta, la Corte costituzionale ha ammesso la possibilità di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, compiendo quel passo—più volte auspicato dalla dottrina—che le ha fatto finalmente varcare la soglia del Palazzo del Kirchberg.

Queste pronunce hanno segnato l'abbandono, da parte del giudice costituzionale, di quella posizione di rigida chiusura nei confronti della possibilità di considerarsi organo legittimato a chiedere direttamente l'intervento pregiudiziale della Corte di Lussemburgo, che aveva sino ad oggi rappresentato l'ostacolo principale alla possibilità di instaurare un dialogo diretto con il supremo organo comunitario.

In passato, infatti, occupandosi del giudizio di costituzionalità in via incidentale, la Corte aveva espressamente escluso la possibilità del rinvio pregiudiziale.

In particolare, nell'ordinanza n. 536 del 1995, aveva chiarito che «nella Corte costituzionale non è ravvisabile quella “giurisdizione nazionale” alla quale fa riferimento l'art. 267 del trattato; che è invece il giudice rimettente, il quale alleghi la norma comunitaria a presupposto della censura di costituzionalità, a doversi far carico, in mancanza di precedenti puntuali pronunce della Corte di giustizia, di adire quest'ultima per provocare quell'interpretazione certa ed affidabile che assicuri l'effettiva rilevanza e non manifesta infondatezza del dubbio di legittimità costituzionale circa una disposizione interna che nel raffronto con un parametro di costituzionalità risenta, direttamente o indirettamente, della portata della disposizione comunitaria».

Nelle ordinanze n. 102 e 103 del 2008, la Corte costituzionale non nega la propria precedente giurisprudenza, tesa ad eludere la legittimazione a sollevare la questione pregiudiziale nei giudici in via incidentale — dove un giudice a quo esiste —, ma la ammette soltanto nei giudizi in via principale, dove la Corte stessa è giudice non di ultima, ma addirittura di unica istanza. In questi casi, allora, il suo eventuale rifiuto di effettuare il rinvio comporterebbe un'inaccettabile lesione del generale interesse all'applicazione del diritto comunitario.

Seguendo uno schema logico opposto a quella che essa impone ai giudici comuni, la Corte costituzionale, in questo caso ha, tuttavia, sottolineato una sorta di «priorità» della questione di costituzionalità rispetto a quella pregiudiziale. Ai fini della rilevanza della questione, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia deve essere preceduto da una valutazione di infondatezza degli eventuali profili di legittimità costituzionale dedotti dal ricorrente.

In tempi più recenti, peraltro, la Corte ha manifestato un'apertura verso la possibilità di sollevare la questione pregiudiziale anche nei giudizi in via incidentale. Si fa riferimento, in particolare, alla **sentenza n. 28 del 2010**. Chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità di una norma legislativa nazionale con una direttiva non self-executing, la Corte ha escluso il rinvio pregiudiziale richiesto dalle parti; lo ha fatto, però, non negandosi la qualità di «giurisdizione nazionale», ma semplicemente precisando che il rinvio non è necessario quando il significato della norma comunitaria sia evidente. Sembra, quindi, che, se vi fosse stato un dubbio interpretativo, la questione sarebbe stata sollevata, nonostante il carattere incidentale del giudizio.

8. Le fonti del diritto comunitario.

2.1. I Trattati istitutivi.

Al vertice dell'ordinamento giuridico comunitario si pongono i Trattati istitutivi, adottati con il consenso di tutti gli Stati membri secondo le rispettive procedure costituzionali interne. Si parla, a proposito dei Trattati istitutivi, di norme “costituzionali” dell'ordinamento comunitario, per indicare

appunto il loro valore inderogabile, tanto che potrebbero essere modificate soltanto da un nuovo Trattato istitutivo stipulato dagli Stati membri.

Nel parere n. 1/91 del 14 dicembre 1991, la Corte di giustizia ha affermato che “ **il Trattato CEE, benché sia stato concluso in forma di accordo internazionale, costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto**” ed ha altresì evidenziato la possibilità di stabilire una gerarchia tra le sue disposizioni, ritenendo che alcune, in ragione del loro contenuto materiale, non potrebbero neanche formare oggetto di revisione (ad es. le disposizioni sul sistema giurisdizionale).

Le norme del Trattato, oltre a vincolare gli Stati, possono talvolta produrre effetti diretti all'interno degli ordinamenti statali, quanto siano sufficientemente chiare, precise e incondizionate (ossia non subordinate all'emanazione di atti di recepimento interno).

2.2. I regolamenti.

Tra le fonti di diritto comunitario derivato si annoverano i regolamenti, le direttive e le decisioni. I Trattati non prevedono una gerarchia tra tali fonti, attribuendo a tutte pari forza formale; pertanto l'eventuale conflitto tra diverse fonti dovrà essere risolto secondo i criteri generali di specialità o successione di norme nel tempo.

I regolamenti comunitari hanno tre caratteristiche fondamentali:

- a) sono atti a portata generale: ossia non si rivolgono a destinatari indicati espressamente o comunque individuabile a priori, ma a categorie di soggetti determinate in astratto e nel loro insieme; b) sono, inoltre, obbligatori in tutti i loro elementi: il che significa che non è consentita una applicazione solo parziale del regolamento, né qualsiasi trasposizione suscettibile di incidere sulla portata dell'atto;
- c) sono direttamente applicabili in ciascuno Stato membro: producono, cioè effetto, nei confronti di tutti i soggetti di diritto interno, senza interposizione di alcuna misura nazionale; conseguentemente essi attribuiscono direttamente ai cittadini comunitari diritti e obblighi che i giudici nazionali hanno il dovere di tutelare.

2.3. Le direttive.

Le direttive presentano la caratteristica di vincolare gli Stati membri cui sono dirette per quanto riguarda il risultato da raggiungere, lasciandoli tuttavia liberi quanto alla scelta della forma e dei mezzi necessari per conseguirlo. Gli Stati membri, tuttavia, nel rispetto dell'obbligo di leale collaborazione (art. 10 TCE), devono astenersi dall'adottare, nel periodo intercorrente tra l'entrata in vigore della direttiva e il termine assegnato per il recepimento, qualsiasi misura che possa ostacolare il conseguimento del risultato prescritto.

A livello comunitario è diffusa la prassi di adottare direttive dettagliate, che lasciano ben poca discrezionalità agli Stati membri circa la scelta delle modalità di attuazione.

Anche se da più parti si è contestata la legittimità di tale prassi (almeno nei casi in cui il Trattato prevede la competenza dell'Istituzione ad emanare soltanto atti obbligatori in tutti i loro elementi) la Corte di giustizia ne ha riconosciuto la legittimità, quando necessarie per conseguire il fine prefissato del Trattato (Corte giust. 14 luglio 1994, Faccini Dori, C-91/92).

comunitario.

• **DECISIONI:** sono atti obbligatori in tutti i loro elementi per i destinatari da esse designati (art. 288 TFUE). A differenza delle direttive che possono essere indirizzate solo agli stati, le decisioni possono avere come destinatari anche i singoli. Non si tratta di vere fonti del diritto ma di atti amministrativi di competenza delle istituzioni comunitarie. Non richiedono un atto di adeguamento dell'ordinamento nazionale, essendo efficaci ed obbligatorie per il soggetto che ne è destinatario.

PARERI E RACCOMANDAZIONI: non sono qualificabili come fonti del diritto, in quanto il Trattato stabilisce che non producono effetti vincolanti (art. 288, ult. par. del TFUE). L'adeguamento ad essi è il frutto di uno spontaneo comportamento dello stato membro cui sono rivolti tali atti. Il Tr. riconosce alla Commissione un potere generale di raccomandazione.

SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA: rese nell'ambito di rinvii pregiudiziali ex art. 267 del TFUE. Assumono una portata che va oltre il caso concreto nell'ambito del quale viene sollevata la questione interpretativa: sono obbligatorie per tutti i giudici che si trovino a decidere casi analoghi.

9. Le fonti nazionali, regionali e degli enti locali

a) LA COSTITUZIONE: contiene norme espressamente dedicate all'organizzazione e all'attività amministrativa (artt. 28, 97 e 98). L'art 28 detta un principio fondamentale: la responsabilità dei funzionari e della P.A, sulla base di leggi penali, civili e amministrative, per gli atti compiuti in violazione dei "diritti" (diritto inteso come situazione soggettiva protetta: vi rientrano non solo i diritti soggettivi ma anche gli interessi legittimi). L'art 97 stabilisce che l'ordinamento degli uffici deve essere disciplinato con legge per assicurare l'imparzialità e il buon andamento della P.A.

Stabilisce poi che agli impieghi nelle P.A si accede mediante concorso, salvi i casi stabiliti dalla legge.

L'art 98 stabilisce, invece, che i pubblici dipendenti sono al servizio esclusivo della Nazione; autorizza la legge a prevedere limitazioni al diritto di iscrizione ai partiti politici per categorie specifiche di dipendenti pubblici (magistrati, militari, rappresentanti diplomatici, funzionari, agenti di polizia), che necessitano di indipendenza dal potere politico.

I titoli II e III Cost. contengono la disciplina degli organi di vertice della P.A: il Presidente della Repubblica (**art. 87**) e il Governo (artt. **92-96**) e gli organi ausiliari, in particolare il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti (**art. 100**).

Le norme sulla giurisdizione (**art 111 ss.**) conferiscono valore costituzionale a una giurisdizione specifica sugli atti delle P.A: "contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi attinenti alla giurisdizione" (art. 111 Cost.); "contro gli atti della P.A è sempre ammessa tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria e amministrativa. Tale tutela non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinare categorie di atti.

La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della P.A nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa" (**art. 113 Cost.**).

Altre norme costituzionali dettano principi sull'allocazione delle funzioni amministrative fra gli enti locali: l'**art. 118, comma 1, Cost.** stabilisce che le funzioni amministrative sono attribuite ai comuni, salvo che per assicurarne l'esercizio unitario siano conferite ai livelli territoriali superiori

(province, regioni, stato), sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. Quanto ai rapporti tra enti locali e formazioni sociali, l'art. 118, comma 4, Cost. stabilisce che gli enti territoriali favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà. Dunque la Costituzione contiene numerose disposizioni che incidono direttamente o indirettamente sull'attività amministrativa che, riconoscendo libertà e diritti agli individui e alla collettività, diventano fonte di correlativi doveri a carico delle P.A (ad es l'art. 32 Cost. relativo al diritto alla salute; l'art. 33 Cost. sull'istruzione; gli artt. 52 e 53 Cost. sulla difesa della patria e sull'obbligo di pagare le tasse; l'art. 117 Cost. sulla tutela dell'ambiente).

In particolare si individuano nelle norme e principi costituzionali, quattro tipi di normative che incidono sull'organizzazione e sull'attività amministrativa

- Quelle che dettano i principi funzionali dell'organizzazione e dell'attività (legalità, imparzialità, buon andamento, responsabilità, accesso per concorso, controlli, giustiziabilità);
- Quelle che disciplinano gli organi di vertice della P.A;
- Quelle attinenti all'allocazione delle funzioni e dei poteri tra gli enti territoriali (accentramento, federalismo, autonomie, decentramento, sussidiarietà verticale), e tra enti territoriali e formazioni sociali;
- Quelle che riconoscono libertà, diritti e doveri da cui scaturiscono obblighi organizzativi e di comportamento a carico della P.A.

La Costituzione rappresenta quindi il primo fondamento legale del potere delle P.A in quanto atto sovraordinato ad ogni altra fonte di attribuzione e disciplina delle funzioni amministrative. Tuttavia essa è successiva alla formazione delle amministrazioni e del diritto amministrativo: la riconduzione delle funzioni amministrative al testo costituzionale non attiene ai caratteri essenziali del diritto amministrativo ma solo all'attuale sistema positivo.

Inoltre va tenuto conto della presenza di fonti sovraordinate (diritto comunitario) alle stesse norme costituzionali. Nonostante ciò, la Costituzione ha influito sul rinnovamento del diritto amministrativo e sul suo adeguamento alla tutela dei diritti.

b) **GLI STATUTI REGIONALI:** sono atti normativi che determinano la forma di governo e i principi fondamentali di organizzazione e di funzionamento delle regioni (art. 123, comma 1, Cost).

La riforma del titolo V Costituzione ha ampliato la potestà statutaria delle regioni.

Il nuovo art. 116, comma 1, Cost. continua a prevedere che Friuli Venezia Giulia, Sardegna, Sicilia, Trentino e Valle d'Aosta dispongono di forme e condizioni particolari di autonomia, secondo i rispettivi statuti speciali adottati con legge costituzionale. Poiché gli statuti speciali di queste regioni vengono equiparati, sul piano delle fonti del diritto, alle leggi costituzionali, è possibile che essi derogino alle disposizioni che la stessa Costituzione detta con riferimento alle regioni ordinarie.

La Costituzione, però, come una sorta di contropeso a questa forma di autonomia particolarmente accentuata, non attribuisce alle regioni a statuto speciale la elaborazione e l'approvazione dei propri statuti, che quindi per esse costituiscono fonti di disciplina eteronome. Gli statuti delle regioni ordinarie sono approvati e modificati dal Consiglio regionale con legge regionale approvata a maggioranza assoluta dei suoi componenti, con due deliberazioni successive adottate ad intervallo non minore di due mesi (art. 123, comma 2, Cost.). Una volta approvati, devono essere sottoposti a

referendum popolare se, entro 3 mesi dalla loro prima pubblicazione, ne faccia richiesta 1/50 degli elettori della regione o 1/5 dei componenti del Consiglio regionale.

In questo caso, gli statuti non possono essere promulgati se non approvati dalla maggioranza dei voti validi. Il governo resta del tutto estraneo al procedimento (diversamente di quanto avviene per gli statuti speciali), potendo solo promuovere la questione di legittimità costituzionale sugli statuti regionali dinanzi alla Corte Costituzionale entro 30 giorni dalla loro prima pubblicazione (ex art. 123 Cost.).

Nel sistema delle fonti del diritto questi statuti devono essere inquadrati in base ai criteri della gerarchia (solo in rapporto alla Costituzione e alle altre leggi costituzionali alle quali sono subordinati; e alle leggi e ai regolamenti regionali, ai quali sono sovraordinati) e della competenza (in rapporto a tutte le altre fonti del diritto).

L' art. 121 Cost. prevede come organi di governo della regione il Consiglio regionale, la Giunta e il suo Presidente, ed attribuisce a ciascuno di questi organi precise funzioni: uno statuto regionale non potrebbe prevedere organi di governo diversi o allocare le funzioni in maniera diversa.

L' art. 122, comma 1, Cost. stabilisce che il sistema elettorale e i casi di ineleggibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta e dei consiglieri regionali devono essere disciplinati con legge regionale nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica: lo statuto regionale non potrebbe provvedervi.

L' art. 123 Cost. prevede che gli statuti regionali devono essere “in armonia con la Costituzione” (e non più anche con le leggi della Repubblica).

L' art. 122, comma 5, Cost. rimette agli statuti regionali la facoltà di scegliere fra una forma di governo di tipo presidenzialista (con elezione del Presidente della Giunta a suffragio universale e diretto) e altre forme di governo (ad es. di tipo semipresidenzialista o parlamentarista). Se la potestà statutaria regionale decide per l'elezione a suffragio universale e diretto del Presidente della Giunta, deve sottostare ad un ulteriore limite previsto dall' art. 126, comma 2, Cost., il quale contiene la clausola simul stabunt, simul cadent (l'approvazione della mozione di sfiducia nei confronti del Pres della Giunta nonché la rimozione, l'impedimento permanente, la morte o le dimissioni volontarie dello stesso comportano le dimissioni della Giunta e lo scioglimento del Consiglio). **L'art. 123, comma 1, Cost.** prevede i c.d. contenuti obbligatori (materie che gli statuti regionali devono obbligatoriamente disciplinare): esercizio del diritto di iniziativa e del referendum su leggi e provvedimenti amministrativi della regione e pubblicazione delle leggi e dei regolamenti regionali.

Inoltre l'art. 123, comma 4 Cost. prevede che gli statuti regionali disciplinano il Consiglio delle autonomie locali, organo di consultazione tra la regione e gli enti locali. Un problema di rilievo riguarda la possibilità che gli statuti disciplinino contenuti ulteriori e diversi da quelli obbligatori (c.d. contenuti eventuali).

c) LE LEGGI: l'art. 97 Cost. pone il principio di legalità come cardine dell'organizzazione e dell'attività della P.A. La competenza ad adottare leggi è ripartita tra lo stato e le regioni ex art. 117 Cost., come riformato dalla l. cost. 3/2001.

Lo stato è titolare di competenze esclusive, formalmente tassative, in numerose materie, alcune trasversali a settori di competenza regionale.

Vi è poi una competenza concorrente stato-regioni: spetta allo Stato la fissazione dei principi e alle regioni la disciplina di dettaglio delle materie che vi rientrano (ad es.: l'istruzione, la tutela della salute).

Invece la potestà legislativa spetta alle regioni in tutte le materie non previste come competenza esclusiva o concorrente dello stato. Si tratta comunque di una competenza di carattere residuale poiché le competenze trasversali e i poteri sostitutivi lasciano allo stato la responsabilità ultima della tutela della collettività e dei suoi componenti.

In ogni caso una parte rilevante dell'organizzazione e dell'attività amministrativa è soggetta in tutto o in parte alla legislazione regionale. (ad es. l'art. 117, comma 2, lett. g, Cost., da cui si evince che è compito delle regioni disciplinare l'organizzazione degli enti pubblici regionali e locali).

Lo spazio assegnato alla legge può essere occupato anche mediante atti con forza di legge (decreti legislativi e decreti legge e analoghi atti a livello regionale), non esistendo in materia amministrativa una riserva di legge formale.

Dato il sistema europeo, può inoltre verificarsi la vigenza, nell'ordinamento interno, di leggi adottate in altri paesi dell'U.E (nell'ipotesi di concorrenza fra ordinamenti, ad es le discipline nazionali relative ai processi di produzione delle merci non sono oggetto di armonizzazione ma sono considerate equivalenti, in base appunto al principio di equivalenza, in modo da poter coesistere nello spazio giuridico europeo).

d) GLI STATUTI DEGLI ENTI LOCALI: l' art. 114, comma 3, Cost. riconosce e garantisce la potestà statutaria degli enti locali e configura i comuni, le province e le città metropolitane come enti autonomi con propri statuti. I limiti alla potestà statutaria agli enti locali sono fissati dalla Costituzione, che ex art. 117, comma 2, lett. p, attribuisce alla competenza legislativa esclusiva dello Stato le materie relative alla legislazione elettorale, agli organi di governo e alle funzioni fondamentali di comuni, province, città metropolitane: questi sono i limiti entro i quali può esercitarsi l'autonomia statutaria degli enti locali. Nel sistema delle fonti, gli statuti degli enti locali sono gerarchicamente sotto- ordinari solo alla Costituzione e alla legge statale adottata ex art 117, comma 2, lett. p). In relazione ad ogni altra fonte del diritto, tali statuti possono essere inquadrati solo secondo il criterio della competenza.

Altri limiti alla potestà statutaria degli enti locali derivano da altre disposizioni della Costituzione (ad es.: è sempre necessaria una legge statale o regionale per l'attribuzione agli enti locali di funzioni amministrative che comportino l'esercizio di poteri autoritativi, legge alla quale gli statuti devono conformarsi; determinate competenze dello stato nelle materie trasversali possono incidere su aspetti rimessi alla disciplina statutaria; le forme di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza non economica possono essere disciplinati anche dalla fonte legislativa regionale).

e) I REGOLAMENTI: l'art. 17 della L. 400/1988 disciplina i regolamenti dell'esecutivo.

Sono atti normativi (disciplinano una materia in termini generali), la loro violazione è censurabile dal giudice amministrativo come "violazione di legge", ma essendo atti adottati dalla P.A possono essere impugnati dinanzi al giudice amministrativo. L'impugnazione può essere fatta insieme all'atto amministrativo che ne dà attuazione ma anche direttamente, se producono effetti lesivi.

I regolamenti governativi sono approvati dal Consiglio dei Ministri, previo parere del Consiglio di Stato, emanati con decreto del Presidente della Repubblica, con il controllo preventivo della Corte dei Conti e pubblicati nella Gazzetta Ufficiale. Il Governo può adottare regolamenti senza la necessità di un'apposita previsione legislativa, tranne le ipotesi in cui l'ordinamento stabilisce che una determinata disciplina sia rimessa alla legge (es in materia penale).

Quanto al rapporto con la legge, i regolamenti sono di vario tipo

- **Regolamenti di esecuzione ed attuazione delle leggi:** adottati per specificare il contenuto di norme legislative non sufficientemente dettagliate;
- **Regolamenti indipendenti:** disciplinano materie sulle quali non esiste disciplina normativa di rango primario, purché non si tratti di materie coperte da riserva di legge;
- **Regolamenti delegati:** sono autorizzati da una legge di delega e disciplinano materie (non coperte da riserva di legge) sulle quali già esiste una disciplina legislativa, che però viene abrogata dalla legge delega con effetto a decorrere dall'entrata in vigore del regolamento.

In questo modo la gerarchia viene rispettata, perché è la legge di delega che abroga le leggi preesistenti, anche se l'effetto dell'abrogazione è posticipato all'entrata in vigore del regolamento, in modo da non lasciare la materia senza una disciplina. La legge che autorizza il Governo ad adottare tali regolamenti deve contenere i principi e i limiti entro cui la potestà regolamentare deve essere esercitata. Lo scopo che ha spinto l'introduzione di questi regolamenti è quello della delegificazione.

Regolamenti di organizzazione: volti a disciplinare l'assetto delle amministrazioni interessate (quindi l'individuazione dei dipartimenti, la definizione della pianta organica e dell'articolazione interna dei compiti tra le varie strutture).

I Regolamenti regionali. Il riparto della potestà regolamentare fra stato e regioni

Nelle materie di legislazione concorrente e in quelle di competenza esclusiva regionale, la potestà regolamentare spetta alle **regioni** (art. 117, comma 6, Cost.). La potestà regolamentare regionale è normalmente esercitata dalla giunta, ma lo statuto della regione può attribuirlo al consiglio. La Corte Costituzionale, sul punto, ha ritenuto, dopo la riforma del titolo V della Costituzione, che è stata abolita è stata eliminata una riserva di competenza in favore del Consiglio Regionale, lasciando la possibilità alle Regioni di disporre diversamente (per esempio niente esclude che la competenza ad adottare regolamenti possa essere distribuita, *ratione materiae*, fra i due organi

Il nuovo assetto della potestà regolamentare dopo la riforma del Titolo V: i pareri del Consiglio di Stato

di Francesco Sacco – francesco.sacco@uniroma1.it

(Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale e diritto pubblico generale presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università la Sapienza di Roma)

La riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione recata dalle leggi cost. n. 1 del 1999 e n. 3 del 2001 ha profondamente mutato l'assetto della potestà regolamentare dello Stato e delle Regioni. In breve, la modifica costituzionale, nell'intento di valorizzare la fonte regolamentare regionale (nell'ambito del più ampio processo di potenziamento dell'autonomia regionale, da un lato, e della forte espansione del regolamento statale in atto già da molti anni, dall'altro) ha interessato sia la titolarità del potere regolamentare regionale, sia l'ambito materiale entro il quale esso può essere esercitato. Nel primo caso, con la soppressione dell'inciso "e regolamentari" contenuto nell'art. 121, comma 2, Cost., è stata sottratta ai Consigli regionali l'attribuzione della potestà regolamentare, non essendo però chiaro se ciò implichi l'immediata attribuzione di tale potestà alle Giunte o se invece comporti solo il venir meno della esclusività della competenza consiliare, spettando poi la scelta a ciascuna Regione in sede di approvazione dei nuovi Statuti. Corollario di questa seconda opzione interpretativa è che, fino al momento dell'adozione dei nuovi Statuti regionali, la competenza all'esercizio del potere regolamentare permane in capo alle assemblee elettive.

In riferimento al secondo aspetto, invece, il novellato art. 117, comma 6, Cost. limita la potestà regolamentare dello Stato soltanto alle materie in cui esso ha competenza legislativa esclusiva, fatta salva la possibilità di delega alle Regioni. In ogni altra ipotesi (materie di competenza concorrente e residuale) il potere regolamentare è affidato agli enti regionali.

Le suddette modifiche costituzionali hanno dato origine ad una serie di nodi interpretativi di non agevole soluzione, alcuni dei quali sono stati oggetto di una serie di pareri del Consiglio di Stato in sede consultiva (sia dell'Adunanza Generale, sia della sezione consultiva per gli atti normativi).

Di notevole importanza è la questione trattata **dall'Adunanza generale del 25 febbraio 2002 (parere n. 2/02; n. sez. 12/02)**, relativa all'impatto della l. cost. n. 3 del 2001 sull'assetto dei rapporti Stato-Regioni-Province Autonome circa l'attuazione delle direttive comunitarie. Il problema, in particolare, riguarda la legittimità, anche dopo la riforma costituzionale, dei regolamenti statali "cedevoli", adottati in sostituzione delle Regioni inadempienti nell'attuazione di direttive comunitarie in materia di competenza esclusiva o concorrente. Sulla base della disciplina ora contenuta nell'art. 117, comma 5, Cost. ("Le Regioni e le Province Autonome...nelle materie di loro competenza...provvedono all'attuazione degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite dallo Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza), il **Consiglio di Stato afferma che:**

Regioni e Province Autonome devono attuare le direttive comunitarie nelle materie di propria competenza. In caso di inadempienza, spetta allo Stato, al fine di rispettare i vincoli comunitari per i quali è responsabile unitariamente (art. 11 e 117, comma 1, Cost.), agire in via sostitutiva, sentita la Conferenza Stato-Regioni ai sensi dell'art. 2, comma 3 e dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 281/1997. Le norme statali attuative in via sostitutiva della direttiva comunitaria si applicano solo nel territorio delle Regioni o Province inadempienti. Esse, "data la natura esclusivamente collaborativa dell'intervento dello Stato in materie di competenza regionale", devono necessariamente contenere la clausola della "cedevolezza", in base alla quale divengono inapplicabili "qualora le Regioni o le Province esercitino il potere loro proprio di attuazione della direttiva". La norma statale adottata nell'esercizio del potere sostitutivo "se emanata anteriormente, avrà effetto soltanto dalla scadenza dell'obbligo comunitario di attuazione della direttiva nei confronti delle sole Regioni inadempienti".

Con il parere n. 1 dell'11 aprile 2002 (n. sez. 67/02), l'Adunanza Generale, dovendo pronunciarsi sullo schema di un D.M. concernente l'istituzione e regolazione della figura professionale dell'odontotecnico (precedentemente disciplinata quale arte sanitaria ausiliaria) stabilisce innanzitutto che le disposizioni legislative attributive della potestà regolamentare al Ministro della salute (art. 6, comma 3, d.lgs. n. 502/1992; art. 1, l. n. 42/1999) devono considerarsi "venute meno" dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, poiché la materia delle "professioni" e della "salute" è stata inclusa tra quelle di legislazione concorrente, restando così preclusa allo Stato la disciplina "delle materie predette nella loro estensione e, per giunta, a livello regolamentare". L'intervento statale relativo alle professioni sanitarie, pertanto, può essere compiuto soltanto in via legislativa, con i principi fondamentali, "tale essendo il livello prescritto dall'art. 117 della Costituzione". Si precisa, infine, che in tal modo non si procede a scartare l'opzione interpretativa che consente alle Regioni "di dar vita –pur in assenza di un'espressa formulazione di principi statali – alle norme di propria competenza" ispirandosi "ai principi desunti allo stato fluido della normativa statale di settore". Tale ipotesi interpretativa, infatti, vale anche in riferimento al nuovo assetto delle competenze conseguite dalle Regioni, non trovando applicazione nel caso di specie solo perché per la "professione di odontotecnico non si

rinvengono(...)nell'ordinamento principi di rango legislativo statale di definizione della professione" (in tal senso cfr. anche il parere della Sezione Consultiva n. 1195/2002 del 22 aprile del 2002, relativo alla figura professionale dell'ottico. Con riferimento alla "valorizzazione" e "gestione" dei beni culturali e all'affermazione che solo la prima ipotesi è oggetto di legislazione concorrente, precludendo così l'intervento di regolamenti statali, v. anche il parere della Sezione consultiva n. 1794/2002 del 26 agosto 2002.).

Il parere n. 5 del 17 ottobre 2002 (n. sez. 1636/2002) dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato ribadisce l'orientamento emerso nei pareri precedentemente citati, esplicitandone gli argomenti sui quali esso si fonda, che riguardano peraltro anche profili ulteriori rispetto a quelli in precedenza affrontati. La richiesta di parere proviene dal Dipartimento per le politiche comunitarie e riguarda lo schema di regolamento sulla produzione e commercializzazione delle bevande analcoliche, predisposto ai sensi dell'art. 50, comma 1, della legge 22 febbraio 1994, n. 146 (legge comunitaria per il 1993), che autorizza l'emanazione di regolamenti di delegificazione secondo la procedura prevista dall'art. 4, comma 5, della legge 9 marzo 1986, n. 86 (legge La Pergola), il quale a sua volta rinvia alla disciplina posta dall'art. 17, secondo comma, della legge n. 400 del 1988. Il principale ostacolo alla legittimità del regolamento, secondo il Consiglio di Stato, è rappresentato dal fatto che esso attiene ad una materia (produzione e commercializzazione delle bevande analcoliche) riconducibile a quella "alimentazione" e/o "tutela della salute" che il nuovo testo dell'art. 117, comma 3, della Costituzione assegna alla potestà legislativa concorrente, con conseguente attribuzione alle Regioni –ai sensi del sesto comma del suddetto art. 117- del relativo potere regolamentare. Appare pertanto precluso l'intervento di un regolamento statale il cui ambito è ora circoscritto alle sole materie di competenza legislativa esclusiva. In particolare, il parere reso dal Consiglio di Stato ha risolto la questione attraverso il seguente iter argomentativo:

In base all'attuale formulazione dell'art. 117, comma 6, della Costituzione, lo Stato non può esercitare il proprio potere regolamentare nelle materie spettanti alla competenza esclusiva o concorrente delle Regioni, anche se si riconosca la cedevolezza delle disposizioni secondarie emanate dinanzi a quelle poste da un successivo intervento della fonte regionale. La riforma costituzionale, infatti, ha trasferito la "titolarità del potere" in questione, cosicché l'eventuale esercizio di esso da parte dello Stato comporterebbe una lesione delle competenze normative costituzionalmente attribuite alle Regioni. Né si può obiettare, come ha fatto nel caso di specie l'Amministrazione interessata, la necessità che la norma di legge ordinaria incompatibile con la nuova formulazione costituzionale (l'art. 50 della legge n. 146 del 1994 che autorizza la delegificazione) venga dichiarata incostituzionale dalla Consulta (illegittimità costituzionale sopravvenuta), rimanendo prima di quel momento pienamente efficace. Le modifiche costituzionali recentemente introdotte, infatti, devono ritenersi "immediatamente applicabili", in quanto "espressione di una disciplina destinata in via diretta a prendere il posto delle precedenti regole in tema di riparto delle competenze", come risulta, peraltro, dalla circostanza della mancata previsione di una disciplina transitoria (cfr. Punto 3 del Considerato).

La previsione del potere sostitutivo statale nel caso in cui le Regioni o le Province autonome non abbiano provveduto all'attuazione degli atti comunitari (art. 117, comma 5, Cost.) induce a ritenere che, là dove il legislatore costituzionale del 2001 ha voluto lasciare uno spazio all'intervento normativo dello Stato in ambiti di competenza regionale, lo ha statuito espressamente.

Conclusivamente, a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, devono ritenersi preclusi regolamenti statali in materie affidate alla potestà legislativa esclusiva o concorrente delle Regioni (fatta eccezione per il caso della mancata attuazione del diritto comunitario), anche se fondati su una normativa primaria anteriore alla modifica costituzionale. In tali ambiti spetta

infatti alla Regione la “gestione normativa” della materia, decidendo di volta in volta se ricorrere alla fonte legislativa ovvero regolamentare.

La violazione del novellato riparto delle competenze normative, d'altronde, può essere censurata solo in riferimento ai regolamenti nuovi, adottati successivamente all'entrata in vigore delle leggi di revisione del Titolo V della Costituzione, e non anche a quelli precedenti, che invece –in osservanza del principio di continuità dell'ordinamento giuridico- restano validi ed efficaci anche se non più conformi all'attuale quadro costituzionale. In tal senso, come è noto, si è espressa anche la Corte costituzionale (a partire dalle sentt. nn. 376 e 422 del 2002). Il parametro nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale tra ius superveniens e principio di continuità dell'ordinamento giuridico, ed il commento di G. Grasso, La Corte salva la continuità dell'ordinamento giuridico, ma indebolisce la forza delle (nuove) norme costituzionali)

Oggetto del parere della Sezione atti consultivi n. 335/2003 del 10 febbraio 2003 è uno Schema di regolamento in materia di trasporti, volto a disciplinare “le funicolari aeree e terrestri in servizio pubblico destinate al trasporto di persone”. Curiosamente, nella premessa dell'atto si afferma che: “Vista la competenza degli Enti locali in materia nonché il mutato quadro istituzionale di riferimento a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione; “Acquisito, per i motivi di cui al punto precedente ed a conclusione delle riunioni del gruppo di lavoro misto Stato-Regioni e Province autonome costituito da esperti del settore, il parere favorevole della Conferenza Stato-Regioni Rep.atti del 30 maggio 2002”. In tal modo l'amministrazione richiedente sembra presupporre la capacità dell'intesa Stato-Regione di consentire interventi normativi anche in deroga al riparto costituzionale sulle competenze regolamentari, inducendo perciò la Sezione a precisare che “l'intesa fra lo Stato e le Regioni non può ritenersi sufficiente a modificare la disciplina del riparto di competenze sulla rispettiva potestà regolamentare, trattandosi di disciplina non disponibile in quanto stabilita in modo diretto e completo dalla Costituzione nel nuovo testo del Titolo V; l'intesa perciò, pur raggiunta nella sede della apposita Conferenza, non può valere di per sé a fondare l'esercizio della potestà regolamentare dello Stato su materie non riservate alla sua competenza legislativa esclusiva”.

Nella fattispecie in esame, peraltro, il fondamento della potestà regolamentare “può essere rinvenuto direttamente nella normativa costituzionale, riguardando la materia trattata competenze riservate dalla Costituzione alla legislazione statale esclusiva non soltanto per profili specifici, come quelli riferibili alla “tutela dell'ambiente”, ma in quanto propriamente attinente alla “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”, prevista dall'articolo 117, comma 2, lettera m)”.

Dall'attività consultiva del Consiglio di Stato sin qui esaminata emergono delle indicazioni utili a ricostruire il problematico rapporto tra la fonte regolamentare statale e regionale delineato dalla recente revisione costituzionale (si tralascia, pertanto, sia la questione dell'esatta “qualificazione” di talune materie e la spettanza della relativa potestà normativa, sia quella, trattata nel parere n. 1 del 2002, dove –conformemente all'opinione manifestata dalla Consulta: sentt. n. 282 del 2002 e, successivamente, n. 94 del 2003 – si ammette la possibilità per le Regioni di legiferare nelle materie di competenza concorrente senza dover attendere l'eventuale determinazione dei principi fondamentali da parte dello Stato).

Le leggi di riforma del Titolo V della Costituzione hanno innegabilmente assegnato al potere regolamentare delle Regioni un ruolo centrale nell'attuale assetto delle fonti, dotandolo di una dirompente forza espansiva che, tuttavia, potrebbe essere parzialmente neutralizzata dal ricorso a

meccanismi – ed in specie quello delle norme statali cedevoli- concepiti per rimediare ai vuoti normativi provocati dall’eventuale inerzia regionale ma che, di fatto –come dimostra l’esperienza del periodo precedente la riforma – possono tradursi in una perdurante invasione di ambiti di competenza regionale. A tal proposito, il parere n. 5 del 2002 - pur ricorrendo ad argomenti forse non del tutto convincenti - ha fermamente escluso la possibilità che regolamenti statali possano disciplinare materie riservate alla competenza esclusiva o concorrente delle Regioni, ancorché dotati della clausola della cedevolezza. In altri termini, poiché il potere regolamentare è oggi attribuito allo Stato secondo un criterio di “stretta corrispondenza” con la propria competenza legislativa esclusiva, esso deve ritenersi “estinto” in riferimento alle materie che non sono più di sua spettanza.

Conformandosi all’orientamento della Corte costituzionale, tuttavia, anche il Consiglio di Stato invoca il principio di continuità dell’ordinamento giuridico per limitare la preclusione soltanto pro futuro, restando così salvi i regolamenti statali emanati in conformità all’assetto delle competenze precedente l’entrata in vigore della riforma costituzionale. Se in questa occasione, quindi, l’esigenza di non imbrigliare le rinnovate virtualità dell’attività normativa delle Regioni è prevalsa sull’istanza di unità e completezza dell’ordinamento giuridico potenzialmente lesa dall’inattività normativa di una o più Regioni, con riferimento al tema dell’attuazione normativa delle direttive comunitarie, invece, è sembrata ancora preponderante la considerazione per cui lo Stato è unitariamente responsabile della mancata attuazione del diritto comunitario, anche quando ad essa concorrano altri soggetti dell’ordinamento quali sono le Regioni. In virtù della “particolare coerenza che tale responsabilità assume nell’ordinamento costituzionale in conseguenza dell’art. 11 della Costituzione”, lo Stato è perciò “tenuto e (...) abilitato a mettere in campo tutti gli strumenti, compatibili con la garanzia delle competenze regionali e provinciali, idonei ad assicurare l’adempimento degli obblighi di natura comunitaria” (così la Corte costituzionale nelle sentt. nn. 126 del 1996 e 425 del 1999). L’Adunanza generale nel parere n. 2 del 2002, pertanto, non solo ribadisce la legittimità dell’esercizio del potere sostitutivo statale (oggi peraltro costituzionalizzato all’art. 117, 6 comma, Cost.) anche mediante regolamento, ma sembra risolvere implicitamente in modo positivo un’altra questione particolarmente controversa, relativa alla possibilità che l’intervento statale sostitutivo possa essere “preventivo”, cioè anteriore all’inadempienza regionale, fermo restando che soltanto a partire da questo momento esso potrà produrre i suoi effetti (cfr. Punto c del commento a questo parere). Per quel che riguarda, più in generale, la disciplina del potere sostitutivo nelle ipotesi descritte dall’art. 120 Cost., si rinvia all’art. 8 della legge n. 131 del 2003 di recente approvazione (c.d. legge La Loggia, recante “Disposizioni per l’adeguamento dell’ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2003, n. 3).

La potestà regolamentare e statutaria degli Enti locali

Possono adottare regolamenti anche gli enti locali, per la disciplina dell’organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite (art. 117, comma 6, Cost.)

La recente riforma del Titolo V della Costituzione ha posto certamente in primo piano anche la questione del potere normativo dei comuni, e degli altri enti locali, poiché sono stati espressamente previsti a livello costituzionale – a differenza di quanto avveniva in precedenza – sia un potere statutario (nel secondo comma dell’art. 114), correlativo al riconoscimento di una condizione istituzionale di forte autonomia dei soggetti territoriali, sia un potere regolamentare (nel sesto comma dell’art. 117), preordinato specificamente alla disciplina dell’organizzazione e dello svolgimento delle funzioni attribuite a ciascun ente locale.

Anche se non si tratta certo di una innovazione in assoluto nel diritto positivo, visto che un potere normativo era da tempo previsto nell’ambito dell’ordinamento italiano degli enti locali, le novità introdotte dalle innovazioni costituzionali suddette hanno indubbiamente aperto nuovi orizzonti, da

valutare nel quadro del disegno complessivo di riforma istituzionale che la l.c. n. 3 del 2001 contiene. Va subito detto, in proposito, che se non sono poche le incertezze nella collocazione nel sistema delle fonti normative di quelle locali, anche per via delle formulazioni costituzionali non sempre puntuali ed esaustive in ordine al nuovo assetto dei poteri normativi ai vari livelli del sistema istituzionale, è fuori discussione che la prospettiva ricostruttiva deve ora necessariamente saldarsi con il senso profondo dell'autonomia degli enti territoriali, coniugata nel nuovo Titolo V in tutte le sue facce (politica, normativa, amministrativa, finanziaria), partendo da una lettura a tutto tondo dei principi e delle potenzialità contenuti nella norma fondamentale dell'art. 5 della Costituzione.

2. Gli antefatti delle innovazioni costituzionali sul potere normativo degli enti locali

Come già accennato, comuni e (province) hanno sempre goduto di uno spazio (non trascurabile) di potestà regolamentare, che in certo modo si può considerare intrinseca con la storia di queste istituzioni territoriali. D'altra parte, basta por mente alle previsioni legislative in materia risalenti alla fase iniziale dell'ordinamento unitario, nel XIX secolo, poi ricomprese nel testo unico sull'ordinamento degli enti locali del 1934, per rendersi conto del rilievo di una serie di regolamenti locali in settori tradizionalmente significativi: v. quelli in materia di uso dei beni locali, di igiene, di edilizia, di polizia locale, nonché quelli relativi alle istituzioni di servizio costituite dagli enti locali.

Queste fonti normative – previste dunque già assai prima della introduzione dei principi autonomistici nella Costituzione repubblicana – sono state in vario modo inquadrare dalla dottrina, ma per lo più è prevalsa la tendenza, almeno nei commentatori più attenti all'importanza di questi atti di autoregolazione – non solo in fautori del *pouvoir municipal* come diritto naturale (v. Santi Romano), ma anche in autori di matrice culturale più 'statalista' (v. Zanobini) –, a configurare questi regolamenti non come esercizio di funzioni amministrative, sia pure di carattere generale, bensì come espressione di una specifica attitudine degli enti locali a produrre norme 'proprie' (in parallelo, per molti versi, con le funzioni 'proprie', che non a caso tali autori riconoscevano di pertinenza necessaria degli enti rappresentativi di una collettività territoriale) A maggior ragione si può riscontrare uno specifico rilievo dell'autonomia normativa degli enti locali dopo la scelta costituzionale del 1948, specialmente con riferimento alle potenzialità di autoregolazione e di autogoverno dei comuni e delle province desumibili dagli artt. 5 e 128. In tal senso la dottrina ha per lo più ricostruito e ricondotto i regolamenti locali nella categoria di quelli cd. autonomi o indipendenti, sottolineando con sempre maggiore frequenza l'importanza, in materia di fonti del diritto, del principio di competenza rispetto a quello di gerarchia (basta citare, ad esempio, autori come Benvenuti, Berti, Esposito, Guarino, nonché le considerazioni inequivoche di Crisafulli nel suo saggio del 1965 su 'Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti', nel quale espressamente riteneva sussistente, a proposito dei regolamenti di comuni e province, una 'riserva di autonomia regolamentare nei confronti della stessa legge'; più di recente, anche Modugno ha ripreso la medesima impostazione nell'ambito dei suoi studi sulla crisi della legge, in cui ha messo in evidenza anche la portata dirompente ed espansiva delle fonti locali, accanto a quelle comunitarie).

Questa impostazione si è ovviamente rafforzata con l'evoluzione del diritto positivo, in particolare allorquando – a partire dalla l.n. 142/90 – si è espressamente sancito, nel quadro di una configurazione dell'autonomia dei comuni e delle province maggiormente in sintonia con il principio fondamentale dell'art. 5 Cost., il riconoscimento di un potere sia statutario che regolamentare degli enti locali, finalizzato soprattutto alla autoregolazione dell'organizzazione e dei procedimenti interni, nonché del funzionamento delle istituzioni e degli organismi di

partecipazione. La svolta della l. 142 è stata in seguito ripresa e implementata da una serie di interventi di riforma riguardanti, a vario titolo, l'amministrazione e le istituzioni locali, in particolare dalla l. 59/97, nel cui art. 2 è stata significativamente sancita una generalizzata autonomia regolamentare degli enti locali per la disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni ad essi attribuite, nonché dalla l.n. 265/99, che ha circoscritto i limiti al potere normativo degli enti locali ai soli principi espressamente stabiliti dalla legge, con ciò ampliando notevolmente la ratio e la potenziale portata delle regole autonome. Infine il nuovo testo unico sull'ordinamento degli enti locali n. 267/2000 ha ribadito, come noto, la previsione sia del potere statutario che regolamentare da considerare 'riservato' a comuni e province, nell'ambito di una sorta di minigerarchia locale delle fonti in cui il regolamento deve naturalmente rispettare non solo i principi fissati dalla legge ma anche lo statuto.

10. Il ruolo e il valore delle fonti locali dopo la riforma costituzionale

La costituzionalizzazione che ora è stata operata dalla l.c. n. 3/01 sia di statuti che di regolamenti degli enti locali ha, dunque, come antefatti tutta questa serie di vicende, che confermano in certo modo un dato di continuità tipico della realtà delle istituzioni locali. Per altro verso, tuttavia, va sottolineato che è mutato – e non di poco – il quadro di riferimento generale dell'autonomia locale in cui si inserisce anche il riconoscimento costituzionale del potere normativo di comuni e province, poiché il nuovo orizzonte del Titolo V sviluppa appieno le potenzialità dell'art. 5 Cost. e dà vita ad un sistema di istituzioni territoriali di diverso livello parivalenti, nell'ambito di una nuova statualità in cui le autonomie territoriali concorrono a plasmare la stessa essenza della sovranità popolare (come ha significativamente riconosciuto la recentissima sentenza n. 106/2002 della Corte Costituzionale). Con il nuovo Titolo V tutto il baricentro del sistema si sposta, non solo sul piano amministrativo, ma anche su quello normativo, a cominciare dal rovesciamento di prospettiva nel rapporto tra il potere legislativo statale e quello regionale, che porta a qualificare la regione come soggetto legislativo generale (e residuale). Al di là delle fonti legislative, appare in ogni caso di particolare rilievo il nuovo quadro delle fonti normative locali, che non possono certo considerarsi – visto tra l'altro il nesso tra gli ambiti materiali di statuti e regolamenti locali con campi strategici per il ruolo di autogoverno dei comuni e delle province – come fonti integrative e accessorie della legge, se non addirittura mero strumento dell'autonomia amministrativa, bensì come espressione di una specifica riserva di un potere di autoregolazione, coperto da una specifica garanzia costituzionale, strettamente connessa con il principio di autonomia tout court (che ha, d'altronde, nello stesso etimo il germe e il fondamento di un imprescindibile contenuto normativo).

Si tratta indubbiamente di un riconoscimento che si lega, come già accennato, ad un ruolo proprio – e quindi insostituibile – delle fonti locali, che sono da considerare quindi le uniche ora abilitate a disciplinare determinati oggetti o comunque a dettare un certo ambito di disciplina (anche se questa configurazione forte del principio di competenza normativa non determina, a mio avviso, di per sé una pari dignità formale e l'assenza di ogni gerarchia tra la fonte legislativa e le fonti statutarie e regolamentari locali, come sostanzialmente sostenuto da Ignazio Marino, né una assimilazione degli statuti locali alle fonti primarie, in applicazione di una sorta di principio di sussidiarietà normativa, come adombrato da Andrea Piraino). Semmai si pone in modo nuovo un problema di collocazione degli statuti e dei regolamenti locali nel sistema delle fonti, partendo dalla matrice di democraticità-sovranià popolare indubbiamente da riconoscere a questi strumenti normativi, che entro certi limiti dovrebbero poter certo essere anche opponibili alla legge (ferma restando, ovviamente, la impossibilità per fonti non legislative di disciplinare aree oggetto di riserva assoluta di legge).

In tal senso l'approfondimento che può risultare maggiormente utile per discernere l'ambito riservato alla legge da quello riservato alle fonti locali dovrebbe mirare a mettere in luce soprattutto il ruolo proprio della legge rispetto a quello dello statuto e dei regolamenti. Da questo punto di vista sembra agevole configurare la legge essenzialmente come la sede di determinazione dei fini generali e delle garanzie procedurali nella esplicazione delle funzioni amministrative locali, anche a garanzia dei destinatari, mentre appare altrettanto agevole caratterizzare la fonte locale (anzitutto lo statuto) di comuni e province come la sede precipua di determinazione dell'identità di ciascuna istituzione comunitaria nel suo rapporto con il territorio, con le conseguenti principali scelte organizzative e di disciplina degli interessi localizzabili. In tale contesto è poi da considerare riservato ai regolamenti il compito di una disciplina di dettaglio sia sul piano organizzativo interno sia sul piano dell'adeguamento dei procedimenti alla fisionomia e all'assetto di ciascuna istituzione locale.

Proseguendo, sia pure sommariamente, in questa disamina dei tratti caratteristici dal potere normativo delle autonomie di minore ampiezza (territoriale), si può aggiungere che per certi versi l'approccio che forse meglio consente di focalizzare la nuova condizione delle fonti normative locali dopo la riforma costituzionale è quello in cui emergono i limiti che statuti e regolamenti di comuni e province incontrano rispetto alle fonti esterne. Da questo angolo visuale, infatti, si può ricostruire un quadro di vincoli – e, correlativamente, di spazi di autoregolazione disponibili – che rende ancor più evidente il ruolo nuovo e l'ampiezza di campo normativo sia degli statuti che dei regolamenti di autonomia. In effetti, per gli statuti i limiti, ricavabili soprattutto ex art. 114, sono soltanto quelli desumibili dalla stessa Costituzione, in particolare in relazione all'assetto del potere legislativo, salvo aggiungere, da un lato, i vincoli che possono derivare dai principi generali sull'organizzazione pubblica ricavabili dall'ordinamento nazionale (e comunitario) e, dall'altro, le limitazioni che scaturiscono dalla disciplina degli organi di governo di comuni e province, di pertinenza del legislatore statale, ai sensi della lett. p) del secondo comma dell'art. 117. Per i regolamenti locali si deve aggiungere a questo quadro di vincoli anche quanto discende da previsioni legislative statali o regionali (a seconda dell'ambito di competenza materiale), la cui portata peraltro non può spingersi oltre la fissazione di principi generali di disciplina dell'esercizio delle funzioni attribuite a comuni o province, come già in precedenza accennato, salvo eventualmente distinguere tra disciplina riguardante le funzioni riconosciute come proprie e quella concernente le funzioni conferite (considerato che per le prime, a differenza delle seconde, si potrebbe verosimilmente ritenere maggiormente garantita l'autonomia normativa locale e quindi più circoscritto il ruolo riservato al legislatore).

Si tratta quindi, sia per statuti che per regolamenti locali, di una condizione non certo di automatica subordinazione alla legge, come normalmente accade nel rapporto tra fonti primarie e subprimarie. Il tradizionale primato della fonte legislativa – che già era stato messo in discussione prima della recente riforma costituzionale per quanto riguarda il rapporto con le fonti normative di comuni e province (ad esempio da Modugno, che aveva escluso una vera e propria subordinazione, sottolineando semmai che la peculiare condizione di queste fonti di autonomia rappresenta un ulteriore indice della destrutturazione del tradizionale sistema gerarchico) – deve ora sempre più fare i conti con il ruolo specifico degli statuti e con l'ambito materiale entro certi limiti riservato alla fonte regolamentare (in tal senso significativa è, ad esempio, la ricostruzione di Ruggeri, che prospetta, nella Repubblica delle autonomie, il superamento del modello 'legicentrico' e una nuova ricomposizione delle fonti in sistema secondo una logica di 'integrazione' delle competenze e di garanzie della integrità dell'autonomia).

D'altra parte, va anche osservato che le previsioni di poteri normativi, sia statutari che regolamentari, delle autonomie locali sono da considerare senz'altro immediatamente operative, ossia autoapplicative: non c'è quindi bisogno di alcuna ulteriore previsione o intermediazione legislativa per poter attuare il nuovo quadro di riferimento costituzionale relativo alle funzioni normative degli enti locali, anche se qualche commentatore e financo qualche sede istituzionale sembra attardarsi a prospettare ipotesi di questo genere (v., ad esempio, la relazione al disegno di legge governativo promosso dal Ministro La Loggia, nella quale si pretenderebbe di 'attribuire' con legge la nuova potestà statutaria e regolamentare). Semmai può essere opportuno, in tale intervento legislativo, precisare sia il regime di immediata 'cedevolezza' della legge a fronte del subentro della fonte locale, sia, per altro verso, il regime transitorio di applicazione delle vigenti norme statali e regionali fino all'emanazione dei regolamenti locali.

Quello che si può, inoltre, aggiungere è che certamente e a maggior ragione non può essere in alcun modo immaginata, dopo la riforma costituzionale, una qualche forma di relazione gerarchica tra i regolamenti statali o regionali e quelli locali: lo impedisce, oltre che la ratio di quanto già osservato in ordine al valore delle nuove fonti rafforzate di autonomia, anche la impostazione sistematica del sesto comma dell'art. 117, nel quale emerge con evidenza la voluntas del legislatore costituzionale di operare un riparto per materia in ordine alle varie fonti regolamentari (statali, regionali e locali), evitando ogni logica di prevalenza formale di una categoria di regolamenti sulle altre.

A proposito dei regolamenti, si può ulteriormente prospettare una questione di taglio diverso e – almeno sul piano metodologico – di non trascurabile rilevanza, chiedendoci se la sfera materiale di queste fonti locali autonome debba ritenersi circoscritta a quanto espressamente previsto nel sesto comma dell'art. 117, ossia 'alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni attribuite' agli enti locali. Il che equivale a chiedersi, in altre parole, se vi sia spazio per regolamenti locali in campi non ricompresi nelle indicazioni del sesto comma ma riguardanti, ad esempio, settori in cui tradizionalmente già si è esplicata – come in precedenza accennato – l'autonomia regolamentare di comuni e province.

In proposito si può anzitutto osservare che le suddette formule del sesto comma dell'art. 117 hanno verosimilmente una portata assai ampia, tale da ricomprendere potenzialmente qualsiasi esigenza di autoregolazione locale connessa con l'assetto organizzativo ed i compiti espliciti da ciascun soggetto di autonomia: in tal senso tutte le tipologie di regolamenti locali già previsti dal testo unico del 1934 possono essere agevolmente ricondotte, a vario titolo, a discipline sullo svolgimento di funzioni da considerare di pertinenza degli enti locali, anzitutto dei comuni. D'altra parte, è innegabile che gli enti locali possano utilizzare il potere normativo, sia statutario che regolamentare, per disciplinare anche eventuali 'funzioni libere' autoassunte, allorquando ritengano di esercitare compiti nuovi non attribuiti ad altri soggetti del sistema. Comunque, se ulteriori ambiti regolamentari fossero in astratto configurabili, al di là di quanto previsto dal sesto comma dell'art. 117, non sembra che alcunché possa impedire l'esercizio di un potere di regolazione locale anche in tali ambiti, ovviamente in questi casi senza – per così dire – copertura costituzionale e quindi con minori garanzie di autonomia, ossia con potenziali maggiori vincoli rispetto alle fonti primarie, sia statali che regionali, non trattandosi di aree 'riservate' alla funzione normativa tipica degli enti locali in questione.

11. L'ambito di statuti e regolamenti locali

A prescindere dalle considerazioni appena svolte, appare in ogni caso essenziale determinare, il più puntualmente possibile, l'ambito e i contenuti propri delle fonti locali, anzitutto per quanto riguarda gli statuti dei comuni e delle province, per i quali nulla precisa la norma dell'art. 114 Cost. che riconosce tale potere normativo, nonché per i regolamenti di autonomia, per i quali l'unico riferimento è quello contenuto nel già citato sesto comma dell'art. 117. Da questo punto di vista va anzitutto rilevato l'orizzonte effettivamente nuovo che, come già più volte sottolineato, caratterizza ora le fonti normative locali, le quali dovranno sempre più concorrere in futuro a disciplinare concretamente spazi ampi di amministrazione e di funzioni amministrative e servizi pubblici, stante il rilevante potenziamento delle competenze istituzionali degli enti locali, a partire dai comuni, in applicazione del principio di sussidiarietà. In sostanza, essendo destinati gli enti locali a farsi carico in futuro di gran parte del sistema amministrativo, si troveranno anche a dover far fronte ad un maggior carico di regolazione per disciplinare lo svolgimento delle funzioni loro attribuite.

Al di là di questa osservazione, la cui importanza non va certo sottovalutata, vi è comunque una considerazione di fondo che aiuta ancor più a comprendere il nuovo quadro di riferimento in cui si deve collocare anche la ricostruzione dell'ambito effettivo della disciplina pro futuro riservata, almeno in linea di principio, alle fonti locali. Ci si riferisce al venir meno, a seguito della riforma costituzionale, dei presupposti che avevano finora giustificato l'esistenza di un ordinamento generale (statale) per gli enti locali, costituito da un organico quadro normativo, tendenzialmente uniforme per ciascuna categoria di enti, riguardante una serie di oggetti e materie a vario titolo connesse alla fisionomia istituzionale, all'organizzazione e al funzionamento degli enti locali: basti pensare alla serie di 'capi' in cui è articolato il recente t.u. n. 267/2000.

In effetti, non si può non dire che il recentissimo testo unico sugli enti locali, confezionato al termine di un decennio di riforme che hanno prodotto innovazioni significative nell'assetto istituzionale e organizzativo dei comuni e delle province, è già da ritenere in sé superato, tenuto conto che – a seguito di quanto previsto dalla lett. p) del secondo comma dell'art. 117 (che riserva al legislatore statale in materia di enti locali unicamente la disciplina degli organi di governo, dei sistemi elettorali e delle loro funzioni fondamentali) – non si può più parlare di un vero e proprio ordinamento generale degli enti locali. Di conseguenza, il testo unico è destinato ad essere sostanzialmente ridimensionato, se non abrogato, in sue numerose parti e fin d'ora deve essere messo in discussione laddove contenga norme in contrasto con la riforma costituzionale (v., ad esempio, in materia di controlli): comunque va letto con la nuova lente costituzionale, con il massimo favor possibile per l'autonomia.

Da tutto ciò deriva, altresì, che aumenta correlativamente lo spazio potenziale di autoregolazione locale in tutti i campi non riservati a qualche titolo al legislatore statale (oltre a quanto previsto nella suddetta lett. p), si possono ad esempio – tra gli oggetti ora disciplinati dal t.u. n. 267 – considerare in qualche modo ancora riservati al legislatore nazionale, in virtù di altre previsioni costituzionali, i compiti regolativi attinenti al sistema statistico, nonché alla gestione finanziaria e contabile locale, laddove implichi connessioni con il coordinamento della finanza pubblica). Gli effetti di questa trasformazione di competenze normative, che è da ritenere per quanto possibile già operativa (senza quindi la possibilità di invocare norme del testo unico a supporto di tesi conservative), possono essere in certi casi (apparentemente) addirittura 'rivoluzionari', legittimando, ad esempio, scelte organizzative locali volte a non tener conto di tradizionali figure presenti nella struttura di comuni e province, quali i segretari (e in tal senso non mancano alcuni primi casi di enti locali che hanno deliberato di prescindere da questi organi amministrativi, così come non mancano enti locali che hanno esplicitamente adottato deliberazioni di ampio orizzonte – e per certi versi anche ridondanti e ripetitive – volte a 'recepire' nello statuto locale le principali novità costituzionali).

Va poi anche osservato, per cogliere appieno la portata diffusiva delle conseguenze connesse al nuovo quadro delle funzioni normative degli enti locali, che quanto finora si è considerato a proposito delle nuove competenze statutarie e regolamentari di comuni e province è da ritenere certamente applicabile anche laddove siano presenti strutture tendenzialmente stabili e permanenti che siano ‘proiezioni’ degli enti territoriali locali costituzionalmente previsti: in altre parole, ciò significa che i poteri normativi, sia statutari che regolamentari, di cui si è parlato, riguardano anche le figure associative di enti locali, soprattutto dei comuni, quali le unioni di comuni e le comunità montane.

Tanto premesso, per tentare di puntualizzare ulteriormente l’ambito proprio ed i contenuti precipui degli statuti – ed in conseguenza dei regolamenti – di comuni e province, si può delineare una sorta di elenco di elementi che dovrebbero caratterizzare l’esercizio della potestà statutaria, al di là di quanto ora è previsto nell’art. 6 del testo unico del 2000, in cui viene indicata una serie (invero eterogenea) di oggetti, frutto tra l’altro di una collazione non del tutto felice di testi normativi precedenti. In effetti, lo statuto dovrebbe in futuro costituire la sede principale per delineare, in via stabile e tendenzialmente una tantum, anzitutto i dati relativi alla identità di ciascun ente autonomo, nei suoi aspetti storici, nel rapporto con il territorio e con gli interessi localizzabili. Inoltre, dovrebbero rientrare nello statuto le scelte che, entro certi limiti, possono concorrere a definire la ‘forma di governo’ di ciascun ente, al di là di quanto previsto in via generale dalla disciplina statale uniforme sugli organi di governo: a tal fine possono rilevare, ad esempio, le scelte organizzative e di funzionamento relative al decentramento, al difensore civico, alla distribuzione delle funzioni tra gli organi, nonché al rapporto (e alla distinzione) tra responsabilità politiche e responsabilità gestionali. Inoltre, sono da considerare essenziali le scelte statutarie relative alle forme di autocontrollo, anche sostitutivo, che debbono d’ora in poi caratterizzare sostanzialmente il funzionamento e le garanzie interne agli enti locali, anche a favore delle minoranze, venute meno le forme di controllo esterno a vario titolo incompatibili con il principio di autonomia. Infine, due ulteriori capitoli dovrebbero essere parte costitutiva degli statuti, da un lato quello relativo alla disciplina dei rapporti con i cittadini, dall’altro quello riguardante le relazioni istituzionali con altri enti locali, che assume particolare rilievo soprattutto nel caso dei piccoli comuni.

di Gian Candido De Martin.

12. L’autonomia impositiva dei Comuni ed i limiti alla potestà regolamentare

dott. Forgiere Gianluca

L’autonomia impositiva e la potestà regolamentare degli Enti locali

1. Profili generali

Il sistema impositivo rappresenta la principale leva dell’autonomia finanziaria degli Enti locali e conseguentemente la principale leva di finanziamento delle funzioni pubbliche, nel sistema delle autonomie delineato dalla L. Cost. 18 ottobre 2001 n. 3. Quest’ultima, ha consolidato nel nostro ordinamento i principi introdotti dalla legge Bassanini (L. 15 marzo 1997, n. 59) di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, dando vita ad un sistema equiordinato in cui la Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato, ed in cui in coerenza con il principio di sussidiarietà (verticale), le funzioni amministrative devono essere esercitate a livello locale, salvo per quelle attribuzioni che richiedano una gestione unitaria.

In questo nuovo scenario, che vede ribaltato il tradizionale principio del "trasferimento di funzioni" dallo Stato, alle Regioni ed ai Comuni, basato su una finanza di tipo derivato, si assiste al recupero da parte dei vari livelli di governo della loro autonomia finanziaria sia sotto il profilo della capacità decisionale di erogazione di spesa ed acquisizione di entrate, sia sotto il profilo dell'autonomia

applicazione di tributi ed entrate propri. Quest'ultimo aspetto comporta per gli Enti locali una maggiore responsabilizzazione in merito alla valutazione dei propri programmi di spesa che dipenderanno sempre più dallo sforzo fiscale che si riterrà di applicare e dalla percezione da parte dei contribuenti dei risultati derivanti dall'impiego delle risorse reperite. Un'ulteriore spinta verso l'attuazione dei principi costituzionali sopra citati è in corso si definisce ad opera della **L. 5 maggio 2009, n. 42** con la quale il Parlamento ha delegato il Governo in materia di federalismo fiscale.

Evoluzione del concetto di autonomia impositiva

L'esame sulla evoluzione del concetto di autonomia impositiva non può non iniziare dall'esame della riforma fiscale degli anni '70, il cui fine era quello di metter ordine al previgente sistema impositivo degli Enti locali disciplinato dal R.D. 14 settembre 1931, n. 1175 (testo unico per la finanza locale) e dal R.D. 3 marzo 1934, n. 383 (testo unico della legge comunale e Provinciale) ai quali, però, si erano sovrapposti, nel corso degli anni, numerosi interventi legislativi dando vita, così, ad un articolato sistema di sovraimposte ed addizionali, nonché ad una serie di tributi locali minori (ad es. l'imposta di famiglie e quelle di consumo) dagli altissimi costi di gestione.

La riforma tributaria del 1971 - 1973 si caratterizza per un accentuato centralismo la cui conseguenza è stata la deresponsabilizzazione politico-amministrativa degli Enti locali.

Con riferimento alle Regioni, il sistema delineato dalla L. 16 maggio 1970, n. 281, ha tracciato linee rigide alla potestà impositiva individuando i tributi che le stesse avrebbero potuto e dovuto istituire (l'imposta sulle concessioni statali dei beni del demanio e del patrimonio indisponibile, la tassa sulle concessioni regionali, la tassa regionale di circolazione, la tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche), mentre con riferimento alle entrate tributarie degli Enti locali da un lato venivano mantenuti in vita alcuni tributi previgenti di maggior gettito aventi natura corrispettiva (come la tassa per la raccolta sui rifiuti solidi urbani), dall'altro nuovi tributi venivano istituiti (come la tassa sulle concessioni comunali e l'imposta comunale sulla pubblicità e il diritto sulle pubbliche affissioni).

Il sistema così delineato, è stato in parte giustificato dal testo allora vigente della Costituzione che all'art. 119 richiama la necessità di coordinamento tra l'autonomia finanziaria delle Regioni e quella dello Stato, delle Province e dei Comuni. Se da un lato venivano espressamente attribuiti tributi propri alle Regioni, il riconoscimento della potestà tributaria degli altri Enti locali la si faceva discendere indirettamente dall'art. 5 della Costituzione. Inoltre, alle Regioni era riconosciuto un potere legislativo attuativo delle leggi statali (artt. 115 e 117 Cost.). Tale lacuna, fu colmata dalla L. 8 giugno 1990, n. 142, con la quale vennero dettati i principi generali della "nuova" finanza locale. L'art. 54 nella originaria formulazione riconosceva a Comuni e Province, nell'ambito della finanza pubblica, autonomia finanziaria fondata su certezze di risorse proprie e trasferite, nonché potestà impositiva autonoma nel campo delle imposte, delle tasse e delle tariffe, con conseguente adeguamento della legislazione tributaria vigente. Questa norma evidenziava la tendenza del legislatore a mantenere la c.d. autonomia impositiva degli Enti locali entro schemi ben strutturati dalla legge formale, infatti al primo comma si legge che "l'ordinamento della finanza locale è riservato alla legge".

La riorganizzazione delle autonomie locali disposta con la L. 142/1990 ha dato avvio ad un processo, non sempre razionale e coordinato, teso a ridurre la dipendenza degli Enti locali dai trasferimenti statali, facendo aumentare l'incidenza delle entrate tributarie sul complesso delle entrate degli Enti locali.

Con legge delega 23 ottobre 1992, n. 421 il Parlamento delegava il Governo a razionalizzare nonché revisionare una serie di materie tra le quali la finanza territoriale con l'obiettivo di provvedere al fabbisogno finanziario per mezzo di risorse proprie. In attuazione della delega nonché in aderenza ai principi della L. 142/1990 veniva emanato il D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504 che ridisegnava l'assetto istituzionale delle autonomie locali, introducendo l'imposta comunale sugli immobili, l'imposta provinciale sull'erogazione del gas e dell'energia elettrica, il tributo provinciale per l'esercizio di tutela, protezione ed igiene ambientale, l'imposta provinciale per l'iscrizione dei veicoli al pubblico registro automobilistico e provvedendo al riassetto dell'imposta comunale sulla pubblicità, i diritti comunali sulle pubbliche affissioni, la tassa comunale e provinciale per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche, la tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani.

La riforma attuata con il D.Lgs. 504/1992, nel ridisegnare l'assetto istituzionale delle autonomie locali, rendendolo più aderente ai principi di autonomia contenuti nell'art. 128 Cost., ha accentuato la responsabilizzazione degli amministratori locali nel soddisfare i bisogni pubblici compatibilmente con le risorse disponibili, e ciò in linea con i principi enunciati dall'art. 54 del nuovo ordinamento sulle autonomie locali. Una ulteriore trasformazione, dettata dall'esigenza di uno spiccato decentramento, è avvenuta per mezzo delle deleghe dettate dalla L. 23 dicembre 1996 n. 662 e con i decreti delegati 446 e 449 del 1997, mediante i quali veniva perseguito l'obiettivo di dotare gli Enti di proprie risorse che consentissero un reale esercizio dell'autonomia impositiva, nonché finanziaria. Si attua, quindi, un significativo decentramento del prelievo dallo Stato, alle Regioni e agli Enti locali, dotando questi livelli di governo dell'autonomia finanziaria ed in particolare impositiva necessaria per svolgere un'autonomia e responsabile politica di bilancio.

Tra le novità introdotte si segnalano:

- a) l'istituzione dell'addizionale regionale all'IRPEF[1];
- b) l'istituzione dell'IRAP con la contestuale abolizione, entro i vincoli dell'invarianza del gettito della spesa, dei seguenti tributi: i contributi per il servizio sanitario nazionale, l'imposta locale sui redditi (ILOR), l'imposta sul patrimonio netto delle imprese, la tassa di concessione governativa sulla partita Iva, l'imposta comunale per l'esercizio di imprese e di arti e professioni (ICIAP)[3], le tasse sulle concessioni comunali;
- c) la previsione per le Province di istituire l'imposta provinciale sulle formalità di iscrizione, annotazione e trascrizione dei veicoli al pubblico registro automobilistico. Conseguentemente verrà abolita l'imposta erariale di trascrizione (IET) e la relativa addizionale provinciale (APIET);
- d) il riconoscimento ai Comuni ed alle Province di una potestà regolamentare generale in materia tributaria.

A tal proposito l'**art. 52 del D.Lgs. 446/1997** stabilisce che Province e Comuni possono disciplinare con regolamento le proprie entrate, anche tributarie, salvo che per quanto attiene alla individuazione e definizione delle fattispecie imponibili, dei soggetti passivi e della aliquota massima. In merito alla nozione di tributi propri delle Regioni, delle Province e degli Enti locali l'art.13, c.3 della L. 27 dicembre 2002 n. 289 definisce tali, quelli la cui titolarità giuridica ed il cui gettito siano integralmente attribuiti ai predetti enti, con esclusione delle partecipazioni ed addizionali a tributi erariali, nonché delle mere attribuzioni ad Enti territoriali del gettito, totale o parziale, di tributi erariali.

Il concetto di autonomia impositiva, assume rilevanza a seguito dell'emanazione dei seguenti provvedimenti legislativi:

- **L. 3 agosto 1999, n. 265** che ha ampliato il concetto di autonomia contenuto all'art. 3 della L. 142/1990 che era limitato all'aspetto statutario e finanziario, riconoscendo agli Enti locali autonomia statutaria, normativa, organizzativa ed amministrativa, nonché autonomia impositiva e finanziaria nell'ambito dei propri statuti e regolamenti e delle leggi di coordinamento della finanza pubblica;
- **D.Lgs. 18 febbraio 2000 n. 56**, recante disposizioni in materia di federalismo fiscale, a norma dell'art. 10 della L. 13 maggio 1999, n. 133 che ha soppresso alcune tipologie di trasferimenti statali in favore delle Regioni a statuto ordinario compensandole:
 - a) con la compartecipazione regionale all'imposta sui valore aggiunto (IVA);
 - b) con l'aumento dell'aliquota dell'addizionale regionale all'imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF);
 - c) con l'aumento dell'aliquota di compartecipazione regionale all'accisa sulle benzine;
 - d) con l'attribuzione della compartecipazione ai comuni ed alle province del gettito dell'IRAP, per i quali viene prevista la compensazione con trasferimenti erariali.

Inoltre, viene istituito un Fondo perequativo nazionale al fine di consentire che una parte del gettito della compartecipazione all'IVA venga destinata alla realizzazione degli obiettivi di solidarietà interregionale e prevista la partecipazione delle Regioni a statuto ordinario all'attività di accertamento dei tributi erariali analogamente a quanto disposto dall'art. 44 del D.P.R. 29 settembre 1973 per i Comuni in merito alla partecipazione all'accertamento dei redditi delle persone fisiche.

Il sistema impositivo degli Enti locali è stato ricondotto ad organicità dal D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e rispettivamente all'art. 3 e all'art. 149 che disciplinano l'autonomia dei Comuni e delle Province ed i principi generali in materia di finanza propria e derivata, nonché dalla L. Cost. 18 ottobre 2001 n. 3 che ha costituzionalizzato i principi del TUEL.

Modifica al titolo V della Costituzione

Con gli art. 117 e 119, vengono modificati in modo sostanziale i ruoli e i rapporti di Stato ed Enti locali rispetto alla materia tributaria[5]:

- il c.2 dell'art. 117 definisce le materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato in materie tassativamente elencate, tra le quali "il sistema tributario e contabile dello Stato" e la "perequazione delle risorse finanziarie" (art.117, c.2 lett.e);
- il c.3 indica le materie in cui si esercita la potestà legislativa concorrente delle Regioni, cioè, quella che trova limiti solo in principi fondamentali che devono essere determinati da leggi dello Stato, tra i quali "armonizzazione dei bilanci pubblici e il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario";
- il c.4 individua la competenza legislativa c.d. residuale spettante alle Regioni, che ha carattere primario in quanto non è condizionata dai "principi fondamentali", riguardante tutte le materie che non risultano riservate alla competenza esclusiva dello Stato e, quindi, per quanto attiene la materia tributaria, i tributi regionali e quelli locali;
- l'art. 119 assicura, a Regioni, Province autonome ed Enti Locali l'autonomia di entrata e di spesa (c. 1) e prevede l'applicazione di tributi ed entrate proprie secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario (c. 2).

L'attuazione di questo disegno costituzionale richiede però come necessaria premessa l'intervento del legislatore statale, il quale, al fine di coordinare l'insieme della finanza pubblica, dovrà non solo fissare i principi cui i legislatori regionali dovranno attenersi, ma anche determinare le grandi linee dell'intero sistema tributario, e definire gli spazi e i limiti entro i quali potrà esplicarsi la potestà impositiva, rispettivamente, di Stato, Regioni ed Enti locali[6].

In base ai principi costituzionali, si hanno quindi quattro livelli di autonomia impositiva:

- un primo livello caratterizzato dalla legislazione “esclusiva” dello Stato;
- un secondo livello caratterizzato dalla legislazione “concorrente” tra Stato e Regione;
- un terzo livello caratterizzato dalla legislazione “residuale esclusiva” delle Regioni, in tema di tributi regionali e locali;
- un quarto ed ultimo livello caratterizzato dal riconoscimento a Comuni, Province, Città metropolitane di tributi propri, secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, e quindi nell'ambito dei principi fissati dai primi tre livelli.

13. Autonomia impositiva delle Regioni

Le Regioni, alla luce del nuovo testo costituzionale, hanno la possibilità di istituire propri tributi, in piena autonomia definendone tutti gli elementi fondamentali (soggetti passivi, basi imponibili e aliquote) nei limiti:

- dei principi della Costituzione;
- del rispetto del vincolo di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario in quanto oggetto di legislazione concorrente;
- dei vincoli derivanti dall'ordinamento Comunitario e dagli obblighi internazionali, e nel rispetto del vincolo di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario in quanto oggetto di legislazione concorrente.

Pertanto, l'autonomia impositiva regionale incontra limiti nei seguenti casi:

- il tributo è stato istituito con legge statale ancorché il gettito venga attribuito alle Regioni o la legge statale attribuisca espressamente alla Regione determinazioni in merito al tributo[7];
- l'istituzione del tributo regionale viola i principi costituzionali o comunitari. Un esempio è rappresentato dalla disposizione della regione Sardegna che ha istituito i seguenti tributi propri:
- imposte regionale sulle plusvalenze delle seconde case ad uso turistico (art. 2 L.R. n. 4 del 11 maggio 2006, successivamente modificata dalla L.R. 29 maggio 2007, n.2);
- imposte regionale sulle seconde case ad uso turistico (art. 3 L.R. n. 4 del 11 maggio 2006, successivamente modificata dalla L.R. 29 maggio 2007, n.2);
- imposte regionale sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità da diporto (art. 4 L.R. n. 4 del 11 maggio 2006, successivamente modificata dalla L.R. 29 maggio 2007, n.2);
- imposta di soggiorno (Legge regionale 29 maggio 2007, n. 2).

A seguito del ricorso costituzionale presentato dal Consiglio dei ministri, si è espressa la Corte costituzionale, con sentenza n. 102 e l'ordinanza n. 103 del 15 aprile 2008, con le quali:

a) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale:

- del tributo sulle seconde case adibite ad uso turistico;
- dell'imposta sulle plusvalenze dei fabbricati adibiti a seconde case;

b) ha dichiarato infondata la questione relativamente:

- all'imposta di soggiorno;
- al tributo sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità da diporto. La pronuncia di non fondatezza non ha riguardato né le ipotesi di scalo effettuato da unità da diporto il cui esercizio è svolto a fini di lucro, né le ipotesi di scalo effettuato da aeromobili che svolgono operazioni di "aviazione generale di affari", in quanto la Consulta - relativamente a tali ipotesi particolari - ha sospeso il giudizio di costituzionalità e - con apposita ordinanza (n. 103/2008) - di sua iniziativa ha sottoposto alla Corte di Giustizia CE, ai sensi dell'art. 234 del Trattato, la questione di compatibilità con l'ordinamento comunitario, in particolare rispetto al principio di non discriminazione (art. 49 Trattato) e al divieto di aiuti di Stato (art. 47 Trattato), dei prelievi anzidetti ove gravanti sulle imprese, non residenti nella Regione, esercenti le attività sopra ricordate. L'avvocato generale della Corte di giustizia nella causa C-169/08 nelle conclusioni del 2 luglio 2009 ha evidenziato che:

1) l'art. 49 CE osta ad una legge di una Regione autonoma in forza della quale viene riscossa un'imposta dettata essenzialmente da motivi di politica ambientale sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità da diporto dalle sole imprese aventi il proprio domicilio fiscale al di fuori di tale regione, ma non dalle imprese aventi il proprio domicilio fiscale all'interno della medesima;

2) una legge regionale come quella adottata dalla Regione autonoma della Sardegna, in forza della quale viene riscossa un'imposta sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità da diporto dalle sole imprese aventi il proprio domicilio fiscale al di fuori di tale regione, costituisce un aiuto ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE, a favore di imprese che svolgono la stessa attività e hanno il proprio domicilio fiscale all'interno della medesima.

In ogni caso, la situazione risulta risolta in conseguenza dell'abrogazione di tale disposizione da parte dell'art. 2 della L.R. 14 maggio 2009, n. 1 (legge finanziaria 2009).

Autonomia impositiva delle Province e dei Comuni

I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno anch'essi riconosciuta l'autonomia finanziaria di entrata e possono applicare tributi propri, utilizzando lo strumento giuridico del regolamento entro la cornice di legge regionale che dovrà rispondere ai principi generali della legge di coordinamento. L'autonomia impositiva degli Enti locali quali Province e Comuni deve svolgersi in ottemperanza all'art. 23 Cost. in base al quale "Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge". Nell'ambito della potestà legislativa regionale e dei principi fondamentali dello Stato, gli Enti locali non potranno mai introdurre nuovi tributi, in quanto dotati solo del potere regolamentare e non anche normativo. La previsione costituzionale (ex art. 119 c.2) secondo la quale "stabiliscono e applicano tributi ed entrate propri, in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario" è interpretabile infatti solo nel senso che, fermo il potere esclusivo dello Stato e delle Regioni di

introdurre nuove imposte ciascuno nei propri ambiti esercitato attraverso l'organo legislativo, gli Enti locali (Comuni e Province) potranno:

- decidere in merito all'applicazione o meno di tributi istituiti e disciplinati nei loro caratteri costitutivi dallo Stato o dalle Regioni nonché le modalità applicative degli stessi nel rispetto della legislazione vigente;
- stabilire ed applicare, ossia disporre e regolamentare i casi accessori al rapporto tributario, che non riguardino quindi le caratteristiche fondanti del rapporto tributario, quali la determinazione del soggetto passivo, della fattispecie imponibile (o presupposto di fatto) e delle esenzioni.

In sintesi, la legge di coordinamento fissa i principi fondamentali per i tributi locali, lasciando ampia libertà di manovra agli Enti locali.

Tale orientamento è evidente anche nella normativa che prevede le sanatorie, tant'è vero che il legislatore si limita a consentire l'introduzione di forme di definizione agevolata, con riferimento ai tributi propri degli Enti locali, lasciando poi gli Enti liberi di decidere i principali tributi interessati dal condono e le varie tipologie di sanatorie[8]. Lo strumento a disposizione degli enti per l'applicazione del condono è rappresentato per le Regioni dalla legge, mentre per i Comuni e le Province dal potere regolamentare di cui all'art. 52 D.Lgs. 15 dicembre 1997 n. 446.

L'art. 52 del D.Lgs. 446/1997, in attuazione dei principi e criteri direttivi contenuti nelle lettere a) e b) del c. 149 dell'art. 3 della L. 662/1996, stabilisce che Province e Comuni possono disciplinare con regolamento le proprie entrate, anche tributarie, salvo che per quanto attiene alla individuazione e definizione delle fattispecie imponibili, dei soggetti passivi e della aliquota massima. Tale articolo, ricondotto ad organicità nella parte seconda del TUEL, con le norme efferenti l'ordinamento contabile degli Enti locali, si sposa, con il combinato disposto del già citato art. 119 Cost., per il quale gli Enti locali "hanno risorse autonome. Stabiliscono e applicano tributi ed entrate propri" e del nuovo dettato dell'art. 117 Cost., per il quale gli stessi Enti "hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite".

Il potere regolamentare degli Enti locali ed i propri limiti

Il potere regolamentare degli Enti locali incontra due ordini di limiti, uno interno e l'altro esterno[9], la cui violazione può determinare:

- la impugnazione dell'atto regolamentare presso la giurisdizione amministrativa
- oppure la disapplicazione del regolamento per sua illegittimità da parte del giudice tributario in relazione all'oggetto dedotto in giudizio.

Il primo ordine di limiti (interni) discende dalla formulazione letterale del c.1 dell'art. 52 D.Lgs 446/1997, in base al quale è preclusa la possibilità di modificare, con norma regolamentare, gli elementi essenziali della prestazione impositiva costituiti:

- dal presupposto di applicazione del tributo;
- dalla base imponibile e dai criteri per la sua determinazione;
- dalla soggettività passiva e dalla misura massima di tassazione.

Un secondo ordine di limiti (esterni) va ricercato nella Costituzione nonché nei principi generali dell'ordinamento tributario vigente, nel senso che i regolamenti tributari non possono invadere il campo d'azione riservato alle disposizioni costituzionali ed agli atti di normazione primaria (casi di riserva di legge).

L'art. 119 Cost. nel riconoscere l'autonomia impositiva degli Enti locali ne fissa anche i limiti che sono rappresentati dalla necessità di stabilire ed applicare tributi ed entrate proprie in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, e che si identificano:

- nella riserva di legge prevista dall'art. 23 Cost., in base alla quale nessuna prestazione patrimoniale o personale può essere imposta se non in base alla legge. Quindi, la potestà regolamentare pur espandendosi fino al punto di consentire all'Ente locale di non applicare le disposizioni di legge vigenti, non consente tuttavia di contravvenire al principio della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost.. Un'autonoma potestà di istituzione di nuovi tributi da parte degli Enti locali sarebbe stata, infatti, ipotizzabile solo qualora la L. Cost. n.3/2001 avesse abrogato l'art. 23 Cost.. Le argomentazioni finora svolte, trovano ulteriore conferma nel nuovo art. 114 Cost. che definisce gli Enti territoriali quali "enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione" e nel nuovo art. 118 c. 2, per il quale gli Enti locali "sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze". Nel nuovo contesto costituzionale sono, comunque, da superare quelle interpretazioni dell'art. 23 - si ricordi che la prima parte della Costituzione non ha subito alcun ritocco - che hanno inteso la riserva di legge in materia di prestazioni imposte esclusivamente come riserva di legge statale. Tale riserva, infatti, dovrebbe ora ritenersi estesa anche alla legge della Regione, in considerazione della attribuzione ad essa della legislazione esclusiva in tema di tributi regionali e locali e alla sua formale equiordinazione con la legge statale. Così come sussiste, ai sensi dell'art. 23 Cost., una riserva di legge statale per le prestazioni patrimoniali imposte^[14] tra cui rientrano i tributi statali, deve perciò sussistere, ai sensi dello stesso articolo e dell'art. 117 c. 4, Cost. una riserva di legge regionale per i tributi regionali e per quelli locali;
- nel principio di legalità di cui all'art. 25 Cost., recepito nel testo dell'art. 3 del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 che disciplina la materia delle sanzioni tributarie, in base al quale "nessuno può essere assoggettato a sanzioni se non in forza di una legge entrata in vigore prima della commissione della violazione". Per cui l'Ente non può modificare il sistema sanzionatorio recato dai D.Lgs. 18 dicembre 1997 nn. 471, 472, e 473, in quanto modellato sulla base di criteri prettamente penalistici;
- nelle questioni che riguardano temi indisponibili agli Enti locali, quali la riserva di legge in materia giurisdizionale di cui all'art.113 Cost. A tal proposito, l'art. 12 della L. finanziaria 2002 (L. 28 dicembre 2001 n. 448) ha attribuito al giudice tributario la competenza a decidere tutte le controversie riguardanti i "tributi comunali, provinciali e regionali"^[16], sgombrando il campo dall'ambigua precedente formulazione dell'art. 2 c. 1 lett. h), del D.Lgs. 546/1992 che prevedeva l'assoggettamento alla giurisdizione di tutti i tributi comunali e locali. Al riguardo, in passato, vi era chi restringeva la previsione ai soli "tributi comunali" e ai "tributi locali minori", con esclusione di alcuni tributi provinciali e regionali (addizionale provinciale sul consumo dell'energia elettrica, controversie in materia di tasse automobilistiche...).

Altri limiti esterni sono fissati da norme di legge e riguardano:

i criteri direttivi fissati dalla legge cui va uniformato il contenuto dei regolamenti in materia impositiva ed in particolare quelli adottati ai sensi del c. 5 dell'art. 52 D.Lgs. 446/1997, in materia di affidamento a terzi dell'accertamento e/o riscossione dei tributi; quelli adottati ai sensi dell'art.56 dello stesso decreto legislativo, per l'istituzione dell'imposta provinciale di trascrizione; quelli

adottati ai sensi del pto l) del c.1 dell'art. 59 del citato decreto legislativo, per la modifica del procedimento di accertamento ICI;

le agevolazioni e le esenzioni previste dalle leggi statali, che non possono quindi essere comprese, se non in presenza di una specifica disposizione, come quella contenuta nell'art. 59 D.Lgs. 446/1997 in tema di ICI. La Corte Costituzionale con sent. 22 febbraio 2006 n. 75 in merito ad un procedimento promosso nei confronti della Regione Friuli Venezia Giulia che attribuiva ai comuni del territorio la facoltà di prevedere esenzioni ai fini ICI per determinati soggetti con la finalità di agevolare lo sviluppo imprenditoriale ha dichiarato l'incostituzionalità di detta legge regionale. Ciò in considerazione che l'ICI è un tributo la cui disciplina è di competenza statale, pertanto le Regioni non possono derogare alla legge statale, mentre i Comuni possono disciplinare tale imposta nei limiti di quanto attribuito dal legislatore statale;

- i termini per la richiesta di rimborso delle somme indebitamente pagate, che non possono essere abbreviati;
- i termini di decadenza e prescrizione stabiliti per l'accertamento, la liquidazione e la riscossione dei tributi che non possono essere modificati in senso peggiorativo[17];
- il rispetto e la tutela dei principi generali dell'ordinamento tributario fissati espressamente nel nostro ordinamento con l'approvazione dello Statuto dei diritti del contribuente, avvenuta con L. 27 luglio 2000, n. 212;
- il rispetto dei principi fissati dal diritto comunitario. Sulla base di tali principi, la tassa sui marmi a favore del comune di Carrara istituita con L. 15 luglio 1911, n. 749 modificata dall'art.55, c.18 della L. 27 dicembre 1997 n. 449 ed applicata e riscossa dal Comune all'uscita dei marmi dai suoi confini è stata definita come una tassa di effetto equivalente a un dazio doganale all'esportazione ai sensi dell'art. 23 del Trattato CE. La stessa sorte è toccata al tributo ambientale imposto dalla Regione Sicilia, che colpisce il gas metano proveniente dall'Algeria previsto dall'art. 6 della legge regionale siciliana 26 marzo 2002, n. 2, recante disposizioni programmatiche e finanziarie per l'anno 2002. Secondo la Corte costituisce tassa di effetto equivalente ad un dazio doganale, incompatibile con la normativa europea sulla libera circolazione delle merci[19]. Infatti, secondo le disposizioni del Trattato CE, la Comunità si fonda su un'unione doganale che comporta il divieto di qualsiasi dazio e tassa di effetto equivalente all'importazione ed all'esportazione fra gli Stati membri e l'adozione di una tariffa doganale comune per gli scambi tra gli Stati membri e i Paesi terzi. Costituisce tassa di effetto equivalente qualsiasi onere pecuniario imposto unilateralmente, da una autorità pubblica di uno stato membro, indipendentemente dalla sua denominazione e dalla sua struttura, che colpisce le merci per il fatto che esse attraversano una frontiera. Recentemente, l'art. 6 della L. 25 febbraio 2008 n. 34 recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (Legge comunitaria 2007) ha riscritto il procedimento di rivalsa da parte dello Stato nei confronti di regioni o altri enti pubblici responsabili di violazioni del diritto comunitario derivanti dalla normativa comunitaria[20], precedentemente disciplinato dai commi da 1213 a 1223 dell'art. 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

La potestà regolamentare riconosciuta agli Enti locali in materia di tributi propri non può, comunque, limitarsi al semplice recepimento della normativa statale, bensì deve rappresentare l'opportunità per introdurre nel sistema normativo locale elementi specifici mutuati dalla realtà locale, al fine di adattare la normativa statale alla realtà locale. Tale opportunità è stata riconosciuta ad esempio in materia di ICI dall'art. 59 D.Lgs. 446/97 che ha consentito ai Comuni, di avvalersi del

potere regolamentare al fine di individuare per talune fattispecie, la possibilità di travalicare, entro determinati spazi, i limiti che si pongono al potere regolamentare di cui al c.1 art. 52[21].

Il privilegio per la potestà regolamentare degli Enti locali di cui all'art. 52 del D.Lgs. 446/1997 è riconosciuta nelle pronunce del giudice amministrativo. In particolare con l'ord. 28 agosto 2001, n. 4989 il Consiglio di Stato si è pronunciato in sede di impugnazione dell'ord. 8 giugno 2001, n. 171 con la quale, in sede cautelare il TAR Basilicata aveva dichiarato l'esclusività della riscossione della TARSU a mezzo ruolo (secondo quanto previsto in materia di riscossione della TARSU dall'art. 72 del D.Lgs. 507/1993), concedendo la sospensione della delibera di eliminazione del ruolo. Il giudice di appello ha negato l'esistenza del criterio della esclusiva riscossione della TARSU a mezzo ruolo, affermando che dal sistema delle fonti tale principio non emerge. Il Consiglio di Stato ha sottolineato come, invece, debba essere rammentata la natura generale del principio della potestà regolamentare dei Comuni e delle Province, potere che "trova un limite solo nelle materie costituzionalmente coperte da riserva di legge". La decisione del Consiglio di Stato trova conferma sia nell'art. 36 L. 23 dicembre 2000, n. 388 (Finanziaria per il 2001) in forza del quale i Comuni possono adottare misure che rendano più efficiente la riscossione dei tributi[22] e laddove optino per la riscossione spontanea dei tributi locali possono prevedere la riscossione coattiva a mezzo ruolo affidando lo stesso ai concessionari e sia nella prassi ministeriale. Con riferimento a quest'ultima, si segnala che l'Amministrazione finanziaria dapprima con circolare n. 118/E del 1999, ha precisato che l'ampio potere regolamentare previsto per la disciplina dei tributi propri, è stato attribuito a Comuni e Province, grazie all'art. 52 sopra citato onde giungere "all'adeguamento della legislazione statale alle esigenze socio - economiche ed alle condizioni ambientali locali" e successivamente con la risoluzione del 30 luglio 2002, n. 8/DPF ha ribadito la possibilità per l'Ente locale di procedere alla riscossione diretta per tutti i tributi, incluso la TARSU sulla base delle seguenti considerazioni:

- le modalità di riscossione previste dalle norme disciplinanti i singoli tributi non sono strettamente vincolate ai principi generali inderogabili dell'ordinamento tributario;
- non vi è nessun ostacolo all'adozione di una modalità di pagamento dei tributi diversa da quella prevista dalla loro legge istitutiva allorché non vengano posti a carico del contribuente ulteriori adempimenti.

Inoltre, l'art. 2 c.2 del D.L. 262/2006, che ha aggiunto il nuovo c. 6-bis al D.Lgs. 112/1999 in materia di riscossione coattiva delle somme dovute a titolo di tributi ed accessori, ha precisato che nel caso in cui alla Riscossione Spa viene affidata la sola gestione del recupero coattivo delle somme dovute a titolo di tributi locali, il compenso spettante all'esattore sarà aumentato del 25% rispetto a quanto previsto dall'art.17 D.Lgs. 13 aprile 1999, n.112.

La normativa statale prescrive i seguenti adempimenti per l'emanazione da parte degli Enti locali dei regolamenti disciplinanti i propri tributi:

- approvazione del regolamento con apposita deliberazione di Consiglio entro il termine fissato dalla normativa statale per approvare i bilanci di previsione;
- invio al Ministero delle Finanze (Direzione Centrale per la fiscalità locale) della copia conforme del regolamento e della relativa delibera entro 30 giorni dalla data in cui il

regolamento è divenuto esecutivo, unitamente alla richiesta di pubblicazione nella gazzetta ufficiale dell'avviso di adozione.

La pubblicazione dell'avviso in gazzetta ha mera funzione notiziale, per cui non assume rilevanza giuridica e, in particolare non è condizione di esistenza o di validità né è requisito di efficacia del regolamento.

I regolamenti degli Enti locali che istituiscono o disciplinano tributi propri possono essere impugnati:

- a) dal Ministero dell'Economie e delle finanze innanzi al TAR per vizi di legittimità. L'esercizio di tale potere, attribuito dal c. 4 dell'art. 52 del D.Lgs. 446/1997, non si configura come un controllo bensì è puramente facoltativo;
- b) dal contribuente in via principale innanzi al TAR qualora dagli stessi possano derivare effetti immediatamente lesivi della propria sfera giuridica entro il termine di decadenza di 60 giorni e in via incidentale innanzi alle commissioni tributarie a seguito di impugnativa dell'atto tributario. In quest'ultimo caso qualora ritenuti illegittimi possono essere disapplicati dal giudice tributario se gli stessi sono rilevanti ai fini della decisione, così come disposto dall'art. 7, c. 5 D.Lgs 546/1992[25], a nulla rilevando che l'atto sia divenuto inoppugnabile per inutile decorso dei termini ai fini della sua impugnazione in sede di giurisdizione amministrativa[26]. La disapplicazione dei regolamenti da parte del giudice tributario è preclusa solo quando la legittimità di un atto amministrativo sia affermata dal giudice amministrativo nel contraddittorio delle parti e con autorità di giudicato. Alla disapplicazione consegue l'annullamento dell'atto impositivo emanato dall'Ente sulla base del regolamento.

15. L'impugnazione dei regolamenti e degli atti generali ritenuti illegittimi. Disapplicazione

Il giudice tributario non ha alcun potere di invalidazione degli atti autoritativi di presupposto, cioè dei provvedimenti di carattere generale, che in quanto riguardanti interessi legittimi sono impugnabili davanti al giudice amministrativo:

- **deliberazioni degli Enti locali che istituiscono o disciplinano tributi di qualsiasi genere;**
- **deliberazioni di determinazione delle aliquote e tariffe;**
- **deliberazioni di approvazione dei regolamenti dei tributi;**
- **regolamenti che disciplinano i singoli tributi, la conciliazione giudiziale, l'accertamento con adesione, le esenzioni e agevolazioni.**

L'atto generale costituisce soltanto un presupposto dell'atto impositivo e nell'impugnazione di quest'ultimo dinanzi al giudice tributario, il contribuente ha l'onere di eccepire l'illegittimità di tale atto, in modo che la Commissione accertandone l'illegittimità lo possa disapplicare, limitatamente all'oggetto dedotto in giudizio ed al caso sottoposto al suo esame, ai fini dell'annullamento dell'atto impositivo. La disapplicazione assicura la tutela del contribuente che pur non ottenendo la rimozione dell'atto generale illegittimo può far sì che non produca effetti lesivi nei suoi confronti, per effetto della cognizione incidentale della Commissione,

nonché può riguardare anche un atto divenuto inoppugnabile per l'inutile decorso dei termini ai fini della sua impugnazione dinanzi al giudice amministrativo. Gli effetti della pronuncia sono limitati al caso deciso e la valutazione da parte del giudice tributario della legittimità del regolamento non potrà avere effetti di sorta fuori del giudizio.

Pertanto, ove il contribuente deduca l'illegittimità di un atto di accertamento eccedendo l'illegittimità della norma regolamentare su cui esso si fonda, il giudice di merito deve valutare incidenter tantum (e quindi con effetti limitati all'oggetto dedotto in giudizio e senza che la sua decisione possa assumere efficacia di giudicato) la legittimità delle norma regolamentare che rappresenta l'atto amministrativo presupposto, secondo il condiviso principio per il quale: "il giudice munito della giurisdizione sulla domanda ha il poterdovere di definire le questioni che integrino antecedente logico della decisione a lui richiesta, fino a quando le stesse rimangano su un piano incidentale, e non aprano, per previsione di legge o per libera iniziativa delle parti, una causa autonoma, di carattere pregiudiziale, su cui si debba statuire con pronuncia atta ad assumere autorità di giudicato". Inoltre, nei confronti degli atti di carattere generale o normativi non trova applicazione nel diritto tributario l'istituto della acquiescenza, pertanto non può attribuirsi al riconoscimento fatto dal contribuente, di essere tenuto al pagamento di un tributo, l'effetto di precludere ogni contestazione in merito alla legittimità del regolamento.

Pertanto, tutte le volte che oggetto della controversia è l'esercizio di un potere discrezionale, come quello in esame, residua la competenza del giudice amministrativo, mentre al giudice tributario sono devolute le controversie attinenti dell'esecuzione della pretesa tributaria. Ciò in quanto, ha per oggetto un iter procedimentale che precede il sorgere dell'obbligazione tributaria e che sfocia nell'adozione di un atto amministrativo generale assunto dalla pubblica amministrazione nell'esercizio di un potere d'imperio, avente natura discrezionale e che incide su interessi legittimi.

A tale conclusione si perviene da un esame delle seguenti norme del D.Lgs. 546/1992, che verranno esaminate nei successivi capitoli:

- art. 2 c. 1, che disciplina l'oggetto della giurisdizione tributaria, secondo il quale "il giudice tributario risolve in via incidentale ogni questione da cui dipende la decisione delle controversie rientranti nella propria giurisdizione, fatta eccezione per le questioni in materia di querela di falso e sullo stato o la capacità delle persone, diversa dalla capacità di stare in giudizio";
- art. 19, che elenca gli atti impugnabili tipici e nominati innanzi alle Commissioni tributarie, e tra i quali non sono compresi i regolamenti e gli atti amministrativi;
- art. 7 c. 5, che consente la disapplicazione dei regolamenti da parte del giudice tributario, secondo cui "le commissioni tributarie, se ritengono illegittimo un regolamento od un atto generale rilevante ai fini della decisione, non lo applicano, in relazione all'oggetto dedotto in giudizio, salva l'eventuale impugnazione nella diversa sede competente". Quest'ultima disposizione trae fondamento nell'art. 5 della L. 20 marzo 1865, n. 2248 allegato E in base alla quale "... le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi e i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi" (c.d. pregiudiziale amministrativa).

Tra le molteplici pronunce del giudice amministrativo aventi ad oggetto la legittimità di atti generali emanati dagli Enti locali si segnalano le seguenti:

- **Cons. di Stato Sez. V 11 maggio 2007 n. 2341**, in base alla quale è legittima ed immune da vizi la deliberazione comunale che, in puntuale esecuzione della particolare previsione agevolativa prevista dall'art. 1, comma 86, della legge 28 dicembre 1995, n. 549, sulla facoltà di accordare agevolazioni tributarie agli esercizi commerciali e artigianali situati in zone precluse al traffico a causa dello svolgimento di lavori pubblici di durata superiore a sei mesi, abbia escluso dall'esenzione un albergo, trattandosi di attività non riconducibile alle categorie economiche indicate dalla legge. Infatti, la citata disposizione, in quanto diretta all'attribuzione di un beneficio in deroga alla generale norma per la quale chi si avvale di un pubblico servizio è tenuto a pagare il corrispettivo stabilito, deve considerarsi di carattere speciale e, pertanto, di stretta interpretazione e non suscettibile di applicazione estensiva. Ne consegue che, del beneficio che essa consente di elargire, possono fruire solo le categorie di soggetti espressamente individuate (gli "esercizi commerciali ed artigianali") ma non altri, ivi compresi gli esercenti attività alberghiera, che, dovendo essere ricompresa tra le attività industriali, non è parificabile in alcun modo a quelle citate dalla normativa in questione;
- **TAR Toscana 20 marzo 2008 n. 411**, in base alla quale la disciplina del procedimento amministrativo consente, alla luce delle disposizioni in materia di determinazione della quota di compartecipazione dei Comuni all'addizionale IRPEF, la ratifica (anziché l'annullamento giurisdizionale) dell'atto viziato per incompetenza (delibera adottata dalla Giunta Comunale in luogo del Consiglio) per il tramite dell'emissione di un nuovo provvedimento che consegue efficacia sanante ex tunc. Infatti, ricorda il giudice amministrativo, che gli atti viziati da incompetenza dell'organo emanante possono essere legittimamente convalidati con efficacia retroattiva in sede di autotutela dall'organo competente, anche se avverso di essi penda impugnativa, fino a quando non ne sia intervenuto l'annullamento. Il provvedimento adottato ai sensi della norma citata costituisce un provvedimento di ratifica - o di convalida secondo la terminologia adottata dal legislatore - il quale si sostituisce all'atto viziato con effetto "ex tunc".
- Tra le molteplici pronunce in tema di disapplicazione di regolamenti oppure atti generali degli Enti locali si segnalano le seguenti:
 - **Cass. sez. trib. 6 maggio 2005 n. 9415**, che ha esaminato la controversia relativa all'impugnazione di una cartella esattoriale da parte di un campeggio che sosteneva l'intassabilità, ai fini Tarsu, di talune aree e l'inadeguatezza dell'imposizione in considerazione del fatto che l'attività non era stata svolta nell'intero anno. La Suprema Corte ha statuito che una volta accertate le circostanze che il criterio di tassazione, fissato dal regolamento comunale disattendeva le disposizioni dell'art. 62 del D.Lgs. n. 507/1993, e che, d'altronde, la domanda della parte era sottesa all'annullamento della cartella, previa disapplicazione del regolamento comunale in quanto illegittimo, i Giudici di merito, avrebbero dovuto limitarsi, in ossequio a quanto disposto dall'art. 7 del D.Lgs. 546/1992 e dall'art. 112 c.p.c., alla disapplicazione della disposizione regolamentare, ed all'esame e valutazione della legittimità o meno dell'atto impugnato alla stregua della normativa vigente ed applicabile. Diversamente statuendo, e quindi ove si pronunciasse sul merito della imposta determinandone l'ammontare in base a parametri diversi rispetto a quelli indicati dall'Ente impositore ritiene il collegio, che la Commissione regionale, sia incorsa nel vizio di

violazione dell'art. 7, c. 5, D.Lgs. n. 546/1992 e dell'art. 112 c.p.c., in quanto non ha facoltà di fissare nuovi e diversi parametri;

- Cass.SS.UU. 2 marzo 2006 n. 6265, che ha disapplicato la delibera tariffaria in materia di TARSU da applicare nei confronti di esercizi alberghieri, in considerazione della notevole differenza esistente con la tariffazione delle civili abitazioni;
- Cass. sez. trib. 4 febbraio 2005 n. 10308, in materia di imposta di pubblicità e pubbliche affissioni, che hanno interpretato l'art.4 del D.Lgs. 507/1993, indicando che l'Ente locale può individuare a propria discrezione e con apposito regolamento le zone "speciali" in cui l'imposta sulla pubblicità sia più costosa;
- Cass. SS.UU. 9 novembre 2001 n. 3030, in materia di TARSU, per la quale laddove la contestazione investa direttamente i cosiddetti atti autoritativi presupposti, e cioè i provvedimenti di carattere generale (regolamento e tariffa), la competenza giurisdizionale spetta al giudice amministrativo, mentre sono devolute alla cognizione delle commissioni tributarie le controversie concernenti i tributi comunali e locali tutte le volte in cui il contribuente abbia a contestare, nell'an e nel quantum, la pretesa impositiva azionata dall'Ente territoriale, impugnando, per l'effetto, gli atti impositivi, e così ponendo in discussione la specifica obbligazione tributaria ad essi riferibile (art. 2 c. 1 lett. h, del D.Lgs. 546/1992).

dott. Forgione Gianluca

16. L'ATTIVITA' REGOLATORIA DELLE AUTORITA' INDIPENDENTI

1. I poteri delle autorità indipendenti e la loro collocazione nell'ordinamento.

Una definizione unitaria dei poteri esercitati dalle autorità indipendenti risulta difficile, in quanto non è possibile individuare un unico modello di autorità indipendente, tanto più in assenza di una disciplina unitaria delle authorities.

Pur essendo comune alle diverse autorità la caratteristica della neutralità delle funzioni esercitate, resta il fatto che le funzioni e i poteri, esercitati dalle singole autorità, si differenziano a volte in modo profondo.

In alcuni casi, come meglio illustrato in seguito, si tratta di poteri particolarmente ampi, che hanno fatto dubitare della compatibilità con il quadro costituzionale ed hanno posto problemi circa l'esatta collocazione delle autorità nel nostro ordinamento.

E' noto che allo stato il fenomeno delle autorità indipendenti non trova alcun riferimento nella Costituzione, non essendo stato approvato il progetto di riforma costituzionale redatto dalla Commissione bicamerale e in cui era prevista un'esplicita copertura costituzionale.

In quella sede era stato inserito nel titolo III (Il Governo) della II parte della Costituzione una sezione III "Autorità di garanzia e organi ausiliari", in cui l'art. 82 prevedeva che "Per lo svolgimento di attività di garanzia o di vigilanza su determinate materie la legge può istituire apposite Autorità" e che "Il Senato della Repubblica elegge a maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti i titolari delle Autorità di garanzia e di vigilanza. La legge ne stabilisce la durata del mandato, i requisiti di eleggibilità e le condizioni di indipendenza nello svolgimento delle funzioni." L'abbandono del progetto di riforma costituzionale elaborato dalla Commissione bicamerale ha determinato il permanere del silenzio della Costituzione sulle autorità indipendenti.

Sicuramente il silenzio della Costituzione preoccupa oggi meno che ieri: il ruolo delle Autorità si è consolidato, è divenuto parte integrante del diritto vivente, si è incastonato nelle maglie, fortunatamente non troppo strette, della nostra Carta fondamentale. Vi è stata una presa di coscienza anche da parte dell'opinione pubblica dei valori di fondo che le Autorità esprimono; primo fra tutti la libera concorrenza quale sistema di sviluppo sia della libera iniziativa economica sia dei diritti individuali dei consumatori. Le Autorità sono istituzioni entrate a pieno titolo nel dialogo istituzionale e nelle dinamiche dei rapporti economico-sociali. Esse esprimono valori di fondo condivisi, i quali ormai si impongono sopra ogni conflitto sociale e politico e rispondono ad un modello di società "occidentale" consolidato e pressoché indiscusso: la libertà di iniziativa economica privata coniugata al libero mercato; la libera concorrenza come terreno di sviluppo delle relazioni dei consociati; una tutela dei diritti individuali, in specie quelli dei consumatori, la quale deriva indirettamente dalla salvaguardia della trasparenza dei traffici e del buon funzionamento del mercato, in una parola dalla salvaguardia della società aperta e pluralista.

Tuttavia, il radicamento del fenomeno delle autorità indipendenti nel nostro ordinamento non risolve il problema teorico della copertura costituzionale, o meglio della compatibilità con l'attuale quadro costituzionale. E' noto che parte della dottrina ha espresso seri dubbi di costituzionalità sull'istituzione, a costituzione invariata, delle autorità indipendenti.

Tali dubbi concernono in primo luogo la compatibilità rispetto al principio di separazione dei poteri: nella ripartizione tramandata da Montesquieu, le tre funzioni fondamentali della legislazione (creazione di norme), dell'amministrazione (esecuzione di norme) e della giurisdizione (vigilanza sulla corretta applicazione delle norme) sono attribuite rispettivamente al potere legislativo (Parlamento), al potere esecutivo (Governo e pubblica amministrazione) e al potere giudiziario (Magistratura). Il potere esecutivo è legittimato dalla fiducia del Parlamento, che a sua volta costituisce diretta emanazione del popolo, unico legittimo depositario del potere; mentre l'indipendenza dell'ordine giudiziario da ogni altro potere è espressamente garantita dalla stessa Costituzione.

Le autorità indipendenti si pongono al di fuori di tale tripartizione, essendo autorità amministrative autonome rispetto al Governo e quindi poste al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione., che sancisce la responsabilità politica dei Ministri per l'attività dei propri ministeri e del Presidente del Consiglio dei Ministri per la politica generale del Governo.

Inoltre, in relazione ai poteri attribuiti alle autorità indipendenti, si è posto il problema di verificare se, in presenza di un potere regolamentare di Stato ed enti territoriali che gode oggi del fondamentale riconoscimento diretto in Costituzione, il sistema delle fonti possa tollerare, o meno, l'adozione di atti normativi da parte di soggetti che non sono muniti di legittimazione democratica e rappresentativa e in che modo l'esercizio di poteri regolatori si ponga rispetto al principio di riserva di legge ed al principio di legalità.

Si tratta di problemi di ordine generale rilevanti, la cui soluzione non può consistere nella mera presa d'atto dell'esistenza e dello sviluppo del fenomeno.

Esclusa la natura di giudici speciali o di organi paragiurisdizionali delle autorità indipendenti, la dottrina è pervenuta per altra via ad un giudizio di compatibilità delle autorità indipendenti con l'attuale carta costituzionale.

E' stato evidenziato che l'art. 95 della Costituzione si riferisce al Governo e non all'organizzazione amministrativa e non introduce una inderogabile regola di dipendenza dell'amministrazione dal Governo; la ratio del principio di responsabilità governativa non riguarderebbe quelle funzioni

neutrali, quali quelle svolte dalle autorità indipendenti, prive delle caratteristiche della gestione dell'interesse pubblico in rapporto alle direttive governative.

Secondo tale tesi, le autorità non amministrano nel senso tradizionale, ma controllano, regolano e sanzionano senza esercizio del potere discrezionale amministrativo, senza alcuna comparazione e selezione degli interessi in gioco.

Secondo altra tesi, il fondamento delle autorità andrebbe rinvenuto nel procedimento partecipativo, inteso non come semplice forma di razionalizzazione delle decisioni, ma come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative.

In assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurative le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale.

Del resto, l'equidistanza delle autorità rispetto al potere pubblico e ai privati presuppone necessariamente l'azzeramento degli interessi pubblici di settore, che assumono rilievo sotto la diversa forma degli interessi diffusi imputati alla collettività dei consumatori e degli utenti, la cui partecipazione al procedimento non rende necessaria l'interposizione delle strutture rappresentative.

Deve infine tenersi presente che per alcune autorità indipendenti l'assenza di una copertura costituzionale risulta irrilevante a fronte della necessaria istituzione derivante dall'adempimento degli obblighi comunitari.

E' questo certamente il caso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, istituita in Italia nel 1990 quando l'esistenza di una autorità con funzioni antitrust già costituiva requisito di ammissione dei nuovi stati membri.

17. Le funzioni amministrative esercitate dalle autorità.

Una prima distinzione utile a definire il campo d'azione della autorità indipendenti è quella tra funzioni amministrative e funzioni di regulation.

Tra le prime vi sono funzioni meramente ausiliarie, limitate ad una attività di moral suasion nei confronti del potere pubblico o dei privati, e funzioni provvedimentali.

Le funzioni ausiliarie consistono in relazioni periodiche al Parlamento, in segnalazioni di problemi da risolvere in via normativa, nell'espressione di pareri.

Ad esempio, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha il compito di segnalare al Governo e al Parlamento, con apposita comunicazione, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa sui contratti pubblici; di formulare al Governo e al Ministro competente proposte di modifica della disciplina primaria e regolamentare; di predisporre ed inviare al Governo e al Parlamento una relazione annuale nella quale si evidenziano disfunzioni riscontrate nel settore degli appalti.

All'Autorità antitrust sono invece attribuiti poteri di segnalazione al Parlamento ed al Governo delle situazioni distorsive della concorrenza derivanti da provvedimenti legislativi e di esprimere pareri, ove ne ravvisi l'opportunità, circa le iniziative necessarie per rimuovere o prevenire le distorsioni.

A questo nucleo di funzioni ausiliarie si aggiunge spesso l'attribuzione di poteri immediatamente incidenti sui terzi, quali quelli sanzionatori o inibitori.

La caratteristica di tale funzione provvedimentale è quella di essere svolta per lo più non sulla base delle tradizionali valutazioni discrezionali amministrative, ma sulla base dell'esercizio **della c.d. discrezionalità tecnica.**

La peculiarità di tale funzione risiede anche nel fatto che alle Autorità spetta anche il compito di “contestualizzare” le norme da applicare, che spesso fanno riferimento ai c.d. “concetti giuridici indeterminati”, quali, ad esempio in materia antitrust, il mercato rilevante, l'abuso di posizione dominante, le intese restrittive della concorrenza.

Si tratta pertanto di un potere vincolato a concetti giuridici non completamente determinati dal legislatore, che vengono definiti in modo più concreto (contestualizzati), facendo ricorso a regole scientifiche, spesso opinabili perché inerenti scienze inesatte, quale quella economica.

Se si aggiunge che all'Autorità antitrust è stata anche riconosciuta la possibilità di disapplicare il diritto interno contrastante con le norme di tutela della concorrenza, è evidente come i poteri provvedimentali, affidati a tale Autorità, benché formalmente vincolati, possono implicare nella sostanza importanti scelte di valore circa la contestualizzazione delle norme di principio poste a tutela della concorrenza. Non può essere però trascurato il fatto che tali decisioni sono agevolate grazie all'utilizzo dei principi da decenni affermati nella materia dalla giurisprudenza comunitaria.

La autorità cui sono affidate le summenzionate funzioni amministrative sono definite “garanti”, perché esercitano esclusivamente o prevalentemente attribuzioni qualitativamente diverse dalle tradizionali potestà amministrative, che comportano una valutazione di interessi e che determinano effetti redistributivi di risorse. E ciò proprio perché, a differenza del Governo e dei singoli ministeri, le autorità non sono inserite in modo diretto nel circuito politico rappresentativo e dunque sono prive di una base di legittimazione democratica che giustifichi la delega di poteri decisionali di questa natura.

Accanto alle descritte funzioni amministrative, sono state individuate anche funzioni definite “contenziose”, correlate a situazioni giuridiche di tipo bilaterale orizzontale intercorrenti tra soggetti privati, rispetto alle quali il ruolo delle Autorità è quello di arbitro posto in una posizione neutrale ed equidistante.

Si tratta, ad esempio, delle controversie in tema di interconnessione e di accesso alle infrastrutture di telecomunicazione attribuite alla competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni in relazione alle quali l'Autorità è tenuta ad attivarsi se richiesta dalle parti, ma può anche intervenire d'ufficio. La disciplina regolamentare adottata dall'Autorità per questo tipo di controversie, e più in generale per il tentativo obbligatorio di conciliazione, contiene disposizioni procedurali che ricalcano, finanche nella terminologia (udienza di comparizione delle parti, udienza di discussione, termini liberi, ecc.), quelle previste per i procedimenti giurisdizionali civili e che garantiscono il principio di eguaglianza delle parti.

18. Le funzioni regolatorie e il fondamento della delega di poteri normativi alle autorità.

L'espressa attribuzione alle Autorità di poteri di scelta non legislativamente predeterminati costituisce invece il dato caratteristico delle funzioni di regulation e, quindi, delle c.d. Autorità regolatrici.

Innanzitutto, si deve distinguere tra regolamenti espressione dell'autonomia organizzativa (organizzazione, personale, contabilità) e l'ambito di autonomia normativa, che opera nelle materie riservate alla competenza tecnica delle Autorità regolatrici.

Il problema si pone principalmente per queste seconde, e più rilevanti, funzioni, che vengono appunto definite di regulation.

La « delega » di poteri normativi ad apparati amministrativi da parte del Parlamento costituisce fenomeno dovuto al fatto che il legislatore spesso non è in grado di porre una disciplina legislativa completa di una determinata materia. I settori in cui operano le Autorità indipendenti presentano infatti in molti casi caratteristiche tecniche e economiche complesse e sono soggetti a rapide evoluzioni, che amplificano le difficoltà del Parlamento nel porre per legge un sistema di regole certe, con la conseguente necessità di prevedere deleghe molto ampie.

L'attribuzione di tali poteri regolatori ad Autorità indipendenti consente certamente una maggiore rapidità nell'adeguare le regole alle esigenze del mercato in settori, dove il rischio di obsolescenza di questo tipo di parametri è assai elevato.

Tuttavia, la dottrina ha evidenziato il rischio di rimettere alle Autorità un potere così ampio da svuotare praticamente di contenuto il principio di legalità inteso in senso sostanziale.

Anche in questo caso il fenomeno trae origine dai rilevanti poteri regolatori attribuiti alle agencies statunitensi, giustificati da una implicita delega da parte del legislatore alle autorità, cui viene rimessa la decisione di tutti i casi compresi nelle materie di loro competenza, sui cui il legislatore non si è espressamente pronunciato indicandone una precisa soluzione.

La teoria della delegazione implicita dei poteri normativi non sembra poter essere automaticamente trasposta nel nostro ordinamento, in cui il principio di legalità impone la necessità di un fondamento normativo primario per l'esercizio di poteri regolatori che implicano scelte.

Peraltro, anche ipotizzando un fondamento legislativo, solo alcuni tipi di scelte appaiono delegabili alle autorità regolatorie: le scelte di carattere generale che implicano l'aggregazione delle preferenze diffuse del cittadino non possono che spettare al legislatore, che è legittimato a farle dalla fiducia espressa dagli elettori;

mentre quando vengono in gioco interessi secondari e si tratta di scelte prevalentemente tecniche, si può ipotizzare l'intervento delle Autorità indipendenti.

Per fare un esempio, è una scelta del primo tipo quella tra destinare fondi allo sviluppo delle reti infrastrutturali di comunicazioni elettroniche o alla protezione dall'esposizione ai campi elettromagnetici; mentre la scelta delle modalità di connessione alla rete costituisce interesse secondario e dipende da elementi tecnici che possono essere anche delegati.

L'attività di regulation si può poi esplicare in diverse direzioni: dalla regolazione in senso stretto, con la determinazione di tariffe e condizioni contrattuali, a una attività di vigilanza sui comportamenti delle imprese.

Tali precisazioni non eliminano del tutto i dubbi in ordine alla legittimità dell'affidamento di potestà normative ad autorità non politiche, sotto il profilo del rispetto del principio di legalità e di gerarchia delle fonti.

L'inquadramento di tali poteri nell'ambito del sistema resta problematico soprattutto perchè molto spesso il carattere di secondarietà di tali poteri non è affatto agevolmente riconoscibile in quanto a volte i regolatori si muovono in uno spazio che non è pre-occupato da fonti di rango primario.

Le posizioni della dottrina sono spesso influenzate da visuali opposte: il bisogno di superare la politica e il bisogno di conservarla, il desiderio di pluralizzare l'ordinamento creando garanti nuovi, capaci di grande indipendenza funzionale verso l'indirizzo politico, il desiderio di dimostrarli, però, a loro volta democratici.

A fronte di chi nega le legittimità, allo stato del diritto vigente, di Autorità indipendenti dotate di poteri di regulation, altra parte della dottrina è pervenuta invece ritenere legittimi tali poteri sulla base di differenti tesi.

Per quanto riguarda il rapporto con la legge, è stata richiamata l'esperienza francese in cui il Conseil Constitutionnel ha posto precisi limiti al corretto esercizio dei poteri normativi, richiedendo che la legge ne delimiti l'oggetto e detti i criteri generali e sancendo espressamente la loro subordinazione al potere regolamentare del Governo; nel nostro ordinamento è stato così ipotizzato la definizione di un procedimento di formazione degli atti normativi delle Autorità indipendenti, che abbia garanzie non inferiori a quelle previste dall'articolo 17 della legge n. 400 del 1988.

Inoltre è stato affermato che la legittimazione delle autorità a quella che viene definita una normazione neutrale nasce dallo stesso mercato ed appare, in sostanza, agganciata ai principi costituzionali di cui agli articoli 21, 41, 47 e 97, oltre che ai principi comunitari della libera concorrenza della libertà di circolazione e di stabilimento, della tutela dell'investitore-risparmiatore.

Altri ancora fanno riferimento ad una riserva tecnica, che rappresenta il vero tratto distintivo della figura dell'ente pubblico, di cui, peraltro, le Autorità indipendenti potrebbero costituire uno sviluppo e un perfezionamento.

La dottrina sembra essere concorde su una questione: un elemento che contribuisce a legittimare i poteri regolatori delle Autorità indipendenti è costituito dalle garanzie procedurali, dall'applicazione del giusto procedimento. Non è pensabile che l'attività di regulation venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati: nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sottoforma di garanzie del contraddittorio.

La dottrina ha sottolineato che si può anzi instaurare una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi in bianco, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessanti nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori.

E' stato quindi sostenuto che l'influenza del diritto comunitario e le spinte evolutive interne connotano sempre più l'attività normativa delle Autorità indipendenti come una sorta di "normazione giudiziaria, che nasce cioè dal contraddittorio. Anche la giurisprudenza ha aderito a tali tesi, affermando che ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti non si applicano le generali regole dell'azione amministrativa, che escludono dall'obbligo di motivazione e dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi ed amministrativi generali. Infatti, l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative; in assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può, quindi, trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurative le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale.

Tali concetti sono stati affermati anche dal Consiglio di Stato in sede consultiva, secondo cui l'attribuzione di poteri normativi alle autorità indipendenti deve ormai ritenersi compatibile con il nostro sistema ordinamentale; le Autorità devono prevedere idonee garanzie partecipative in sede di approvazione dei propri regolamenti e devono dotarsi di sistemi di consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti vigilati (il rapporto tra consultazione e qualità della regolazione è sottolineato anche, a livello comunitario, dal Protocollo n. 7 al Trattato di Amsterdam, in quanto una regolamentazione negoziata e concordata ha maggiori probabilità di essere accettata e quindi applicata).

Tuttavia, la giustificazione “dal basso” del potere normativo delle Autorità regolatorie e lo svolgimento del giusto procedimento non consentono di ampliare in modo indeterminato detto potere, che si giustifica laddove la norma primaria in bianco rimetta la regolazione all’Autorità di settore, ma non anche quando il legislatore intervenga a disciplinare direttamente una questione con norme primarie, che l’autorità non potrà che applicare.

Anche a livello europeo ormai le procedure seguite nell'adozione degli atti regolatori sono state poste all'attenzione dei legislatori da parte dell'Ocse, proprio perché influiscono sulla qualità del risultato. Il legislatore italiano, con l'art. 12 della legge n. 229/2003, ha esteso alle Autorità indipendenti quell'obbligo di dotarsi di metodi di analisi dell'impatto della regolazione che le prime leggi Bassanini avevano imposto per gli atti normativi del governo.

Inoltre, un obbligo di consultazione preventiva è stato imposto a livello comunitario anche dalla direttiva sulle comunicazioni elettroniche, recepita dal codice comunicazioni elettroniche, che prevede questo obbligo per l'Autorità di garanzia delle comunicazioni (obbligo che l'Autorità ha attuato).

Anche l'Autorità dell'energia elettrica e gas si è dotata di un sistema di “notice and comment”, le cui radici vanno rinvenute nell'Administrative Procedure Act del 1946, con cui venne previsto che le Agencies americane di regolazione mettessero in moto tale meccanismo; dovevano cioè rendere pubblica la proposta di atto; su quella proposta dovevano far convergere tutte le osservazioni dei soggetti interessati e poi tenere conto di quelle osservazioni in sede di regolazione finale.

Si può quindi affermare che, la consultazione preventiva consente alle Autorità regolatorie di avvalersi dell'expertise dei soggetti regolati, di raccogliere informazioni sull'impatto potenziale della regolazione e anche di considerare approcci alternativi a determinati aspetti, ovviamente evitando quello che è il fenomeno della cattura del soggetto regolatore da parte del soggetto regolato.

Ciò però non significa che il potere regolatorio attribuito alle autorità sia subordinato alla necessaria condivisione da parte dei soggetti regolati; tale potere restintatto e, una volta esercitato, conserva la sua forza autoritativa e se in sede procedimentale non si raggiunge il corretto punto di equilibrio tra le varie esigenze, spetterà all'autorità imporre le regole, anche se non condivise.

Si può comunque affermare che una regolazione negoziata e concordata ha maggiori probabilità di essere accettata e, quindi, bene applicata.

Inoltre, come già illustrato, lo strumento della consultazione preventiva risulta utile anche per dare un fondamento teorico sia alla collocazione nel nostro ordinamento delle Autorità indipendenti, sia all'attribuzione alle stesse di poteri regolatori.

Il rischio della commistione tra l'attività di adjudication e quella di regulation e l'istituto degli impegni nel diritto antitrust.

Un problema che sta emergendo negli ultimi tempi è costituito dalla necessità di tenere distinte in modo netto la c.d. attività di adjudication (adozione di provvedimenti inibitori o sanzionatori, come quelli adottati dall'Autorità antitrust) da quella di rule making (regolazione).

In dottrina è stato sottolineato il rischio di una commistione tra gli interventi ex post con cui si colpiscono i comportamenti che non sono in sintonia col libero gioco concorrenziale e che ne pregiudicano lo sviluppo (adjudication) e gli interventi ex ante dell'Autorità, volti anzitutto a fissare le regole asimmetriche per il funzionamento del mercato.

Bisogna tenere presente che talvolta il confine tra attività di regolazione, che deve avvenire ex ante, e interventi sanzionatori, che avvengono invece ex post, può essere labile.

In questi settori, è necessario che le regole siano chiare, per consentire ai destinatari della disciplina di valutare in modo autonomo ed ex ante e con un grado di elevata certezza se i propri e gli altrui comportamenti siano illeciti o meno. Per questo, sarebbe utile che le autorità facessero un maggior uso delle cosiddette linee guida (guide lines); la limitazione di tale discrezionalità tramite linee guida non dovrebbe porre problemi sotto il profilo della violazione del principio di legalità, in quanto questi poteri (pararegolamentari) di dettare linee guida sarebbero comunque esercitati a garanzia del destinatario del potere per restringere tale potere e non per ampliarlo.

Un esempio del rischio di commistione tra attività di adjudication e di regulation è costituito dall'introduzione nel diritto antitrust della decisione di chiusura dell'istruttoria a seguito della presentazione di impegni da parte delle imprese indagate, con cui secondo alcuni si sarebbe introdotta una forma di concertazione tra Autorità e imprese, idonea ad introdurre misure (gli impegni) idonee ad arrecare benefici al mercato.

Parlare di concertazione può sembrare anomalo per un'attività quale quella provvedimento sanzionatoria, che è vincolata. Però bisogna tenere presente che, da un lato, è vincolata a concetti giuridici indeterminati e, dall'altro lato, che in alcuni casi spazi di discrezionalità rimangono in capo all'Autorità.

Non si intende fare riferimento solo alla possibilità che, in sede di autorizzazione di un'operazione di concentrazione, l'autorizzazione possa rilasciata anche attraverso l'imposizione di prescrizioni a livello nazionale o attraverso l'accettazione di impegni a livello comunitario (ed è noto come prescrizioni ed impegni siano nella sostanza concertati molto spesso tra Autorità e imprese), ma si vuole richiamare l'introduzione da parte del regolamento n. 1/2003 di una nuova forma di decisione da parte delle Autorità antitrust: l'accettazione degli impegni assunti dalle imprese con chiusura del procedimento.

Con l'art. 9 del Regolamento n. 1/2003 è stato previsto che qualora la Commissione intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate proponano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese, chiudendo il procedimento, che può essere riaperto: a) se si modifica la situazione di fatto rispetto a un elemento su cui si fonda la decisione; b) se le imprese interessate contravvengono agli impegni assunti; c) se la decisione si basa su informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete, inesatte o fuorvianti.

La Commissione europea, su questo confortata dalla Corte di Giustizia, già in precedenza aveva utilizzato un simile strumento, archiviando procedimenti sanzionatori a seguito dell'assunzione di impegni da parte delle imprese, in considerazione della complessità dei casi e dell'esigenza prioritaria di ottenere l'immediata rimozione degli effetti restrittivi.

Lo strumento è stato ora codificato e il legislatore italiano lo ha recepito attraverso l'introduzione dell'art. 14-ter della legge n. 287/90 ad opera del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, con cui è stata appunto introdotta anche in Italia la possibilità per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato di chiudere anticipatamente i procedimenti antitrust a seguito di impegni presentati dalle imprese coinvolte.

Si tratta di una modalità alternativa e atipica di chiusura del procedimento sanzionatorio, con cui l'Autorità può limitarsi ad "accettare" gli impegni proposti dalle imprese lasciando irrisolta la questione della anticoncorrenzialità, o meno, della condotta al suo esame.

Ma in questo caso i poteri di accertamento e di sanzione non vengono compressi: la proposizione di impegni non è uno strumento in mano alle imprese finalizzato solo ad evitare la sanzione, sminuendone così l'efficacia deterrente; va tenuto presente che il considerando n. 13 del regolamento CE n. 1/2003 afferma che le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda, inducendo a ritenere applicabile l'istituto soprattutto nei casi meno gravi.

Lo stesso art. 14-ter della legge n. 287/90 prevede che la valutazione dell'idoneità degli impegni avvenga "nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario" e nell'ordinamento comunitario tale istituto ha un ruolo "tendenzialmente marginale", non essendo applicabile non solo alle c.d. restrizioni hardcore, che sono vietate per sé, quali i cartelli per la fissazione dei prezzi o per la ripartizione del mercato, ma anche nei casi in cui il comportamento restrittivo o lesivo della concorrenza appare sufficientemente grave da far ritenere appropriata l'imposizione di una sanzione; di conseguenza, la Commissione o le autorità nazionali dovrebbero adottare una decisione con impegni nei soli casi in cui il perseguimento delle finalità tipiche di una decisione sia sacrificabile rispetto ad esigenze diverse quali la celerità dell'azione amministrativa e la certezza di poter eliminare gli effetti pregiudizievoli alla concorrenza in modo alternativo all'accertamento dell'infrazione, soprattutto in presenza di fattispecie che presentano una particolare complessità oppure questioni caratterizzate da un elevato tasso di novità o di incertezza.

E' stato anche rilevato che mentre in sede europea la Commissione sta utilizzando con parsimonia l'istituto della chiusura dell'istruttoria a seguito dell'accettazione degli impegni, in Italia l'Autorità garante della concorrenza e del mercato sta facendo un ampio ricorso a tale strumento anche in caso di infrazioni gravi e, quindi, potenzialmente meritevoli di sanzione ed, inoltre, che in assenza di una limitazione nell'utilizzo dello strumento l'Autorità potrebbe tendere ad assumere una vera e propria posizione «regolatoria», definendo di volta in volta, mediante il ricorso ad una sorta di «patteggiamento», ciò che le imprese possono o non possono fare nel mercato.

Le decisioni con impegni contengono, quindi, il rischio di un uso distorto dello strumento alternativo alla sanzione, attraverso il quale le autorità nazionali potrebbero essere spinte dalla tentazione di usare le decisioni con impegni al fine di ottenere risultati ulteriori (e tipici dell'esercizio della diversa funzione regolatoria) in termini di apertura dei mercati alla concorrenza ed assetti concorrenziali che vanno al di là dei vincoli posti dalla legge alla loro azione .

Tuttavia, la prima giurisprudenza sia comunitaria che nazionale sembra aver posto un freno a tale utilizzo. In sede comunitaria, il criterio guida da applicare alle decisioni con impegni è stato individuato nel principio di proporzionalità, in modo che gli impegni non comportino vincoli ulteriori alle imprese rispetto a quelli strettamente necessari all'eliminazione delle restrizioni.

Nel nostro ordinamento, lo stesso legislatore ha legato gli impegni alla necessità di "far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria", e non quindi a finalità ulteriori di apertura dei mercati alla concorrenza, e non ha recepito la possibilità per l'Autorità di imporre alle imprese i

rimedi strutturali, invece previsti come potere della Commissione dall'art. 7 del regolamento n. 1/2003. Inoltre, la giurisprudenza interna ha richiamato la necessità di un nesso di presupposizione che ricongiunga l'accettazione degli impegni all'esigenza di eliminare i profili anticompetitivi presi in considerazione all'atto di apertura dell'istruttoria, ritenendo preclusa l'adottabilità di una determinazione dell'Autorità con la quale vengono resi "obbligatori" impegni la cui portata contenutistica e le cui ricadute effettuali esulino dai profili di sospetta anticoncorrenzialità che avevano indotto l'Autorità ad attivare i poteri istruttori ad essa spettanti.

La stessa giurisprudenza ha escluso che attraverso le decisioni con impegni il ruolo dell'Autorità antitrust possa essere assimilato a quello di un'Autorità di regolazione e che gli impegni possano costituire lo strumento per determinare una mutazione delle regole del mercato eccedente l'ambito delle contestazioni oggetto dell'istruttoria.

Tale principio è stato affermato anche nel diverso settore dell'accertamento delle pratiche commerciali scorrette con riferimento all'impossibilità di introduzione di necessarie a far cessare una presunta infrazione degli articoli 81 e 82, vale a dire lo stesso tipo di misure correttive che la Commissione potrebbe imporre se adottasse una decisione di constatazione dell'infrazione.

Diversa appare, invece, la linea di intervento dell'AGCM, che fin dalla relazione annuale del 2006 ha sottolineato che l'introduzione della possibilità di adottare decisioni con impegni «apre l'Autorità al dialogo e al confronto con le imprese, segnando il passaggio a un'impostazione dell'intervento antitrust più marcatamente orientata al buon funzionamento dei mercati, piuttosto che volta soltanto all'accertamento e alla repressione della violazione».

In definitiva, il tipico esercizio del potere da parte delle Autorità antitrust non è stato intaccato dall'introduzione delle decisioni di chiusura dell'istruttoria a seguito dell'accettazione di impegni; la presentazione di impegni e la loro accettazione non integrano una sorta di accordo bilaterale tra impresa e autorità, ma si innescano nell'ambito di un procedimento amministrativo, permeato dalle regole pubblicistiche, in cui la valutazione degli impegni deve essere svolta sulla base di criteri obiettivi e con la partecipazione di ogni soggetto interessato.

Non può essere condivisa, quindi, la tesi che assimila le decisioni con impegni agli accordi sostitutivi del provvedimento amministrativo, attribuendo all'istituto una natura contrattuale, in quanto la decisione con impegni, lungi dal configurare un accordo tra le parti costituisce, piuttosto, «un provvedimento unilaterale che recepisce e cristallizza come giuridicamente efficace un atto endoprocedimentale di parte», rispetto al quale resta inalterato il potere dell'Autorità di valutazione.

Ciò rende necessario che la fase della valutazione degli impegni venga proceduralizzata con regole ferree, perché altrimenti si corre il rischio di privare, ad esempio, i terzi controinteressati della possibilità di interloquire, mentre è lo stesso regolamento 1/2003 che consente ai terzi, che hanno un interesse nel procedimento e possono risultare danneggiati dalla chiusura dell'istruttoria, di interloquire anche nella fase di assunzione degli impegni.

L'art. 27, comma 4, del regolamento CE n. 1/2003 prevede, infatti che qualora si intenda adottare una decisione ai sensi degli articoli 9 (accettazione impegni), venga pubblicata un'esposizione sommaria dei fatti e il contenuto essenziale degli impegni o dell'azione proposta in modo che i terzi interessati possano presentare le loro osservazioni entro un termine stabilito, che non può essere inferiore a un mese.

In sede interna, tale pubblicazione è stata prevista dalla Comunicazione dell'AGCM del 12 ottobre 2006 sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter della legge n. 287/90, anche se la necessaria proceduralizzazione dell'istituto richiederebbe una maggiore chiarezza su criteri oggettivi in base ai quali l'AGCM ritiene ammissibile la chiusura dell'istruttoria a seguito della presentazione di

impegni, soprattutto se sarà confermata la prassi, diversa da quella comunitaria, di maggiore ricorso all'istituto.

L'analisi dello strumento conduce a ritenere che le decisioni antitrust di chiusura dell'istruttoria a seguito della presentazione di impegni costituiscono una nuova forma dell'esercizio del potere attribuito alla Commissione e alle Autorità nazionali nell'ambito del c.d. public enforcement del diritto della concorrenza. Tuttavia, si tratta di uno strumento residuale in ragione dell'assenza di accertamento e deterrenza che accompagna le decisioni con impegni; strumento in alcun modo assimilabile agli accordi sostitutivi di provvedimento e che lascia inalterate le tipiche finalità del public enforcement, ovvero il perseguimento dell'interesse pubblico a che la natura concorrenziale del mercato non venga illecitamente distorta, falsata o eliminata.

Rispetto a tali esigenze, lo strumento principe (e in alcun modo recessivo) resta il tipico potere antitrust sanzionatorio, che consente di rendere chiari i criteri di applicazione della normativa attraverso l'accertamento delle fattispecie concrete che integrano una violazione delle regole antitrust; di disincentivare le imprese a compiere ulteriori violazioni; e di eliminare le conseguenze dannose derivanti dalla violazione; l'accettazione degli impegni, lungi dal costituire un patteggiamento con le imprese anche in relazione a misure para-regolatorie, rappresenta una valida alternativa per un uso efficiente delle risorse e per la concentrazione delle stesse nei casi gravi, ma integra pur sempre l'esercizio di un potere unilaterale diretto a dare valore giuridico esterno ad un atto endoprocedimentale di parte.

Deve, quindi, essere evidenziato come allo stato la giurisprudenza sembra aver posto un freno alla tendenza a utilizzare misure tipicamente regolatorie da parte di autorità, come quella antitrust, aventi solo competenze amministrative sanzionatorie.

Una tale condotta integrerebbe il vizio dello sviamento di potere, in cui ad esempio, potrebbe incappare l'Autorità antitrust, se nello svolgimento dell'attività di adjudication, fosse tentata di imporre prescrizioni, dettate allo sviato fine di introdurre in via amministrativa quelle misure proposte e non accolte da chi svolge l'attività di rule making.

19. Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso agli atti delle Autorità.

La già descritta valorizzazione del contraddittorio e delle garanzie partecipative nei procedimenti condotti dalle Autorità indipendenti conduce a risolvere la questione dell'applicabilità a tali organismi della disciplina sul procedimento amministrativo e in materia di accesso, prevista dalla legge n. 241/1990. La natura amministrativa delle Autorità determina l'applicabilità di tale disciplina, le cui regole devono essere intese come garanzie minime, rispetto alle quali possono essere introdotte anche specifiche disposizioni dettate per i procedimenti che si svolgono davanti alle singole Autorità.

Il diritto di accesso e le garanzie partecipative devono essere consentiti e la speciale collocazione delle Autorità indipendenti all'interno del nostro ordinamento costituisce motivo non già per escluderle dall'applicabilità di tali regole, ma anzi per rafforzarne il contenuto.

La garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti costituisce quindi un elemento insopprimibile che caratterizza le funzioni svolte da tali organismi.

Si sono così sviluppati modelli di contraddittorio che si pongono su una linea più avanzata rispetto a quello generale prefigurato dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 sul procedimento amministrativo, come dimostra il necessario invio della comunicazione delle risultanze istruttorie alle imprese e la possibilità per queste di chiedere l'audizione orale nei procedimenti davanti all'Autorità antitrust, ai sensi dell'art. 14 del D.P.R. n. 217/1998.

Come evidenziato in precedenza, anche nei procedimenti relativi all'esercizio dei poteri di regulation da parte delle Autorità, le garanzie partecipative costituiscono elemento, che da un lato rafforza la legittimazione delle Autorità stesse e dall'altro lato consente il contraddittorio anche oltre quanto imposto dalla legge n. 241/1990, che, come è noto, non richiede neanche la motivazione per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale.

Per esempio l'art. 2, comma 24, lett. a) della legge 14 novembre 1995 n. 481 sulle Autorità di regulation dei servizi di pubblica utilità prevede che i regolamenti da esse emanati devono definire procedure "idonee a garantire agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio, in forma scritta e orale, e la verbalizzazione".

Si è già detto circa la previsione nel D.lgs 12 aprile 2006 n. 163 (art. 8, comma 1) di forme di consultazione preventiva, utilizzabili dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture al fine di migliorare la qualità dei propri atti.

Il contraddittorio assume forme diverse a seconda delle diverse funzioni svolte dalle Autorità: a volte è un contraddittorio verticale a garanzia del diritto di difesa, soprattutto per quei poteri officiosi svolti dall'Autorità; altre volte è un contraddittorio orizzontale, cioè partecipazione collaborativa dei soggetti interessati in rappresentanza degli interessi. E questo tipo di contraddittorio è proprio soprattutto delle funzioni di regulation.

Per quanto riguarda il diritto di accesso, l'applicabilità dei principi di cui alla legge n. 241/90 alle Autorità indipendenti è oggi confermata anche dall'art. 4 della legge n. 265/1999, che ha modificato l'art. 23 della L. n. 241/90, prevedendo che: il diritto di accesso nei confronti delle autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, secondo quanto previsto dall'art. 24". Anche in questo caso si deve ritenere che gli ordinamenti di settore possano specificare ed adattare le modalità di esercizio e i limiti del diritto di accesso alla specificità dei procedimenti svolti dalle Autorità, ma che non possano restringere le garanzie previste dalla legge n. 241/90.

Nei procedimenti condotti dall'Autorità antitrust l'art. 13 del DPR n. 217/1998 disciplina in modo accurato l'esercizio del diritto di accesso, prevedendo che i soggetti interessati possano accedere ai documenti formati o stabilmente detenuti dall'Autorità nei procedimenti concernenti intese, abusi di posizione dominante ed operazioni di concentrazione. Qualora i documenti di cui al comma 1 contengano informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, relative a persone ed imprese coinvolte nei procedimenti, il diritto di accesso è consentito, in tutto o in parte, nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio. I documenti che contengono segreti commerciali sono in linea di principio sottratti all'accesso, ma, qualora essi forniscano elementi di prova di un'infrazione o elementi essenziali per la difesa di un'impresa, gli uffici ne consentono l'accesso, limitatamente a tali elementi.

La stessa disposizione pone a carico dei soggetti che intendono salvaguardare la riservatezza o la segretezza delle informazioni fornite la presentazione agli uffici una apposita richiesta, che deve contenere l'indicazione dei documenti o delle parti di documenti che si ritiene debbano essere sottratti all'accesso, specificandone i motivi. E' quindi previsto anche uno speciale sub-procedimento, da svolgersi nel contraddittorio degli interessati, per verificare se determinati documenti debbano essere, o meno, sottratti all'accesso.

La lettura delle disposizioni di cui all'art. 13 del DPR n. 217/98 evidenzia come nei procedimenti antitrust sia particolarmente avvertita la necessità di bilanciare l'esigenza della riservatezza di informazioni di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, relative a persone ed imprese coinvolte nei procedimenti, con quella di assicurare il contraddittorio.

Si tratta di una questione affrontata sia dalla giurisprudenza comunitaria che da quella interna.

Sul piano comunitario, un definitivo riconoscimento del principio della “parità delle armi” tra accusa e difesa si è avuto con la giurisprudenza c.d. “carbonato di sodio”, con cui è stato affermato che:

a) tenuto conto del principio generale della "parità delle armi", il quale presuppone che in una causa di concorrenza l'impresa interessata abbia una conoscenza del fascicolo relativo al procedimento pari a quella di cui dispone la Commissione, non si può ammettere che la Commissione, pronunciandosi sull'infrazione, sia stata l'unica ad avere a disposizione determinati documenti e abbia dunque potuto decidere da sola se utilizzarli o meno contro l'impresa interessata, mentre quest'ultima non ha avuto accesso a tali documenti e non ha dunque potuto decidere parallelamente se utilizzarli o meno per la propria difesa;

b) il diritto delle imprese alla tutela dei loro segreti commerciali va temperato con la garanzia dei diritti della difesa, e non può, da solo, giustificare il rifiuto da parte della Commissione di rendere noti ad un'impresa, ancorché in versioni non riservate o sotto forma di un elenco dei documenti raccolti dalla Commissione, elementi del fascicolo che questa potrebbe utilizzare per la propria difesa.

Richiamando i precedenti comunitari, anche il Consiglio di Stato ha affermato che il principio di parità delle armi non comporta che in ogni caso il diritto di accesso prevalga sulle esigenze di riservatezza, ma implica che venga consentito alle imprese di conoscere il contenuto dell'intero fascicolo, con indicazione degli atti segreti e del relativo contenuto e che, in relazioni ai documenti costituenti elementi di prova a carico o comunque richiesti dalle imprese per l'utilizzo difensivo a discarico, la segretezza sia strettamente limitata alla c.d. parti sensibili del documento.

L'individuazione di tali parti da segretare deve avvenire nell'ambito di un giudizio comparativo di bilanciamento di confliggenti interessi, all'esito del quale deve comunque essere assicurata alle imprese la conoscenza dell'intero fascicolo (attraverso procedure analoghe a quelle indicate) e l'effettiva conoscenza degli elementi di prova dell'infrazione o degli elementi essenziali per la difesa (l'eventuale visione parziale non deve quindi ostacolare l'esercizio dei diritti difensivi).

Per quanto riguarda l'accesso agli atti della Consob, ai sensi dell'art. 4, comma 10, del D. Lgs. n. 58/1998 “Tutte le notizie, le informazioni e i dati in possesso della Consob in ragione della sua attività di vigilanza sono coperti dal segreto d'ufficio anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni, a eccezione del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica. Sono fatti salvi i casi previsti dalla legge per le indagini relative a violazioni sanzionate penalmente”.

La norma limita il diritto di accesso in modo maggiore rispetto alla precedente disposizione di cui all'art. 1, comma 11 della legge n. 216/1974 e non sembra consentire più quella interpretazione in precedenza seguita dal giudice amministrativo per limitare le ipotesi di sottrazione degli atti al diritto di accesso. Ciò non significa l'automatica sottrazione all'esercizio dell'accesso di ogni atto acquisito dalla Consob, in quanto deve tenersi presente la distinzione nella più ampia nozione di segreto, tra segreto "personale", derivante dalla qualità del soggetto onerato, e segreto "reale", che, dipendendo, invece, dalla natura e qualità delle informazioni la cui divulgazione è suscettibile di vulnerare interessi ritenuti degni di protezione, attribuisce al soggetto che vi è sottoposto il compito di provvedere alla selezione degli atti e delle notizie da tenere riservate.

Tuttavia, il Consiglio di Stato ha in due occasioni dubitato della costituzionalità della norma: nella prima, relativa ad un procedimento disciplinare contro un soggetto operante nel settore in cui opera la Consob, la Corte Costituzionale ha ritenuto non fondata, nei sensi di cui in motivazione, una

corretta lettura della norma non può certamente comportare che essa renda applicabile il segreto di ufficio agli atti, alle notizie e ai dati in possesso della Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob) in ragione della sua attività di vigilanza, posti a fondamento di un procedimento disciplinare a carico di soggetti (promotori finanziari) operanti nel settore; sicché, atti, notizie e documenti, nei confronti dell'interessato, non sono affatto segreti e sono invece pienamente accessibili, non soltanto nel giudizio di opposizione alla sanzione disciplinare, ma anche nello speciale procedimento di accesso regolato dall'art. 25 l. 7 agosto 1990 n. 241.47

In sostanza, la Corte di Costituzionale interpreta la normativa speciale che regola l'accesso agli atti della Consob in maniera ragionevole e soprattutto compatibile con i principi costituzionali, ricordando anche che l'art. 3 della Costituzione impone a sua volta di non interpretare il censurato art. 4, comma 10, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, in modo che i promotori finanziari ne risultino oltretutto discriminati rispetto agli appartenenti ad altra professione, ai quali è consentito nei procedimenti disciplinari accedere ai documenti posti a base dell'addebito e controdedurre in ordine ad essi.

Successivamente il Consiglio di Stato ha riproposto la questione in una controversia avente ad oggetto una domanda di accesso, formulata da una società di certificazione dei bilanci finalizzata all'ostensione dei documenti relativi al compresi indiscriminatamente nella qualificazione di segretezza, ma solo nei limiti degli atti acquisiti presso pubbliche amministrazioni. Non sono, pertanto, esclusi dall'accesso gli atti relativi a provvedimento sanzionatorio promosso dalla Consob a carico di soggetti privati. (Consiglio Stato sez. VI, 30 settembre 1994, n. 1467, in Foro amm. 1994,2150 e in Cons. Stato 1994,I,1266).

Con sentenza n. 32 del 26 gennaio 2005 la Corte Costituzionale ha nuovamente ritenuto infondata la questione, ritenendo che non sussiste la denunciata lesione del diritto di difesa, posto che l'eventuale caducazione del regime di segreto sui documenti acquisiti dalla Consob nell'espletamento della sua attività di vigilanza andrebbe ad esclusivo vantaggio di una sola delle parti del giudizio civile, con conseguente introduzione, in un rapporto processuale conformato dal principio di parità, di un trattamento irragionevolmente differenziato tra le parti; né la disposizione censurata è intrinsecamente irragionevole o arbitraria, posto che la stessa disciplina dell'accesso ai documenti acquisiti dalla Consob in ragione della sua attività di vigilanza non si sostanzia in un divieto assoluto e il provvedimento conclusivo del procedimento avviato dalla Consob, anche se di archiviazione, può essere reso accessibile all'interessato, con la conseguenza che deve ritenersi che l'impossibilità di accedere alla documentazione in riferimento alla quale esso è stato adottato contemperi non irragionevolmente l'interesse del destinatario del provvedimento e le garanzie delle quali l'attività di vigilanza deve essere circondata per risultare funzionale alle finalità cui essa è preordinata.

In realtà, proprio a proposito del diritto di accesso, il Consiglio di Stato Sezione V, con sentenza 06/07/2016, n. 3003 ha adottato di recente un'importante decisione.

Il giudizio ha preso le mosse da un accesso ad atti della CONSOB, che era stato negato dalla authority stante il divieto dettato dal combinato disposto degli articoli 24, comma 1, della L. n. 241 del 1990, e 4, comma 10, del D.Lgs. n. 58 del 1998, nonché dell'articolo 2, comma 4, del regolamento n. 9641 del 1995, per effetto dei quali gli atti e i dati che sono in possesso della CONSOB, in relazione all'attività di vigilanza, non sono accessibili a meno che non siano posti a base di un procedimento sanzionatorio o disciplinare.

Il T.A.R. per il Lazio - adito dalla interessata - con la sentenza n. 11731 del 15 ottobre 2015 aveva respinto il ricorso.

Il T.A.R., in particolare, dopo aver rilevato che dai pareri "emergono con assoluta chiarezza le valutazioni di Consob non solo sulla vicenda, ma soprattutto sui passaggi, sulla natura, rilevanza e opponibilità di un certo tipo di accordi, sulle azioni di responsabilità e sulle loro limitazioni, e, in genere, sulle conseguenze deducibili da complicate operazioni societarie concernenti le fusioni e l'acquisizione dei controlli", aveva sostenuto che l'attività esercitata da parte della CONSOB, nel caso in esame, non poteva ritenersi una attività di consulenza fornita ad un privato ma una attività svolta nell'esercizio della funzione istituzionale di vigilanza "coerente all'attività di controllo, di tutela della trasparenza, dell'esercizio di potestà sanzionatorie e comunque incisive sulle altrui situazioni giuridiche" e volta ad "individuare e rendere chiaramente percepibili i principi e gli orientamenti che l'autorità di vigilanza assume e potrà in prosieguo seguire in analoghi casi". Con la conseguente inaccessibilità degli atti emessi nell'esercizio di tale funzione.

Né, secondo il T.A.R., poteva essere accolta la richiesta di accesso in relazione alla prospettazione secondo la quale "il negato accesso determinerebbe l'alterazione della parità delle parti nel processo civile radicato a Bologna".

Proposto appello al Consiglio di Stato, la Sezione lo ha integralmente accolto, dichiarando che la disciplina che regola l'accesso agli atti della Consob, analogamente a quanto avviene per le altre Autorità indipendenti di garanzia e di vigilanza, è dettata, in generale, dall'art. 23 della Legge n. 241 del 1990, in base al quale il diritto di accesso nei confronti delle autorità di garanzia e di vigilanza si esercita, nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, secondo quanto previsto dall'art. 24 della medesima Legge.

Il Consiglio è pervenuto a tale conclusione sulla base della giurisprudenza della Consulta, secondo cui:

-il bilanciamento effettuato dal legislatore tra il segreto d'ufficio e il diritto di accesso deve ritenersi legittimo dal punto di vista costituzionale;

-la sfera di applicazione dell'art. 4, comma 10, del D.Lgs. n. 58 del 1998, quale che ne sia l'effettiva estensione, con certezza non comprende gli atti, le notizie e i dati in possesso della Commissione in relazione alla sua attività di vigilanza, posti a fondamento di un procedimento disciplinare, sicché questi nei confronti dell'interessato non sono affatto segreti e sono invece pienamente accessibili non solo nel giudizio di opposizione alla sanzione disciplinare ma anche nello speciale procedimento di accesso regolato dall'art. 25 della L. n. 241 del 1990, strumento esperibile anche dall'incolpato nei procedimenti disciplinari, per orientare preventivamente l'azione amministrativa onde impedirne eventuali deviazioni;

-le esigenze di segretezza, che costituiscono la "ratio" dell'art. 4 del T.U.F., sono recessive rispetto al diritto di accesso "defensionale", nell'ipotesi in cui si chieda l'ostensione di atti confluiti in un procedimento sanzionatorio o a carattere contenzioso e la loro conoscenza sia necessaria per la difesa dell'interessato nell'ambito del procedimento stesso;

-"ogni residuo dubbio è ... destinato a dissolversi se agli argomenti interpretativi ... desunti dalla legislazione ordinaria si aggiungono quelli derivanti dai principi costituzionali. Soccrono in primo luogo, sia pure con diversa intensità, il diritto di difesa ed i principi di imparzialità e trasparenza dell'attività amministrativa. Di fronte alla distinzione tra procedimenti disciplinari giurisdizionali e procedimenti disciplinari amministrativi, questa Corte ha già ricordato che la proclamazione contenuta nell'art. 24 Cost., se indubbiamente si dispiega nella pienezza del suo valore prescrittivo solo con riferimento ai primi, non manca tuttavia di riflettersi, seppure in maniera più attenuata, sui secondi, in relazione ai quali, in compenso, si impongono al più alto grado di cogenza le garanzie di imparzialità e di trasparenza che circondano l'agire della Pubblica Amministrazione. V'è, insomma,

un sensibile accostamento tra i due diversi tipi di procedimento disciplinare, che trova ragione "nella natura sanzionatoria delle pene disciplinari, che sono destinate ad incidere sullo stato della persona nell'impiego o nella professione" (sent. n. 71 del 1995). L'approdo del procedimento, nell'un caso e nell'altro, può toccare invero la sfera lavorativa e, con essa, le condizioni di vita della persona e postula perciò, anche in relazione ai procedimenti non aventi carattere giurisdizionale, talune garanzie che non possono mancare, quali la contestazione degli addebiti e la conoscenza, da parte dell'interessato, dei fatti e dei documenti sui quali si fondano (sent. n. 505 del 1995)".

Infine - ha sottolineato il Consiglio - nella sentenza n. 32 del 2005 la Corte Costituzionale ha poi ritenuto, con riferimento al manifestato interesse a ottenere la disponibilità di documentazione raccolta dalla CONSOB nell'esercizio della sua attività di vigilanza, onde poterne far uso in un successivo giudizio civile concernente i medesimi fatti già valutati dalla autorità di vigilanza, che la caducazione del regime di segreto sui documenti acquisiti dalla CONSOB in tal caso andrebbe ad esclusivo vantaggio di una sola delle parti del giudizio civile mentre i documenti acquisiti dal soggetto sottoposto a vigilanza resterebbero, per tutti, e in particolare per il suo contraddittore nel giudizio civile di danno, assoggettati a segreto, sicché una eventuale pronuncia di accoglimento finirebbe per introdurre, in un rapporto processuale conformato dal principio di parità, un trattamento irragionevolmente differenziato tra le parti.

Con riguardo alla Banca d'Italia, l'art. 7, comma 1 del D. Lgs. n. 385/93 prevede che "Tutte le notizie, le informazioni e i dati in possesso della Banca d'Italia in ragione della sua attività di vigilanza sono coperti da segreto d'ufficio anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni, a eccezione del Ministro del tesoro, Presidente del CICR. Il segreto non può essere opposto all'autorità giudiziaria quando le informazioni richieste siano necessarie per le indagini, o i procedimenti relativi a violazioni sanzionate penalmente".

In questo caso la giurisprudenza ha fino ad oggi interpretato in senso letterale (e quindi restrittivo per l'esercizio del diritto di accesso) la norma, affermando che il diniego di accesso alla documentazione in possesso della Banca d'Italia relativa alle operazioni di emissione e di collocamento sul mercato mobiliare di titoli obbligazionari non necessita di specifica motivazione, essendo sufficiente il richiamo al segreto d'ufficio che, ai sensi dell'art. 7 D.L. vo 1 settembre 1993 n. 385, copre i detti dati.

Dopo la decisione della Corte Costituzionale sui dubbi di costituzionalità sollevati in relazione al segreto dei documenti utilizzati dalla Consob, dovranno essere verificate le conseguenze sull'ancora più rigido limite al diritto di accesso, previsto per la Banca d'Italia.

Quali prospettive per il ruolo delle autorità indipendenti ?

A distanza di ormai diversi anni dallo sviluppo del modello delle Autorità indipendenti nel nostro ordinamento, ci si deve chiedere se si tratti di un sistema in permanente espansione o che mostra invece momenti di crisi .

Probabilmente in assenza di una copertura espressa a livello costituzionale ed anche di un disegno unitario del legislatore, la risposta sarà diversa a seconda delle singole Autorità prese in considerazione. L'impressione è che si tratti di un fenomeno non ancora del tutto consolidato nel nostro ordinamento, rispetto al quale assumono sempre maggiore rilievo gli influssi di derivazione comunitaria.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è ormai inserita in una "rete" di autorità a livello comunitario ed è parte attiva di quel processo di decentramento e di modernizzazione del diritto comunitario della concorrenza, avviato con l'entrata in vigore del Regolamento CE n. 1/2003.

Anche nel campo delle comunicazioni elettroniche, la Direttiva quadro 2002/21/CE impone agli Stati membri di garantire l'indipendenza e la neutralità delle Autorità nazionali di regolamentazione (art. 3) e prevede, anche in questo caso, una rete di Autorità indipendenti nazionali (artt. 8 e 15); considerazioni analoghe sembrano potersi estendere anche all'Autorità per l'energia elettrica e il gas.

E' vero che il concetto di indipendenza a livello comunitario viene spesso riferito come distanza dal potere economico e che non viene imposta una necessaria forma e collocazione istituzionale di tali soggetti; ma è anche vero che in tal modo viene consolidata la posizione di alcune Autorità indipendenti, prima fra tutte quella antitrust.

Si tratterà di vedere se tale Autorità costituirà il modello che farà da traino anche per le altre o se sarà destinata a prendere una strada autonoma; il che renderà più incerta la strada di alcune altre Autorithies.

Restano tuttavia aperti diversi problemi: la esatta collocazione nel sistema delle Autorità indipendenti, poste al di fuori del circuito di responsabilità; la compatibilità dei poteri normativi con il principio di legalità e di gerarchia delle fonti.

Il rafforzamento della garanzie partecipative contribuisce a legittimare "dal basso" le Autorità e compensa almeno in parte alcuni punti critici.

Un intervento del legislatore, sia costituzionale che ordinario, potrebbe contribuire a fare chiarezza.

Sarebbe utile codificare per tutte le Autorithies il descritto rafforzamento delle garanzie partecipative per tutti i procedimenti, anche normativi; uniformare i criteri di nomina e garantire modalità tali da porre i componenti delle Autorità in una obiettiva situazione di indipendenza e neutralità.

Vi è poi la necessita di distinguere in modo più netto la c.d. attività di adjudication da quella di rule making, evitando soprattutto commistioni di ruoli e interventi.

Le regole devono essere dettate in modo chiaro e anche in presenza dei c.d. concetti giuridici indeterminati, a volte definiti solo ex post nell'attività di adjudication,

la certezza deve essere garantita dal valore del precedente, e in primo luogo del precedente comunitario ed dal ruolo della giurisprudenza; il che presuppone un sindacato del giudice che sia realmente effettivo.

Anche le autorità amministrative indipendenti dispongono di potestà regolamentare, che può assumere rilevanza sia interna che esterna.

Infine una potestà regolamentare residua anche in capo agli enti pubblici non territoriali (generalmente confinata all'ambito di profili organizzativi ma può assumere anche rilevanza esterna, ad es regolamenti degli ordini professionali e quelli delle camere di commercio).

1

LE AUTORITA' AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

1.1 Le autorità amministrative indipendenti: genesi ed inquadramento generale

Le Autorità indipendenti sono sorte in Italia in assenza di un disegno organico, in seguito a spinte eteronome e a difficoltà congiunturali.

Concretamente esse oggi sono: (i) la Banca d'Italia, (ii) la CONSOB, (iii) l'ISVAP, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCOM), (iv) l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, (v) il Garante per la protezione dei dati personali, (vi) l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e (vii) l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e (viii) la Commissione di garanzia per l'attuazione sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali. In una prospettiva di e-government, sono ascrivibili alla categoria in esame anche AIPA - Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione, il Garante del contribuente, ed i servizi messi a disposizione dei cittadini sul sito ufficiale dei Sondaggi Politici ed Elettorali.

La spontaneità che caratterizza la loro istituzione, oltre alla diversità dei settori di riferimento, costituisce uno dei motivi principali dell'eterogeneità di poteri e discipline che contraddistinguono questi soggetti istituzionali. Appare comunque opportuno procedere a questo punto ad un tentativo di elaborazione di un modello per procedere ad una ricognizione consapevole del panorama istituzionale: operazione addirittura necessaria alla luce dell'art. 4 lett. d) della legge 21 luglio 2000 n. 205, disposizione che istituisce un processo amministrativo accelerato in materia di "provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti". Si rende dunque indispensabile, in assenza di una codificazione legislativa, giungere ad una nozione unitaria delle Autorità indipendenti, nella consapevolezza che sia imminente un'opera di razionalizzazione da parte della giurisprudenza amministrativa. Tale opera di razionalizzazione avrà probabilmente dei punti fermi nelle caratteristiche istituzionali che, sebbene siano il frutto di un'elaborazione di semplificazione ed astrazione, contraddistinguono in modi e misure diverse tutte le Autorità indipendenti.

La "separatezza dal Governo" è sicuramente il tratto distintivo di queste Autorità, non a caso definite indipendenti. Il Governo, in particolare,

non assume poteri di indirizzo e di controllo nei loro confronti, quand'anche - come nel caso delle Autorità cosiddette di prima generazione, tra cui la CONSOB - partecipi alla nomina dei componenti. Nonostante la previsione di competenze specialistiche va da sé che la neutralità non coincida con l'impermeabilità rispetto alle sollecitazioni di soggetti istituzionali. La legittimazione ex art. 97 della Costituzione garantirebbe tuttavia un appiglio costituzionale sostitutivo rispetto a quello della responsabilità ministeriale nei confronti del Parlamento: benché una dottrina minoritaria ritenga applicabile tale istituto, risulta evidente come ad un Governo impossibilitato ad emanare direttive ed indirizzi non possa essere imputata, neanche in eligendo o in vigilando, la responsabilità per l'attività delle Authorities. Sulla selezione degli strumenti di accountability, imprescindibili per non tramutare l'indipendenza in autoreferenzialità, è in atto un interessante dibattito: in particolare, si discute sull'eventualità che l'indipendenza sia tale anche rispetto al Parlamento ovvero sull'eventualità che le Authorities rispondano davanti alle Camere. L'affermazione della dipendenza dal Parlamento, infatti, consentirebbe di formalizzare la procedimentalizzazione dei rapporti con le Autorità nei regolamenti parlamentari e di introdurre l'unificazione delle relazioni con un'attività d'indirizzo intersettoriale da parte del Parlamento. Novità delicata, quest'ultima, in rapporto alla considerazione che tali soggetti istituzionali sono stati creati proprio per evitare la "tirannia della maggioranza" in società plurali e per bilanciare l'introduzione del sistema elettorale maggioritario e dello spoil system.

Le Autorità indipendenti sono istituite in settori specifici e sensibili come l'emissione monetaria, i mercati finanziari, contratti ed imprese assicurative, antitrust, scioperi nei servizi pubblici essenziali, energia e gas, telecomunicazioni, lavori pubblici, riservatezza. Si tratta dunque di settori che richiedono un'elevata specializzazione e la necessità di flessibile disponibilità e il Parlamento potrebbe dettare indirizzi, obiettivi e criteri, quantunque sia lo stesso adeguamento della normativa. Tanto che la "delega" del legislatore è stata efficacemente paragonata al trust.

Le Authorities si collocano inoltre fuori dal circuito rappresentativo, diretto o indiretto che sia. Non per questo, tuttavia, esse non possono definirsi democratiche, trovando la loro legittimazione nella procedura, nell'efficacia degli atti, nei controlli diffusi.

Caratteristica da molti sottolineata è la neutralità, non solo come indipendenza dal governo, ma anche come assenza di invasività della politica nelle regole del gioco del mercato: in particolare, esse segnano il superamento del modello della programmazione economica sancito dal comma terzo dell'art. 41 della Cost.

La neutralità non vuol dire, tuttavia, assenza di discrezionalità. Missione specifica delle Autorità che regolano e vigilano settori economici è poi l'affermazione del principio istituzionale del mercato: considerazione, questa, che giustifica l'impatto dirompente assunto dall'Unione Europea nel consolidamento delle stesse. E' in particolare Giuseppe Guarino a sottolineare come una simile "rivoluzione copernicana" sia imputabile all'affermazione del principio del mercato: il cittadino e l'impresa hanno assunto addirittura una posizione di preminenza rispetto allo Stato e proprio la necessità di tutelare l'impresa dall'ingerenza dello Stato, dal government, ha reso necessaria l'istituzione delle Autorità indipendenti, funzionali ad una governance di garanzia. Dello stesso avviso Merusi, secondo cui missione specifica delle Autorità indipendenti sarebbe quella di garantire il contraddittorio economico, paragonato molto efficacemente al litisconsorzio necessario, contro i fallimenti del governo e contro i fallimenti del mercato stesso.

A questo modello si sottrarrebbe solo il Garante per la protezione dei dati personali. La circostanza che questa sia l'ultima Authority ad essere funzionalizzata ad un interesse statale: ecco la necessità, attribuita alla nuova costituzione economica, di sottrarre determinati settori alle scelte statali e di attribuirle a soggetti neutrali.

Collegata alla prevalenza di tali organismi nei settori economici è la loro inerente a politiche che, pur avendo effetti redistributivi indiretti, sono caratterizzate dalla finalità dell'efficienza. Secondo una parte della dottrina, infatti, le politiche allocative sono giocoforza condotte da istituzioni fondate sulla democrazia rappresentativa. Tale posizione, tuttavia, va inquadrata nel trade-off sussistente tra politiche sociali e politiche redistributive: altri autori sostengono, infatti, che quantunque oggi i servizi pubblici siano appannaggio delle istituzioni tradizionali e siano fondati sulla fiscalizzazione, è ipotizzabile anche l'istituzione di Autorità indipendenti nel caso in cui simili servizi in futuro dovessero essere liberalizzati.

Ultima - e per alcuni autori decisiva - caratteristica istituzionale delle Autorità indipendenti è l'inquadramento delle stesse in un'ottica europea: molte Autorità indipendenti italiane sono sorte in virtù dell'attuazione di direttive comunitarie, mentre quelle della cosiddetta prima generazione - la Banca d'Italia soprattutto, ma anche la CONSOB dopo l'istituzione del CESR - sono ormai inserite in reti europee più o meno radicate e talvolta hanno assunto i connotati dell'indipendenza in vista degli assestamenti comunitari. Particolarmente interessante, a riguardo, è la posizione del Merusi, il quale riscontra come tutte le Autorità indipendenti oggi sussistenti in Italia - con l'unica eccezione della Commissione di garanzia per l'attuazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali - derivino la loro funzione dalla normativa comunitaria o, in ogni caso, si collochino "negli interstizi" della disciplina dell'Unione Europea, tanto da far ritenere che la "copertura" di determinati settori con Autorità indipendenti risulti addirittura costituzionalmente necessitata ex articolo 11 della Costituzione. Le Autorità regolative, in sostanza, si caratterizzerebbero come una riedizione, su scala europea, degli enti autarchici istituiti dalla legge Rattazzi: come questi ultimi, sarebbero funzionalmente promanazione dell'istituzione centrale (per gli enti autarchici lo Stato, per le Autorità l'Unione Europea), mentre organizzativamente sarebbero autonome. Dunque, il legislatore nazionale potrebbe incidere solo sulle strutture organizzative: una prospettiva che, secondo Merusi,

de jure condendo potrebbe addirittura essere superata, qualora anche in altri settori sensibili si dovesse seguire il modello del Sistema Europeo delle Banche Centrali. Per ciò che concerne la funzione monetaria, infatti, le banche nazionali sono derubricate a meri organi della Banca Centrale Europea.

1.2 Le principali attività delle Autorità. In particolare: funzioni amministrative, contenziose e normative.

E' ormai assodato in dottrina che le funzioni attribuite alle Autorità indipendenti non siano sussumibili all'interno di un'unica categoria. Anzi, carattere distintivo del loro modo di essere è di costituire una sorta di deroga al principio classico della separazione dei poteri, di essere cioè titolari di funzioni che si sovrappongono di volta in volta al potere legislativo, esecutivo e giudiziario.

Per un verso, infatti, le Autorità sono titolari di poteri amministrativi in senso proprio (per esempio, il rilascio di titoli autorizzativi, l'irrogazione di sanzioni, l'adozione di provvedimenti di tipo ordinatorio), in passato attribuiti ad apparati amministrativi di tipo tradizionale (in special modo i ministeri); per altro verso ancora, alle Autorità vengono attribuite funzioni arbitrali e contenziose (o semicontenziose) anche nel tentativo di creare filtri all'accesso alla giurisdizione a scopi deflattivi.

Esaminando il fenomeno in una prospettiva generale, è necessario dunque evitare semplificazioni e assolutizzazioni posto che a ciascuna di tali Autorità è spesso attribuita la titolarità di molteplici attività tra loro diverse.

Se così è, anche l'applicazione delle garanzie del contraddittorio si atteggia in modo diversificato a seconda del tipo di funzione e della struttura delle relazioni giuridiche nelle quali si inserisce il potere delle Autorità.

a) Le funzioni Amministrative. Un primo tipo di funzioni ha carattere amministrativo in senso proprio riferendosi a relazioni a dimensione essenzialmente bilaterale e verticale, simile a quella tipica dei rapporti nei quali vi è un soggetto pubblico titolare di un potere (discrezionale o vincolato) ed un soggetto privato posto in una situazione di soggezione (quest'ultimo inteso come titolare di un interesse legittimo di tipo oppositivo). In questo senso, si è soliti affermare che le Autorità Amministrative indipendenti, nello svolgimento della loro funzione tutoria, svolgono un potere di controllo nel senso più ampio del termine, ovvero un'azione diretta non soltanto alla verifica delle attività svolte da altri soggetti, ma anche dal loro indirizzo.

All'attività di controllo così intesa, si riconnettono tre categorie di poteri generalmente attribuiti alle amministrazioni indipendenti dalla legislazione di settore: poteri di ispezione o indagine e quelli sanzionatori.

Quanto ai primi, essi consistono nella possibilità di chiedere notizie e informazioni, di convocare persone interessate alle attività controllate, di esaminare atti e documenti. In particolare, penetranti poteri di indagine verso le imprese e le società controllate, sono attribuiti all'ISVAP, alla CONSOB o all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Per quanto concerne in special modo il settore del credito e delle società di investimento, particolari poteri ispettivi sono attribuiti, dal T.U. finanziario alla Consob e alla Banca d'Italia: la normativa prevede infatti il potere di chiedere ai soggetti sottoposti alla loro vigilanza la comunicazione di dati e notizie e la trasmissione di atti e documenti con le modalità e i termini da esse stabiliti (art. 8, comma 1 del T.U. Finanziario).

La CONSOB può effettuare altresì ispezioni presso gli intermediari comunitari e extracomunitari operanti in Italia, nell'ambito delle competenze attribuite dal legislatore comunitario al paese

ospitante. La Banca d'Italia invece, ha la possibilità di svolgere ispezioni nelle imprese comunitarie ed extracomunitarie solo se vi siano accordi di reciprocità con le Autorità del Paese d'origine.

Per quanto concerne invece i poteri sanzionatori d'ufficio, essi sono attribuiti alla competenza delle Autorità e modellati sulla falsariga della legge 24 novembre 1981 n. 689, in tutto o in parte richiamata dalle leggi istitutive delle singole Autorità e dai regolamenti da esse adottati.³⁸ Si pensi ancora ai poteri ordinatori o di diffida che spesso possono essere esercitati in correlazione ai poteri sanzionatori in senso proprio.

In questo tipo di procedimenti, il contraddittorio assume principalmente una dimensione verticale e, sul piano funzionale, ha come scopo di assicurare al massimo grado la garanzia di difesa del soggetto nella cui sfera giuridica ricadono gli effetti dei provvedimenti emanati dall'Autorità. Le garanzie previste dalla legge 7 agosto 1990 n. 241, come già osservato, sono state rafforzate in alcune leggi istitutive delle Autorità e nei regolamenti da esse adottati, per esempio, introducendo il principio del contraddittorio orale, in larga misura estraneo alla nostra tradizione amministrativa.

Poiché peraltro i procedimenti di questo tipo sono aperti alla partecipazione di altri soggetti (in particolare i denunciati, concorrenti o consumatori), emerge anche la dimensione orizzontale del principio del contraddittorio e sul piano funzionale quella collaborativa.

b) le funzioni contenziose. Un secondo tipo di funzioni attribuite alle Autorità ha natura essenzialmente giustiziale ed è correlato a situazioni giuridiche di tipo bilaterale orizzontale intercorrenti tra soggetti privati, rispetto alle quali il ruolo delle Autorità è quello di arbitro posto in posizione equidistante rispetto agli interessi coinvolti. Emerge in questo senso il ruolo neutrale o, per così dire "paragiurisdizionale" delle Autorità, i cui poteri, secondo alcuni autori, non presuppongono una vera e propria ponderazione di interessi pubblici e privati, e sarebbero dunque privi del carattere della discrezionalità vera e propria.

Esempio di questo tipo di funzione è la disciplina delle controversie in tema di interconnessione e di accesso alle infrastrutture di telecomunicazione attribuite alla competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni in relazione alle quali l'Autorità è tenuta ad attivarsi se richiesta dalle parti, ma può anche intervenire d'ufficio.

La disciplina regolamentare adottata dall'Autorità per questo tipo di controversie, e più in generale per il tentativo obbligatorio di conciliazione, contiene disposizioni procedurali che ricalcano, finanche nella terminologia (udienza di comparizione delle parti, udienza di discussione, termini liberi, ecc.), quelle previste per i procedimenti giurisdizionali civili volte a garantire il principio di eguaglianza delle parti.

Molti autori hanno messo in evidenza come la cosiddetta natura "paragiurisdizionale" delle autorità, debba essere riconosciuta, più che all'organo in quanto tale, a solo alcune funzioni svolte dalle Autorità amministrative indipendenti. La neutralità di talune funzioni spiega anche perché molte Autorità abbiano adottato spontaneamente una struttura di redazione dei propri provvedimenti diversa da quella usualmente seguita dalle amministrazioni di tipo tradizionale.

Quasi sulla falsariga dei provvedimenti giurisdizionali, le decisioni delle Autorità contengono spesso ampie premesse in fatto, che danno conto dell'istruttoria svolta e delle posizioni espresse dalle parti, e motivazioni articolate che superano di gran lunga lo standard minimo della sufficienza della motivazione ritenuto necessario dalla giurisprudenza amministrativa, che - com'è noto - spesso si accontenta di argomentazioni assai succinte. Mi pare utile sottolineare questo aspetto, ulteriore spia di un orientamento volto ad una amministrazione per fini, di impronta anglosassone, rispetto all'ortodossia procedurale e giurisdizionale della tradizione italiana e continentale.

Come correttamente ha precisato la giurisprudenza amministrativa, la tesi della paragiurisdizionalità non giustifica invece l'applicazione automatica ai procedimenti innanzi alle Autorità delle disposizioni del codice di procedura civile.

Essa ha chiarito per esempio che l'organo che assume la decisione, a differenza di quanto accade nel caso dei collegi giudiziari, non è un collegio perfetto e dunque può deliberare e procedere alle audizioni anche se non sono presenti tutti i suoi componenti⁴⁶, che non sussiste un obbligo di astensione analogo a quello gravante sui magistrati ordinari; che l'Autorità può richiedere la consulenza tecnica non soltanto a un singolo professionista, come previsto dal codice di procedura civile, ma anche ad una società di consulenza; che nei procedimenti antitrust i mezzi istruttori attribuiti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato non possono essere integrati, in assenza di un rinvio legislativo espresso, con quelli previsti dal codice di procedura civile

c) le funzioni normative. L'attribuzione di funzioni normative costituisce l'aspetto più significativo dell'indipendenza delle Autorità Amministrative indipendenti, traducendosi nel riconoscimento della possibilità di determinare direttamente le modalità di espletamento dell'attività di regolazione e controllo dei settori alla cui salvaguardia le stesse sono preposte. Il potere regolamentare delle Autorità viene esplicato, da un lato attraverso l'emanazione di regolamenti aventi ad oggetto la propria autoorganizzazione, quanto, soprattutto, attraverso regolamenti intesi più propriamente a disciplinare all'esterno i singoli ambiti di operatività. Dall'attenta disamina delle singole leggi istitutive emerge tuttavia con evidenza che anche nell'attribuire tale potere regolamentare, il legislatore ha proceduto in assenza di un disegno unitario.

In conseguenza di ciò non solo le differenti Autorità non vantano gli stessi poteri ma addirittura talvolta risulta estremamente difficile ricondurre siffatte prerogative nelle tradizionali categorie. E ciò in ragione della particolare flessibilità che possono assumere i poteri in esame: non è infrequente che poteri provvedimentali siano utilizzati a fini regolamentari o poteri regolamentari producano gli effetti di provvedimenti singoli e concreti od ancora che poteri paragiurisdizionali assolvano la funzione di indirizzo e direzione tipica dell'attività normativa. In proposito parte della dottrina parla di utilizzo dei poteri in modo trasversale, altra invece di attività ibride con funzioni diverse mirate a favorire il raggiungimento degli obiettivi con un variegato ventaglio di soluzioni. Dunque, è bene precisare sin dall'inizio, che non tutte le autorità amministrative indipendenti dispongono di un vero e proprio potere normativo secondario: al riguardo è stato evidenziato che la potestà regolamentare spetterebbe a quella tipologia di poteri neutrali di nuova generazione denominati "autorità di controllo di settore", cui sono conferiti significativi poteri di disciplina destinati a trovare esplicazione attraverso atti normativi e atti amministrativi generali. (ad es. Autorità di regolazione dei servizi pubblici), laddove invece, altre autorità si limitano ad assumere esclusivamente l'iniziativa dell'atto regolamentare, ovvero ad esprimere un "parere" nella sequenza procedimentale finalizzata all'emanazione dell'atto normativo che formalmente assume e mantiene carattere governativo.

1.3 Le principali autorità amministrative indipendenti.

BANCA D'ITALIA E E-GOVERNMENT (www.bancaditalia.it) La Banca d'Italia è la banca centrale della Repubblica italiana. Dal 1998 è parte integrante del Sistema Europeo delle Banche Centrali (SEBC).

Le origini storiche e l'evoluzione normativa. La Banca d'Italia venne istituita con la legge n. 449 del 10 agosto 1893, dalla fusione di quattro banche: la Banca Nazionale del Regno d'Italia, la Banca Nazionale Toscana, la Banca Toscana di Credito e dalla liquidazione della Banca Romana. Con una

serie complessa di fusioni fra queste banche, si formò quella che sarebbe diventata l'attuale Banca d'Italia. Artefici dell'operazione furono alcune famiglie di banchieri, soci storici: Bombrini, Diavolo, Bastogi, Balduino. Nel 1926 la Banca d'Italia ottenne l'esclusiva sull'emissione della moneta (veniva così abrogato il Regio Decreto del 28 Aprile 1910, n. 204, che aveva confermato la prerogativa anche al Banco di Napoli ed al Banco di Sicilia).

Nel 1928 la Banca venne riorganizzata. Al Direttore Generale venne affiancato un Governatore, dotato di poteri maggiori.

La Banca d'Italia è stata una società per azioni fino al 1936. In quell'anno venne convertita in Istituto di diritto pubblico dall'articolo 3 della legge bancaria del 1936 (ovvero il regio decreto-legge 12 marzo 1936, n. 375, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 marzo 1938, n. 141, e successive modificazioni e integrazioni). Le venne assegnato il compito di vigilare sulle banche italiane ed ottenne la conferma del potere di emissione della moneta. Nel 1948 venne conferito al Governatore il compito di regolare l'offerta di moneta e decidere il tasso di sconto, in base al D.P.R. n. 482 del 19 aprile (art. 25, comma 4°).

Una legge del 1992 (la n.82 del 7 febbraio), proposta dall'allora Ministro del Tesoro Guido Carli, chiarì che la decisione sul tasso di sconto era di competenza esclusiva del Governatore e non doveva essere più concordata di concerto con il Ministro del Tesoro (il precedente decreto del Presidente della Repubblica, venne così modificato in relazione alla nuova legge con il DPR del 18 luglio).

I recenti interventi normativi sono stati indirizzati a rendere più trasparente la composizione e l'operato dell'authority. Il 13 giugno 1999 il Senato della Repubblica, nel corso della XIII Legislatura discusse il disegno di legge N. 4083 "Norme sulla proprietà della Banca d'Italia e sui criteri di nomina del Consiglio superiore della Banca d'Italia". Tale disegno di legge voleva far acquisire dallo Stato tutte le azioni dell'istituto, ma non venne mai approvato. La Legge 268 del 28 Dicembre 2005, nell'ambito di varie misure a tutela del risparmio, introdusse per la prima volta un termine al mandato del governatore e dei membri del direttorio, e dispose che entro il 2008 le quote di partecipazione a Bankitalia attualmente in mano a imprese private passassero allo Stato. È sempre in base a tale provvedimento che fu stabilito il mandato seicennale del governatore, rinnovabile una sola volta. Il 28 dicembre 2005 venne altresì pubblicata nella gazzetta ufficiale la legge n.262 atta a ri-trasferire, entro il 2008, le quote di partecipazione a Bankitalia attualmente in mano a imprese private, allo Stato ed agli enti pubblici.

Il 31 maggio 2006 Mario Draghi, nuovo Governatore nominato il 29 dicembre 2005, ha presentato le sue prime Considerazioni finali all'Assemblea dei Partecipanti. In esse ha ricordato la complessità del campo d'azione di ogni Banca centrale moderna. Tale campo d'azione è, da alcuni anni, divenuto più vasto per le Banche centrali che partecipano all'Eurosistema. Esso spazia dal disegno della politica monetaria comune a quello dei sistemi di pagamento: decisioni e assetti istituzionali devono adattarsi alle esigenze di una progredita, ma diversificata, area economica. La Banca d'Italia è inoltre inserita attivamente in un contesto internazionale più ampio, sia per i principi guida della vigilanza sia per analisi e iniziative legate alla stabilità finanziaria.

Il 16 dicembre 2006 è stato cambiato l'art. 3 dello Statuto di Bankitalia. Il nuovo statuto è firmato dal Presidente del Consiglio, dal Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano e dal Ministro dell'economia.

Le principali funzioni della Banca d'Italia sono dirette ad assicurare la stabilità monetaria e la stabilità finanziaria, requisiti indispensabili per un duraturo sviluppo dell'economia. La Banca concorre alle decisioni della politica monetaria unica nell'area dell'euro e svolge gli altri compiti che

le sono attribuiti come banca centrale componente dell'Eurosistema. Può effettuare operazioni in cambi conformemente alle norme fissate dall'Eurosistema. Gestisce le riserve valutarie proprie; gestisce, inoltre, una quota-parte di quelle della BCE per conto di quest'ultima. È responsabile della produzione delle banconote in euro, in base alla quota definita nell'ambito dell'Eurosistema, della gestione della circolazione e dell'azione di contrasto alla contraffazione.

L'Istituto promuove il regolare funzionamento del sistema dei pagamenti attraverso la gestione diretta dei principali circuiti ed esercitando poteri di indirizzo, regolamentazione e controllo propri della funzione di sorveglianza. Tale attività, unitamente all'azione di supervisione sui mercati, mira più in generale a contribuire alla stabilità del sistema finanziario e a favorire l'efficacia della politica monetaria. La Banca espleta servizi per conto dello Stato quale gestore dei compiti di tesoreria, per gli incassi e pagamenti del settore pubblico, nel comparto del debito pubblico, nell'attività di contrasto dell'usura. Al fine di rendere più efficace l'espletamento dei compiti di politica monetaria e delle altre funzioni istituzionali, la Banca d'Italia svolge una intensa attività di analisi e ricerca in campo economico-finanziario e giuridico.

Come Autorità di Vigilanza, l'Istituto persegue la sana e prudente gestione degli intermediari, la stabilità complessiva e l'efficienza del sistema finanziario, nonché l'osservanza delle disposizioni che disciplinano la materia da parte dei soggetti vigilati.

La Banca d'Italia è l'autorità nazionale competente nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico (Single Supervisory Mechanism, SSM) sulle banche.

In qualità di Autorità nazionale di risoluzione delle crisi, la Banca svolge compiti di istruttoria e operativi nell'ambito del Meccanismo di risoluzione unico europeo delle banche in crisi con l'obiettivo di preservare la stabilità finanziaria dell'area dell'euro.

L'attività della Banca d'Italia comprende numerosi impegni internazionali che interessano le funzioni di central banking e, in particolare, i profili di stabilità finanziaria.

Presso la Banca d'Italia è istituita l'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia (UIF) che, in una posizione di specifica autonomia, esercita funzioni di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo.

Organi e funzioni dell'istituto.

Oltre al Governatore e al Direttore Generale, la Banca d'Italia svolge le sue molteplici funzioni per il tramite di alcuni organi collegiali. L'assemblea dei partecipanti: 1) elegge il Consiglio Superiore della Banca d'Italia; 2) approva il bilancio dell'istituto; 3) esprime parere consuntivo al Presidente del Consiglio sulla nomina del Governatore; 4) non ha diritto di veto sulla nomina del Governatore e dei membri del Direttorio. Assieme all'assemblea opera il Consiglio Superiore (13 membri) che nomina i membri del Direttorio, partecipa al processo di nomina del Governatore, svolge funzioni amministrative e, di norma, non interviene in merito all'attività di vigilanza, all'operato dei servizi e delle filiali.

Le attività di vigilanza e regolazione dell'offerta di moneta sono competenza decisionale dei membri del Direttorio e del Governatore. Dal 2007 è in atto un piano di riorganizzazione territoriale e funzionale della Banca d'Italia al fine di rendere più efficace l'intervento istituzionale nel settore del risparmio, sulla scia dell'indirizzo proveniente dall'Eurosistema.

Funzioni della Banca d'Italia. La Banca d'Italia svolge varie funzioni:

- concorre a determinare le decisioni di politica monetaria per l'intera area dell'Euro nel Consiglio Direttivo della Banca Centrale Europea intervenendo anche sul mercato dei cambi.
- esercita l'attività di vigilanza sulle banche, sugli intermediari finanziari di maggiori dimensioni ex art. 107 del Testo Unico Bancario (d.lgs. n. 385/1993), sugli IMEL (Istituti di Moneta Elettronica) e, d'intesa con la CONSOB, sugli intermediari non bancari (SIM, SICAV e SGR), emanando regolamenti, impartendo istruzioni e assumendo provvedimenti nei confronti degli intermediari finanziari;
- supervisiona i mercati monetari e finanziari (in particolare sul MTS - mercato all'ingrosso dei Titoli di Stato - e sul MID - mercato dei fondi interbancari) e i depositari centrali (Monte Titoli per i titoli pubblici e privati diversi dagli strumenti derivati e la Cassa di Compensazione e Garanzia, cd. clearing house, per gli strumenti derivati.
- attua, ai sensi dell'art. 146 del Testo Unico Bancario, la sorveglianza sul sistema dei pagamenti;
- partecipa alle attività dei principali organismi finanziari internazionali, tra i quali il Fondo Monetario Internazionale (FMI), la Banca dei Regolamenti Internazionali (BRI) e la Banca Mondiale
- offre consulenze analitiche e informative sullo stato dell'economia agli organi costituzionali in materia di politica economica e finanziaria, anche attraverso la Relazione annuale del Governatore che si tiene in occasione dell'Assemblea dei Partecipanti al capitale entro il 31 maggio di ogni anno.

Inoltre, le filiali della Banca d'Italia svolgono la funzione di Tesoreria Provinciale dello Stato. Questo incarico, ai sensi della legge n. 104/91, è regolato da apposita convenzione tacitamente rinnovata di 20 anni in 20 anni, salvo disdetta di una delle parti da notificarsi all'altra parte almeno 5 anni prima della scadenza fissata nel 2010. Dal 1999, la Banca d'Italia svolge altresì, tramite la Succursale di Roma sita in Via dei Mille, la funzione di Tesoreria Centrale.

I partecipanti al capitale della Banca d'Italia. Lo Statuto della Banca Centrale all'art. 3 specifica le tipologie giuridiche dei soggetti che possono detenere quote del capitale sociale. Prima della revisione del 12 dicembre 2006, lo stesso articolo indicava che il pacchetto di controllo deve essere detenuto da soggetti pubblici.

Il capitale della Banca d'Italia è oggi di 7.500.000.000 euro rappresentato da quote nominative di partecipazione il cui valore nominale, determinato per legge, è di euro 25.000 ciascuna. Le quote di partecipazione possono appartenere a: banche e imprese di assicurazione e riassicurazione aventi sede legale e amministrazione centrale in Italia; fondazioni di cui all'articolo 27 del d.lgs. n. 153 del 17 maggio 1999; enti ed istituti di previdenza e assicurazione aventi sede legale in Italia e fondi pensione istituiti ai sensi dell'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 252 del 5 dicembre 2005.

La legge n. 5 del 2014 ha riformato il capitale della Banca con l'obiettivo, tra gli altri, di ampliare la platea dei partecipanti, stabilendo un limite massimo del 3 per cento alla quota detenibile da ciascuno di essi. Per le quote possedute in eccesso non spetta il diritto di voto e i relativi dividendi - salvo il riconosciuto periodo transitorio che scadrà alla fine del 2016 - sono imputati alle riserve statutarie della Banca. Le assemblee dei partecipanti sono ordinarie e straordinarie. Le assemblee straordinarie deliberano sulle modificazioni dello Statuto; le assemblee ordinarie deliberano su ogni altra materia indicata dallo Statuto.

L'assemblea ordinaria annuale si riunisce non più tardi del 31 marzo, per deliberare sull'approvazione del bilancio, sul riparto dell'utile netto e, ove occorra, sulla nomina dei sindaci e del Presidente del Collegio sindacale. Inoltre, entro il 31 maggio di ogni anno la Banca d'Italia produce una relazione sugli andamenti economici e finanziari, oggetto, in una riunione pubblica non limitata ai Partecipanti, di Considerazioni da parte del Governatore.

L'art. 38 dello Statuto si occupa della distribuzione degli utili. Il Consiglio superiore, su proposta del Direttorio e sentito il Collegio sindacale, delibera il piano di ripartizione dell'utile netto e la presentazione della proposta di destinazione dell'utile netto all'assemblea per l'approvazione. L'utile netto è destinato:

- alla riserva ordinaria, fino alla misura massima del 20 per cento
- ai partecipanti, che risultino titolari delle quote al termine del quarantesimo giorno precedente alla data dell'assemblea in prima convocazione, fino alla misura massima del 6 per cento del capitale
- alla riserva straordinaria e a eventuali fondi speciali, fino alla misura massima del 20 per cento
- allo Stato, per l'ammontare residuo.

Dematerializzazione delle quote di partecipazione al capitale della Banca d'Italia

Il Consiglio superiore ha avviato il processo di dematerializzazione delle quote di partecipazione al capitale della Banca, deliberandone l'immissione nella gestione accentrata in regime di dematerializzazione presso la Monte Titoli Spa con efficacia dal 18 gennaio 2016 (Gazzetta Ufficiale Parte Seconda n. 19 del 15.10.2015). I certificati cartacei rappresentativi delle quote hanno cessato di essere validi dalla data della dematerializzazione.

Il 18 gennaio 2016, presso la Banca d'Italia, sono stati aperti conti titoli intestati a ciascun partecipante nei quali sono state registrate le rispettive quote sulla base delle risultanze del registro dei partecipanti alla data del 2 gennaio 2016.

Il rapporto di custodia delle quote dematerializzate e gli adempimenti connessi con i trasferimenti delle stesse sono disciplinati da un contratto di deposito titoli. Le attività relative al regolamento delle operazioni di trasferimento delle quote e le connesse comunicazioni con la Banca d'Italia sono specificate in una Guida operativa dedicata. Gli adempimenti connessi con la dematerializzazione delle quote sono stati esplicitati in una Comunicazione ai Partecipanti.

Riacquisto da parte della Banca d'Italia di quote proprie dai market makers Alla fine del primo quadrimestre del 2016 risultano realizzate vendite di quote di capitale, possedute dai partecipanti in eccesso rispetto al limite del 3 per cento, per un valore nominale di circa un miliardo di euro; rimangono da collocare quote per un valore nominale di circa 4 miliardi. Il completamento dell'operazione di redistribuzione del capitale sarebbe favorito dallo sviluppo di un mercato secondario delle quote. Per agevolarlo è prevista la creazione di uno specifico segmento di mercato dell'e-MID dedicato alle contrattazioni sulle quote, su cui opereranno market makers che si impegneranno a vendere e acquistare quote della Banca entro determinati ammontari. Il rischio che i market makers, se essi stessi partecipanti al capitale della Banca d'Italia, si trovino a eccedere il limite del 3 per cento per operazioni connesse con quella loro funzione può ridurre l'efficacia del market making e la liquidità del mercato secondario delle quote. Tenendo conto di ciò, in conformità con la legge, la Banca d'Italia ha deciso di rendersi disponibile ad acquistare

temporaneamente dai market makers attivi sull'e-MID quote in eccesso al limite di partecipazione del 3 per cento che questi dovessero trovarsi a detenere a causa degli acquisti fatti nello svolgimento di tale funzione. Questo meccanismo non riguarda pertanto la riallocazione iniziale delle quote da effettuare entro la fine del 2016.

Le quote eventualmente acquisite dalla Banca d'Italia saranno successivamente rivendute a investitori, diversi dal market maker cedente, in grado di acquistarle senza che la loro partecipazione superi il limite del 3 per cento del capitale. Gli acquisti da parte della Banca d'Italia non potranno superare i 500 milioni all'anno in valore nominale e saranno effettuati a un prezzo uguale o inferiore al valore nominale. La successiva vendita avverrà entro 12 mesi dall'acquisto e sarà curata dagli stessi market makers cedenti; trascorso tale termine, la Banca provvederà autonomamente a vendere le quote nel più breve tempo possibile. Lo schema è configurato in modo che in ogni caso il patrimonio della Banca d'Italia non subisca perdite. Alle operazioni sarà garantita idonea pubblicità e, come prescritto dalla legge, su di esse la Banca d'Italia riferirà annualmente alle Camere.

Lo schema generale di tali operazioni di acquisto di quote di capitale proprio è stato approvato dal Consiglio superiore nella seduta del 28 aprile 2016, dopo aver ricevuto il parere favorevole del Collegio sindacale.

FINALITA' E STRUTTURA DELLA BANCA D'ITALIA

Come gli enti pubblici, la Banca Centrale persegue fini di pubblica utilità e gode del rapporto di sovraordinazione degli enti statali sui soggetti privati, fra i quali vige invece un rapporto di equiordinazione (secondo il diritto privato). Questo status rende le decisioni dell'istituto vincolanti per le banche private, e nel contempo afferma che le attività di vigilanza e la regolazione dell'offerta di moneta avvengono nell'interesse economico generale, che può differire da quello dei soci proprietari.

Lo status giuridico di ente pubblico esclude la possibilità di fallimento della Banca d'Italia e, tramite il suo intervento nei casi di crisi, la possibilità di fallimento delle banche private, garantendo la stabilità dell'intero sistema bancario italiano.

La struttura organizzativa della Banca d'Italia riflette le tre dimensioni in cui opera l'Istituto: internazionale, nazionale e locale. L'Amministrazione Centrale elabora e attua gli indirizzi strategici, gestionali e operativi. L'organizzazione territoriale della Banca d'Italia si articola in Filiali insediate nei capoluoghi regionali e in alcuni capoluoghi di provincia. Le Filiali curano il servizio di tesoreria dello Stato; svolgono compiti in materia di vigilanza bancaria e finanziaria, circolazione monetaria e sistema dei pagamenti; sono impegnate in attività di analisi economica e di rilevazione statistica a livello locale.

La Banca è presente all'estero con Delegazioni nelle città di Londra, New York e Tokyo e con funzionari distaccati con la qualifica di Addetti finanziari presso alcune rappresentanze diplomatiche.

L'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia (UIF), che esercita funzioni di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, ha una posizione di specifica autonomia. La Banca d'Italia è impegnata nell'adeguamento dei propri assetti organizzativi, con lo scopo di accrescere la qualità, l'economicità e l'efficienza dei servizi offerti al Paese, in sintonia con le trasformazioni della realtà economica e finanziaria e con le potenzialità offerte dall'innovazione tecnologica.

La Banca d'Italia mantiene sei delegazioni all'estero, a Bruxelles, Francoforte, Londra, New York, Parigi e Tokio. Queste delegazioni curano i contatti con gli organismi internazionali e le istituzioni finanziarie locali.

La Banca d'Italia gestisce a Perugia la Scuola di Automazione per Dirigenti Bancari (SADiBa). Oltre ad ospitare corsi, è anche sede di incontri, conferenze e dibattiti, di livello sia nazionale che internazionale, su temi economici e finanziari.

La Banca d'Italia e il cittadino. È principio fondamentale che la banca centrale, a cui sono assegnate finalità d'interesse pubblico, renda conto del proprio operato seguendo i criteri di trasparenza previsti dalla legislazione e curando, in generale, la diffusione di dati e notizie di carattere economico-finanziario inerenti alla propria attività.

I servizi offerti al cittadino riguardano i campi:

- della tutela del risparmio;
- della tutela della trasparenza delle condizioni contrattuali;
- del diritto di accesso e procedimenti amministrativi della Banca d'Italia;
- sul contrasto dell'abusivismo bancario e finanziario. Vigilanza;
- sulle contraffazioni di banconote e monete;
- sul signoraggio;
- sull'usura
- in materia di esposti degli utenti dei servizi bancari e finanziari.

Di particolare interesse sul sito la sezione "Diritto di accesso e procedimenti amministrativi della Banca d'Italia" in cui sono disponibili i testi dei vigenti Regolamenti emanati dalla Banca d'Italia, ai sensi della legge 7.8.1990, n.241, in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi. Inoltre è previsto uno spazio destinato ad accogliere le comunicazioni di avvio del procedimento (esclusi quelli di vigilanza in materia finanziaria e bancaria) trasmesse via Internet dall'Istituto a una pluralità di soggetti.

Le pubblicazioni presenti sul sito sono liberamente scaricabili. Ove non diversamente indicato, una copia cartacea dei singoli documenti può essere richiesta alla Biblioteca "Paolo Baffi". Nei limiti della disponibilità, le richieste sono soddisfatte gratuitamente.

Tramite contatto e-mail (all'indirizzo richieste.pubblicazioni@bancaditalia.it) può essere domandato l'invio delle relazioni annuali, delle relazioni che la Banca d'Italia, periodicamente, manda al Parlamento e al Governo, le pubblicazioni economiche, quelle sulla vigilanza, le pubblicazioni statistiche sull'attività dell'Istituto. Sono altresì reperibili i Quaderni di ricerca giuridica, le pubblicazioni storiche, i rapporti annuali e tutte le informazioni inerenti tematiche d'interesse dell'intervento dell'Ente nella sua qualità di regolatore del mercato.

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

(AGCM) www.agcm.it

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nota anche come Autorità Antitrust, è una "Autorità indipendente" istituita dalla legge n. 287 del 10 ottobre 1990 ("Norme per la tutela della

concorrenza e del mercato"). L'Autorità va ricompresa tra le "Autorità Indipendenti", che svolgono la propria attività e prendono decisioni in piena autonomia rispetto al potere esecutivo. All'indipendenza dell'Autorità contribuiscono, tra l'altro, le modalità di nomina e i requisiti del Presidente e dei Componenti, i quali sono nominati congiuntamente dai Presidenti di Camera e Senato e non possono essere confermati nella carica alla scadenza dei sette anni. In particolare, il Presidente viene scelto tra persone di notoria indipendenza che abbiano ricoperto alte cariche istituzionali; i quattro Componenti sono scelti tra persone di notoria indipendenza da individuarsi tra magistrati del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti o della Corte di Cassazione, professori universitari ordinari e personalità di alta e riconosciuta professionalità provenienti da settori economici.

L'Autorità è finanziata con uno stanziamento annuale in un apposito capitolo dello stato di previsione del Ministero delle Attività Produttive. Per il 2007 esso ammonta a 21,560 milioni di euro. Con la Legge Finanziaria del 2006, inoltre, è stata introdotta, dal 1 gennaio, una forma di parziale autofinanziamento, commisurato alla copertura dei costi relativi al controllo delle operazioni di concentrazione (art. 10, comma 7-bis, della legge 287/90). La sede unica dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato è a Roma.

L'esigenza di un comportamento particolarmente rigoroso, avvertita fin dalla sua costituzione, ha condotto l'Autorità all'approvazione, nell'agosto 1995, di un codice etico a cui devono attenersi tutti gli appartenenti ad essa.

Questo codice è parte integrante del contratto che regola il rapporto con i dipendenti e fornisce direttive in merito al corretto svolgimento dei compiti affidati e ai rapporti con il pubblico. Riguardo al primo aspetto, costituiscono requisiti indispensabili l'imparzialità, la riservatezza, la correttezza nei rapporti con soggetti interessati a qualunque titolo all'attività svolta dall'Autorità. Il codice non afferma solo principi generali, ma fornisce anche disposizioni pratiche su tutta una serie di questioni: dal conflitto di interessi ("il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività dell'Autorità che possano coinvolgere, direttamente o indirettamente, interessi finanziari o non finanziari propri o di parenti entro il quarto grado o conviventi") all'invio di regali ("il dipendente non accetta, neanche in occasione di festività, per sé o per altri, regali o altre utilità aventi valore economico da soggetti in qualsiasi modo interessati dall'attività dell'Autorità, ad eccezione di regali d'uso di modico valore"). Le funzioni di vigilanza sull'applicazione del codice etico sono assegnate ad un magistrato, che è nominato dalla stessa Autorità per sette anni e non può essere riconfermato.

Le funzioni istituzionali. L'Autorità ha il compito di applicare la legge n. 287 del 1990 vigilando:

- a) sulle intese restrittive della concorrenza,
- b) sugli abusi di posizione dominante
- c) sulle operazioni di concentrazione che comportano la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante in modo tale da eliminare o ridurre in misura sostanziale e duratura la concorrenza.

L'Autorità ha anche il compito di applicare le norme contenute nel Titolo III del decreto legislativo n. 206 del 2005 (Codice del Consumo) in materia di pratiche commerciali e nel decreto legislativo 145/2007, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa a tutela delle imprese nei loro rapporti commerciali.

È attribuito, infine, all'Autorità il compito di vigilare sui conflitti di interessi affinché i titolari di cariche di governo, nell'esercizio delle loro funzioni, si dedichino esclusivamente alla cura degli

interessi pubblici e si astengano dal porre in essere atti e dal partecipare a deliberazioni collegiali in situazione di conflitto di interessi.

A questi compiti si aggiungono l'attività di segnalazione al Parlamento e al Governo e l'esercizio dell'attività consultiva. Introducendo una normativa antitrust nazionale il legislatore ha voluto, tra l'altro, dare attuazione all'articolo 41 della Costituzione, che riconosce espressamente la libertà di iniziativa economica privata, e adeguare il nostro ordinamento a quello comunitario.

I principali obiettivi sono: a) assicurare le condizioni generali per la libertà di impresa, che consentano agli operatori economici di poter accedere al mercato e di competere con pari opportunità; b) tutelare i consumatori, favorendo il contenimento dei prezzi e i miglioramenti della qualità dei prodotti che derivano dal libero gioco della concorrenza.

Per ogni caso o segnalazione, il Presidente nomina un relatore tra i componenti dell'Autorità. Sulla base degli elementi raccolti dalle Direzioni L'articolo 11, comma 2, della Legge n. 57/01, modificando l'articolo 9 della legge n.192/98, attribuisce all'Autorità la facoltà di intervenire in materia di abuso di dipendenza economica. Cfr. Legge 20 Luglio 2004, n. 215, articolo 1.

L'autorità e il cittadino. Esistono diversi momenti in cui l'attività dell'Autorità è resa pubblica. Innanzitutto viene pubblicato un Bollettino settimanale, disponibile sul sito internet dell'Autorità (www.acm.it), che riporta le decisioni adottate riguardanti intese, abusi di posizione dominante, concentrazioni, indagini conoscitive su settori, segnalazioni e decisioni in materia di pubblicità ingannevole e comparativa. Entro il 30 aprile di ogni anno, inoltre, l'Autorità presenta al Presidente del Consiglio dei Ministri (che la trasmette al Parlamento) la Relazione annuale sull'attività svolta nell'anno precedente. Successivamente ha luogo la presentazione al pubblico della Relazione. In questa occasione il Presidente illustra gli orientamenti seguiti dall'Autorità nelle proprie decisioni. Due volte l'anno l'Autorità deve presentare una relazione al Parlamento sullo stato delle attività di controllo e vigilanza di cui alla legge 215/2004 sui conflitti di interessi. I documenti sono reperibili sempre all'indirizzo telematico dell'autorità.

Nelle pagine web è disponibile il testo integrale di tutte le decisioni adottate dall'Autorità fin dalla sua istituzione, opportunamente classificate (per fattispecie giuridica, data, mercato rilevante, ecc.). Inoltre, il sito è stato dotato di un motore di ricerca, che consente l'interrogazione a testo libero di tutti i documenti ivi contenuti. Gli archivi vengono aggiornati settimanalmente, contestualmente alla pubblicazione delle decisioni sul Bollettino dell'Autorità e all'aggiornamento della base informativa interna dell'Autorità (limitatamente alla sua parte pubblica); lo stesso Bollettino è reso disponibile nel sito.

Attualmente è possibile rivolgersi all'Autorità per acquisire documenti relativi all'attività conclusa (provvedimenti, rapporti, relazioni annuali, ecc.) nonché informazioni di interesse generale (normativa rilevante, comunicati stampa, ecc.). Non possono invece essere oggetto di divulgazione notizie sui procedimenti in corso, nonché quanto altro coperto dal segreto d'ufficio a norma dell'articolo 12 del decreto del Presidente della Repubblica n. 217/98. Al fine di tutelare il diritto alla riservatezza di coloro che sono oggetto dei provvedimenti dell'Autorità in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, e di garantire, nello stesso tempo, la massima trasparenza e conoscenza dell'operato dell'Autorità, i dati identificativi delle parti diffusi via internet restano individuabili dai motori di ricerca esistenti per la durata di tre anni. Trascorso questo periodo, essi sono trasferiti in un'apposita sezione del sito internet dell'Autorità non accessibile dai motori di ricerca esterni, ma restano consultabili da chi accede al sito stesso.

CONSOB (www.consob.it)

La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob), istituita con la legge 7 giugno 1974, n. 216, è un'autorità amministrativa indipendente, dotata di personalità giuridica e piena autonomia con la legge 281 del 1985, la cui attività è rivolta alla tutela degli investitori, all'efficienza, alla trasparenza e allo sviluppo del mercato mobiliare italiano.

Le origini storiche e l'evoluzione normativa. Prima dell'istituzione della Consob era il Ministero del Tesoro (un organo non indipendente, ma facente parte integrante del Potere esecutivo) ad espletare le funzioni oggi attribuite all'authority.

Nelle previsioni della legge istitutiva, la Consob si configurava prevalentemente come un organo di vigilanza sulle società quotate in borsa e sui fondi mobiliari. Con la legge 77 del 1983 l'ente ampliò notevolmente l'ambito del suo intervento, esercitando un pieno controllo su tutte le operazioni riguardanti il risparmio pubblico. Ulteriori poteri di vigilanza furono conferiti nel 1991, in relazione alle società di intermediazione mobiliare (sim) e al contrasto del fenomeno dell'insider trading. Organi e funzioni dell'istituto. La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa è composta da cinque membri nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio previa deliberazione del Consiglio stesso, i quali restano in carica cinque anni e sono rinnovabili una sola volta. Uno dei membri svolge le funzioni di Presidente.

Al fine di svolgere compiutamente i suoi compiti istituzionali, la Commissione si avvale di un vasto apparato burocratico servente di quasi cinquecento fra impiegati e funzionari, divisi fra la sede principale di Roma e la sede operativa di Milano.

L'attività della Consob ha come obiettivi la tutela degli investitori e l'efficienza, la trasparenza e lo sviluppo del mercato mobiliare.

Le sue funzioni si sono progressivamente sviluppate nel tempo in relazione sia all'esigenza di estendere l'ambito della tutela del risparmio che al progressivo evolversi del mercato finanziario e della legislazione in materia. Le funzioni della Consob, estese a tutti gli aspetti rilevanti per l'efficiente tutela del risparmio, riguardano i prodotti oggetto degli investimenti e i relativi emittenti, gli intermediari dei quali i risparmiatori si avvalgono per effettuare tali investimenti e i mercati nei quali essi vengono realizzati. Il controllo sui prodotti finanziari (azioni, obbligazioni, titoli di stato, quote di fondi comuni di investimento ecc.) si realizza assicurando ai risparmiatori tutte le informazioni necessarie per effettuare e gestire i propri investimenti in modo consapevole (controllo di trasparenza). Il controllo sugli intermediari si realizza con l'emanazione di norme dirette a proteggere l'investitore da comportamenti scorretti che possano danneggiarlo (controllo di correttezza).

Il controllo sui mercati si realizza assicurando: la massima efficienza delle contrattazioni, per consentire all'investitore di negoziare agevolmente i prodotti finanziari; la qualità dei prezzi, che devono riflettere le effettive componenti del mercato; l'efficienza e la certezza delle modalità di esecuzione dei contratti conclusi.

In relazione alle attribuzioni stabilite dalla legge, la Consob:

- regola la prestazione dei servizi di investimento, gli obblighi informativi delle società quotate e le offerte al pubblico di strumenti finanziari;
- autorizza la pubblicazione dei prospetti informativi relativi ad offerte pubbliche di vendita e dei documenti d'offerta concernenti offerte pubbliche di acquisto; l'esercizio dei mercati regolamentati; le iscrizioni agli Albi di settore;

- vigila sulle società di gestione dei mercati e sulla trasparenza e l'ordinato svolgimento delle negoziazioni, nonché sulla trasparenza e correttezza dei comportamenti degli intermediari e dei promotori finanziari;
- sanziona i soggetti vigilati, direttamente o formulando una proposta al Ministero dell'Economia e delle Finanze;
- controlla le informazioni fornite al mercato dalle società quotate e da chi promuove offerte al pubblico di strumenti finanziari, nonché le informazioni contenute nei documenti contabili delle società quotate;
- accerta eventuali andamenti anomali delle contrattazioni su titoli quotati e compie ogni altro atto di verifica di violazioni delle norme in materia di abuso di informazioni privilegiate (insider trading) e di agiotaggio su strumenti finanziari.

Nell'ambito dei suoi compiti istituzionali, la Consob collabora e coopera con il Ministero dell'Economia e delle Finanze (trasmettendo al Ministro, entro il 31 marzo di ciascun anno, una relazione sull'attività svolta, sulle questioni in corso e sugli indirizzi e le linee programmatiche; comunicando al Ministro gli atti e gli eventi di maggior rilievo che riguardano l'attività istituzionale e comunicandogli gli atti di natura regolamentare adottati dalla Commissione; proponendo al Ministro l'adozione di provvedimenti sanzionatori nei confronti di esponenti aziendali dei soggetti vigilati; esprimendo il proprio parere tecnico sulle disposizioni regolamentari per la cui adozione è competente il Ministero - requisiti di onorabilità e professionalità degli esponenti aziendali degli intermediari, dei promotori finanziari, ecc.-); con la Banca d'Italia, la Covip, l'Isvap, l'UIC (scambiando le informazioni necessarie per lo svolgimento della rispettiva attività di vigilanza sugli intermediari; esprimendo intese o pareri sui provvedimenti in materia di intermediazione di competenza della Banca d'Italia, della Covip e dell'Isvap); con tutte le altre Amministrazioni pubbliche, nei limiti consentiti dal segreto d'ufficio.

La Commissione intrattiene altresì rapporti di collaborazione con le associazioni rappresentative di categorie professionali, delle cui osservazioni e valutazioni tiene conto nello svolgimento dei propri compiti. Fattivo anche il rapporto istituzionale con la Guardia di Finanza della quale la Consob si avvale per lo svolgimento di indagini e di accertamenti strumentali alla realizzazione dei compiti istituzionali. Infine, esiste un canale di comunicazione privilegiato con l'Autorità giudiziaria, alla quale la Commissione è tenuta a segnalare i fatti accertati nello svolgimento della propria attività, quando essi possono assumere rilevanza penale.

A livello comunitario la Consob partecipa attivamente ai lavori che si svolgono in seno all'Unione Europea per la elaborazione del diritto comunitario relativo ai valori mobiliari. Presta la necessaria collaborazione alle Autorità competenti degli Stati Membri dell'U.E. nelle materie coperte dalla normativa comunitaria. La direttiva sui servizi d'investimento estende la cooperazione anche alle altre Autorità di vigilanza del settore finanziario (bancarie e assicurative).

La Consob partecipa al CESR (Committee of European Securities Regulators), istituito nel giugno 2001 dalla Commissione Europea con il compito di approfondire materie di interesse comune ai Paesi membri dell'Unione e di altri stati dello Spazio Comune Europeo. I membri del CESR hanno sottoscritto un "Multilateral Memorandum of Understanding" per lo scambio di informazioni reciproche e di cooperazione amministrativa fra le Autorità.

Nell'ambito di organismi internazionali, la Consob è membro dell'IOSCO (International Organization of Securities Commissions) di cui fanno parte attualmente le Autorità di controllo dei mercati mobiliari di circa 90 Paesi. La Consob partecipa, inoltre, ai lavori che si tengono presso

altre organizzazioni internazionali che svolgono la loro attività in materia di servizi finanziari, quali l'OCSE e la WTO .

La Consob e il cittadino. La Commissione comunica le proprie iniziative e mette a disposizione della cittadinanza una pluralità di servizi attraverso il suo sito internet, all'indirizzo www.consob.it.

Oltre a rendere trasparente la sua composizione e il suo finanziamento, l'authority pubblica tutte le fonti normative inerenti la sua organizzazione ed il suo funzionamento (ivi compreso il materiale normativo sulla gestione delle risorse umane, sull'amministrazione interna e sulle regole di contabilità).

Nel sito uno spazio specifico è dedicato agli impegni internazionali ed agli accordi di cooperazione.

Tra il materiale normativo sono reperibili anche leggi e regolamenti, adottati anche da autorità differenti dalla Commissione, che la stessa ha contribuito a rendere pubblici, poiché inerenti alle materie in cui essa esercita i propri compiti istituzionali.

Apposite sezioni sono offerte ai soggetti interessati alla fruizione delle informazioni in rete. Essi sono suddivisi in tre categorie: quella dei risparmiatori, degli operatori (intermediari, società di revisione, promotori finanziari, emittenti, organizzatori di SSo) e giornalisti.

AGCOM (www.agcom.it)

Le origini storiche e l'evoluzione normativa. L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) è stata istituita in Italia con la legge 31 luglio 1997, n. 249 (c.d. Legge Maccanico). L'organismo creato con tale legge ha in sostanza ereditato le funzioni che erano attribuite all'ex "Garante per la radiodiffusione e l'editoria".

Al pari delle altre autorità previste dall'ordinamento italiano, l'Agcom risponde del proprio operato al Parlamento, che ne ha stabilito i poteri, definito lo statuto ed eletto i componenti.

Nell'opinione della dottrina l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è un'autorità "convergente". La definizione fa riferimento alla scelta del legislatore italiano di attribuire a un unico organismo funzioni di regolamentazione e vigilanza nei settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e dell'editoria. Si tratta di una scelta giustificata dai profondi cambiamenti determinati dall'avvento della tecnologia digitale, che attenua, fino ad annullarle, le differenze fra i diversi mezzi, diventati veicolo di contenuti – immagini, voce, dati – sempre più interattivi. Telefono, televisione e computer sono destinati a integrarsi, a convergere sulla medesima piattaforma tecnologica, ampliando in tal modo la gamma dei servizi disponibili.

Organi e funzioni dell'istituto. Gli organi dell'autorità sono il Presidente, la Commissione per le infrastrutture e le reti, la Commissione per i servizi e i prodotti ed il Consiglio (composto dal Presidente più i commissari). Ciascuna Commissione è organo collegiale, costituito dal Presidente e da quattro Commissari. Il Consiglio è costituito dal Presidente e da tutti i Commissari.

In considerazione del fatto che i suoi otto commissari sono eletti per metà dalla Camera dei deputati e per metà dal Senato della Repubblica, e il presidente è proposto direttamente dal Presidente del Consiglio (come stabilito dalla Legge Maccanico, che prevede altresì che le investiture definitive vengano date dal Presidente della Repubblica), una parte autorevole della dottrina continua a qualificare l'Agcom come una autorità semi-indipendente.

L'Agcom è innanzitutto un'autorità di garanzia: la legge istitutiva affida all'Autorità il duplice compito di assicurare la corretta competizione. Le garanzie riguardano: gli operatori, attraverso: l'attuazione della liberalizzazione nel settore delle telecomunicazioni, con le attività di

regolamentazione e vigilanza e di risoluzione delle controversie; la razionalizzazione delle risorse nel settore dell'audiovisivo;

L'Autorità svolge una funzione attiva di controllo dell'intero mercato delle comunicazioni, i cui attori devono conformarsi in primis ai principi dell'art. 21 della Costituzione: pluralismo e promozione della concorrenza, garanzia di un'informazione imparziale, completa, obiettiva e di qualità. Ha inoltre competenze in materia tariffaria, di qualità, controllo degli operatori del mercato. Ha poteri regolamentari, distribuiti tra Consiglio e Commissioni.

Il decreto Bersani (art.14) ha integrato significativamente i poteri dell'autorità, che in passato poteva intervenire soltanto a posteriori dell'illecito. Senza dover condurre la fase di indagine conoscitiva approfondita, l'autorità, se ritiene che sussista un rischio alla concorrenza, può intervenire con misure volte a correggere tale distorsione. Le misure devono indicare una validità per un periodo di tempo limitato, che però è rinnovabile indefinitamente; inoltre, l'autorità ha piena discrezionalità nell'individuare i casi che necessitano di un intervento urgente. L'intervento a priori chiude il procedimento per l'illecito. Se l'impresa è inadempiente agli obblighi, l'autorità può riaprire il procedimento a carico e sanzionare con una multa fino al 10% del fatturato. Analoghi poteri sono previsti dal diritto comunitario per l'antitrust europeo. Più specificamente, l'authority ha poteri amministrativi e consultivi:

- controllo di posizioni dominanti (Consiglio);
- promozione di accordi transfrontalieri e tra operatori, piani di assegnazione delle frequenze, proposte sulla normativa riferita ai servizi minimi all'utenza (Commissione per le infrastrutture e le reti);
- promozione dello sviluppo tecnologico e dell'offerta

Come l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, anche quest'Autorità presenta una relazione annuale al Presidente del Consiglio dei Ministri.

L'AGCOM e il cittadino. L'autorità per le garanzie nelle comunicazioni mette a disposizione dell'utente una notevole quantità di servizi, tramite l'accesso al suo sito ufficiale reperibile all'indirizzo www.agcom.it. Sul sito è pubblicata una banca dati normativa su tutte le fonti nazionali sull'istituzione dell'autorità (Legge 31 luglio 1997 n° 249, Istituzione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo), la normativa sulla parità d'accesso ai mezzi d'informazione durante le campagne elettorali e referendarie (L. 22 febbraio 2000, n. 28), oltre, ovviamente, al Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259).

Un'ampia sezione è dedicata all'informazione sulle attività dell'Autorità, su cui è possibile reperire tutte le pubblicazioni ufficiali di comunicazione con gli organi istituzionali (così ad esempio la Relazione Annuale sull'attività svolta e sui programmi di lavoro e le Audizioni parlamentari) e con le parti sociali (alla voce "Consultazioni pubbliche").

L'AGCOM mette a disposizione dell'utente, in tempo reale, tutte le comunicazioni e le precisazioni inerenti alle iniziative operative; gli studi, le ricerche ed i progetti; oltre ad un'ampia sezione dedicata agli eventi ed alle opportunità di lavoro presso l'Autorità.

All'internauta è consentito non solo apprendere presupposti, competenze ed iniziative dell'Autorità, ma anche interagire con la stessa, attraverso – ad esempio – la segnalazione di eventuali, presunte violazioni della normativa sul conflitto d'interessi o sulla parità di accesso ai mezzi di informazione

Con la delibera 217/01/CONS del 24 maggio 2001, l'Autorità ha adottato, ai sensi dell'art. 1, comma 9, della legge 31 luglio 1997, n. 249, il regolamento concernente l'accesso ai documenti formati o stabilmente detenuti dall'Autorità. Il regolamento è stato recentemente modificato con la delibera 335/03/CONS, del 24 settembre 2003. Chiunque abbia un interesse personale e concreto per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti può esercitare il diritto di accesso ai documenti detenuti dall'Autorità inviando una richiesta scritta e motivata. Il responsabile del procedimento provvede entro trenta giorni e ne

Una buona parte della comunicazione istituzionale tra la comunità e l'AGCOM è consentita attraverso il servizio telematico sui sondaggi. La regolamentazione in materia di sondaggi emanata dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai sensi dell'articolo 1, comma 6 lett. b) n. 12 della legge 249/97 (la disciplina regolamentare in materia è contenuta nelle delibere n. 153/02/CSP e n. 237/03/CSP) è messa a disposizione degli utenti.

Questi possono anche fruire di una "Guida ai servizi di telefonia fissa" per la comprensione dei diritti dell'utente dei servizi telefonici forniti dagli operatori e accessibili dal cosiddetto telefono fisso, comprendendo con ciò: i servizi di chiamata locale, nazionale, internazionale, ma anche il servizio di trasmissione dati (fax), e di collegamento ad Internet. Assolutamente utile anche l'apparato informativo per la "Trasparenza delle tariffe telefoniche", la pubblicazione del "Contenzioso tra operatori e utenti" (che mette a disposizione un'ingente quantità di norme e formulari) e la possibilità di effettuare on-line denunce e segnalazioni in materia di telecomunicazioni.

Tramite il sito, l'Autorità cura un costante dialogo col cittadino, anche grazie alle audizioni periodiche e le rilevazioni sulla soddisfazione degli utenti finali e dei consumatori.

Per agevolare l'informazione sulle operazioni di transizione al digitale l'AGCOM ha istituito una sezione speciale detta "registro degli operatori di comunicazione", riservata esclusivamente alle infrastrutture di diffusione operanti sul territorio nazionale. Con essa l'Autorità dispone di uno strumento preciso, ma soprattutto aggiornato, di valutazione e classificazione degli impianti presenti sul territorio, che consente di conoscerne con esattezza le caratteristiche per pianificare gli interventi nel settore. Tale attività di censimento soddisfa i principi di trasparenza e pubblicità.

Tra le altre informazioni utili, la sezione dedicata ai procedimenti sanzionatori ed al contenzioso.

L'Illecito concorrenziale. Rapporti fra le Autorità indipendenti

La convivenza fra Autorità di settore – preposte, in via esclusiva, ad uno specifico settore economico (Agcom, Banca d'Italia, Consob) – e Autorità trasversali – dotate di competenze non limitate oggettualmente a singoli comparti, in quanto istituite a tutela di specifici interessi pubblici di portata generale (Agcm) – ha dato da tempo luogo a interferenze fra le rispettive attribuzioni. In specie, il problema si è posto con riguardo al riparto di competenze nel settore dei servizi finanziari (tra Agcm e Consob); nel settore del credito (tra Agcm e Banca d'Italia); infine, nel settore delle comunicazioni elettroniche (Agcm e Agcom). Si tratta di profili problematici sui quali l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è ripetutamente intervenuta nel corso del 2012, nel tentativo di risolvere i potenziali conflitti di attribuzioni ricostruendo i rapporti tra la normativa generale in tema di pratiche commerciali scorrette e le regolamentazioni di settore.

Non poche difficoltà si sono registrate a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 2.8.2007, n. 146, di attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, che, sostituendo gli artt. da 18 a 27, d.lgs. 6.9.2005, n. 206 (Codice del consumo), ha individuato l'Agcom quale autorità competente per l'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.

La nuova disciplina riguarda le pratiche commerciali tra professionisti e consumatori, intese come «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori»; impone ai professionisti obblighi di completezza e non ingannevolezza nelle informazioni fornite ai consumatori e di piena correttezza delle condotte poste in essere nei loro confronti.

L'art. 27, co. 1, del Codice del consumo (come sostituito dall'art. 1, co. 1, del richiamato d.lgs. n. 146/2007), dedicato alla tutela amministrativa e giurisdizionale, individua l'Autorità garante della concorrenza e del mercato quale autorità competente all'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette; dispone, in specie, che «l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ... esercita le attribuzioni disciplinate dal presente articolo ..., vale a dire: inibisce la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e ne elimina gli effetti; dispone la sospensione provvisoria delle pratiche commerciali scorrette, anche richiedendo informazioni; dispone che il professionista provi l'esattezza dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale; vieta la diffusione o la continuazione della pratica commerciale scorretta, anche con opportuni mezzi di pubblicità; dispone l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie e interdittive».

1.1 Il quadro normativo

Giova ricostruire più nel dettaglio il quadro normativo di riferimento.

L'art. 3 della direttiva 29/2005/CE, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, dopo aver delineato, al par. 1, il proprio campo generale di applicazione (pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori, come stabilite all'art. 5, poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto), chiarisce, al par. 4, che le altre norme comunitarie che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali prevalgono e si applicano a tali aspetti specifici solo a condizione di un contrasto con le disposizioni della direttiva stessa. Dispone, in particolare, il citato art. 3, par. 4, della direttiva 29/2005/CE, che «in caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici». Inoltre, al considerando 10 della richiamata direttiva 29/2005/CE si precisa che la stessa «si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore».

Nell'ordinamento interno, il citato art. 3, par. 4, della direttiva 29/2005/CE è stato trasposto nell'art. 19, co. 3, d.lgs. 6.9.2005, n. 206 (Codice del consumo), ai sensi del quale «in caso di contrasto le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici».

Due le indicazioni desumibili, quindi, dai richiamati riferimenti normativi sovranazionali e nazionali:

a) da un lato, il riferimento al criterio della specialità in forza del quale le disposizioni dettate dal Codice del consumo in tema di accertamento e repressione delle pratiche commerciali sleali recedono allorché sussistano nelle discipline di settore norme contrastanti volte a disciplinare aspetti specifici;

b) dall'altro, e al contempo, l'attitudine della disciplina generale dettata a tutela del consumatore a trovare applicazione, anche allorché le discipline di settore intervengano a regolamentare aspetti specifici, con riguardo ad altri elementi.

2. La focalizzazione

Si è posta così la questione relativa ai rapporti tra la disciplina generale di cui al Codice del consumo e le discipline di settore che possono incidere su aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette.

In specie, il problema è emerso con riguardo:

- a) al settore dei servizi finanziari, in relazione al quale è venuta in rilievo la necessità di definire gli ambiti di competenza rispettivamente propri dell'Agcm e della Consob;
- b) al settore del credito, con conseguente necessità di delimitare le competenze dell'Agcm e della Banca d'Italia;
- c) infine, al settore delle comunicazioni elettroniche, in merito alla delimitazione delle competenze spettanti all'Agcm e alla Agcom.

Si tratta di profili problematici sui quali l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è ripetutamente intervenuta nel corso del 2012.

La questione non attiene certo alla sola risoluzione dei potenziali conflitti di competenze tra differenti Autorità, ma ancor prima alla ricostruzione dei rapporti tra la normativa generale in tema di pratiche commerciali scorrette e le regolamentazioni di settore.

2.1 I rapporti tra la disciplina generale e la disciplina del settore dei servizi finanziari

Con specifico riferimento al settore dei servizi finanziari, si pone la necessità di verificare l'ambito di applicazione della disciplina generale del Codice del consumo, e la conseguente competenza dell'Agcm ad intervenire circa pratiche commerciali scorrette poste in essere dai professionisti che operano nei servizi finanziari (emittenti, intermediari, ecc.). Il problema si pone perché, a garanzia della correttezza delle informazioni al pubblico e della trasparenza e correttezza dei comportamenti dei relativi operatori, è dettata una disciplina legislativa di settore (d.lgs. 24.2.1998, n. 58 e successive modificazioni, recante il Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria) per la cui applicazione è competente la Consob, sia per quanto concerne gli emittenti (parte IV del t.u.f.), sia per quanto concerne gli intermediari finanziari (parte II del t.u.f.). Per l'esercizio dei compiti di vigilanza, alla Consob sono attribuiti poteri regolamentari, informativi, ispettivi e sanzionatori.

Al riguardo, Cons. St., sez. I, 3.12.2008, n. 3999, – ritenuta la necessità di fare applicazione, nella soluzione del problema, del principio di specialità – ha sostenuto che lo stesso principio va disancorato «dal riferimento prevalentemente soggettivo (cioè al tipo di operatore interessato o di soggetto tutelato)» e calibrato piuttosto «sull'oggetto dell'intervento e sull'interesse generale perseguito attraverso l'intervento stesso». Secondo il Consiglio di Stato, in particolare, nel fare applicazione della specialità – e sempre che la stessa non incontri “limiti intrinseci” (riscontrabili nei casi di “specialità reciproca”, sussidiarietà o “reciproco assorbimento”) o “estrinseci” (ricorrenti quando il conflitto è espressamente risolto da una norma di legge) – occorre avere riguardo «al tipo di comportamento e soprattutto alla situazione contestuale verso cui l'intervento correttivo o sanzionatorio è diretto; più che al tipo di operatore coinvolto si deve aver riguardo alla materia su

cui i due possibili interventi vanno ad incidere, vale a dire – laddove esista un contesto distinto i cui operatori agiscono secondo regole e pratiche di sistema – al settore su cui l'intervento va ad essere dispiegato». Pare quindi che, alla stregua della ricostruzione svolta nel precedente richiamato, nell'applicare il criterio della specialità, la comparazione debba riguardare – almeno quando esista «un contesto distinto i cui operatori agiscono secondo regole e pratiche di sistema» – non già le singole fattispecie di illecito previste dalla normativa generale e da quella di settore (e nelle quali il fatto contestato all'operatore appare prima facie riconducibile) – ma i «settori su cui l'intervento correttivo o sanzionatorio va ad essere dispiegato». Ed invero, la stessa prima sezione conclude osservando che «è la caratteristica distinta del settore finanziario a identificare ... le ragioni della specialità. Non pare infatti dubitabile che il settore finanziario rappresenti, per le sue caratteristiche, le sue pratiche, la sua ragione e le sue stesse norme un contesto di sistema, distinto rispetto al mercato in generale, come è facilmente riscontrabile in termini giuridici con il suo ordinamento di settore, specifico a quello del mercato in generale, di cui le disposizioni sopra richiamate sono indice. La conclusione nel caso in esame pare dunque essere – conformemente a quanto prospetta l'AGCM – che la normativa di ordine speciale del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 prevale, anche ai fini della identificazione dell'Autorità competente ad intervenire, sulla normativa di ordine generale di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206».

2.2 I rapporti tra la disciplina generale e la disciplina del settore dei servizi bancari

Ci si è chiesti ancora se, allorché la vicenda attenga all'esercizio del credito, sia competente ad emettere l'atto sanzionatorio della pratica commerciale scorretta l'Agcm ovvero la Banca d'Italia ai sensi del d.lgs. 1.9.1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), il quale istituisce un complesso sistema di controllo e sanzionatorio per l'appunto affidato alla Banca d'Italia: esito, questo, cui sarebbe consentito pervenire assumendo la natura “speciale” della normativa di cui al d.lgs. n. 385/1993 rispetto al d.lgs. 6.9.2005, n. 206 (Codice del consumo), di cui resterebbe esclusa quindi l'applicabilità. Sul punto, è intervenuta l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con sentenza 11.5.2012, n. 14. Nel caso sottoposto all'esame del giudice amministrativo, la parte ricorrente aveva contestato la competenza dell'Antitrust a sanzionare pratiche commerciali scorrette sul rilievo che, trattandosi di condotte poste in essere in relazione all'acquisto di prodotti finanziari, sussisterebbe invece la competenza della Banca d'Italia ai sensi del d.lgs. 1.9.1993, n. 385. Ha premesso l'Alto Consesso che in presenza di due norme, astrattamente applicabili alla medesima fattispecie, il ricorso al principio di specialità non richiede necessariamente come presupposto una situazione di contrasto fra le due, essendo invece sufficiente una difformità di disciplina tale da rendere illogica la sovrapposizione delle due regole e invece logica l'applicazione di quella, fra le due, che presenti elementi di specificità, atteso che la disciplina generale va intesa come livello minimo di tutela, cui la disciplina speciale offre elementi aggiuntivi e di specificazione; con la precisazione per cui l'applicazione della *lex specialis* è possibile solo laddove si riscontrino effettivi elementi di specificità in relazione al settore di riferimento, in mancanza dei quali la *lex generalis* è suscettibile di “riespandersi”, al fine di colmare la lacuna riscontrata nell'ordinamento di settore.

Nel caso di specie, quanto al rapporto fra la disciplina generale in materia di pratiche commerciali scorrette – contenuta nel Codice del consumo e ricadente nella competenza dell'Antitrust – e quella specifica relativa alle condotte poste in essere in relazione all'acquisto di prodotti finanziari – dettata dal t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia approvato con d.lgs. n. 385/1993 e affidata alla competenza della Banca d'Italia – l'Adunanza plenaria ha osservato che il citato testo unico bancario, mirando al corretto e trasparente funzionamento del mercato, non contiene specifiche disposizioni volte alla tutela del consumatore, oggetto invece della disciplina contenuta nel Codice

del consumo. I giudici amministrativi hanno quindi concluso per la sussistenza della competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato – e non quella della Banca d'Italia – a disporre una sanzione nei confronti di una società operante nel settore finanziario che abbia posto in essere pratiche ritenute scorrette nell'ambito di operazioni di finanziamento finalizzate all'acquisto di prodotti in vendita presso esercizi commerciali.

2.3 I rapporti tra la disciplina generale e la disciplina del settore delle comunicazioni elettroniche

Infine, ci si è chiesti se la presenza di un'articolata normativa di ordine speciale (Codice delle comunicazioni elettroniche), con relativi poteri sanzionatori in capo ad Agcom, escluda, in ossequio al principio di specialità, la contemporanea applicazione, da parte dell'Agcm, della disciplina generale relativa alle pratiche commerciali scorrette. Invero, l'Agcom esercita, tra l'altro, funzioni a tutela dell'utenza, disciplinate da numerose disposizioni del Codice delle comunicazioni elettroniche di cui al d.lgs. 1.8.2003, n. 259, attuate poi dalla delibera n. 664/06/CONS in materia di contratti di utenza a distanza. Tali specifiche previsioni sarebbero destinate, pertanto, a prevalere sulle disposizioni del Codice del consumo, posto che la direttiva comunitaria 2005/29/CE (recepita dal predetto Codice) sancisce espressamente la prevalenza delle disposizioni speciali dettate da altre normative a tutela dell'utenza.

Sulla questione è intervenuta l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenze 11.5.2012, nn. 11, 12, 13, 15 e 16. L'Alto Consesso premette che, sul piano sanzionatorio, il principio di specialità, che nell'ordinamento nazionale vigente ha portata generale, come desumibile dagli artt. 15 c.p. e 9, l. 24.11.1981, n. 689, non consente la contemporanea applicazione di due diverse norme disciplinanti la medesima fattispecie, ma implica la necessaria applicazione solo di quella che, fra le due, possiede tutti gli elementi dell'altra, ma ad essa aggiunga un ulteriore elemento, che la rende specifica. Ciò è quanto si desume dall'utilizzo dei termini «conflict» o «conflit» presenti, rispettivamente, nei testi inglese e francese della citata direttiva 2005/29/CE, i quali andrebbero tradotti, più che come “contrasto”, come “diversità di disciplina” poiché la voluntas legis è quella di «evitare una sovrapposizione di discipline di diversa fonte e portata»².

Ciò chiarito, il giudice amministrativo afferma che spetta all'Agcom, e non all'Agcm, la competenza a sanzionare le violazioni delle prescrizioni dettate dal Codice delle comunicazioni elettroniche in materia di attività anticoncorrenziale da parte dei gestori degli impianti di telecomunicazioni, attesa la presenza di requisiti di specificità nella disciplina codicistica, rispetto a quella generale contenuta nel Codice del consumo, nonché la sua esaustività e completezza. Peraltro, l'Alto Consesso non ha condiviso la tesi secondo cui la competenza ad individuare la disciplina ex ante non esaurisce la disciplina di settore, lasciando spazi per interventi ex post ad opera dell'Antitrust, sulla base del modello del “caso per caso”. Ed invero, la necessità di garantire la coerenza logico-sistematica dell'azione repressiva esige che ad essa provveda un'unica Autorità, senza distinzioni fondate su una contrapposizione – inaccettabile sul piano pratico prima ancora che su quello teorico – fra una disciplina ex ante, affidata alla competenza di un'Autorità, e una presunta disciplina ex post, affidata ad un'altra Autorità, la cui competenza si amplierebbe o si restringerebbe a seconda della maggiore o minore estensione della disciplina dettata dall'autorità di settore. In tal modo – sostengono i giudici della plenaria – si evita di sottoporre gli operatori a duplici procedimenti per gli stessi fatti, con possibili conclusioni anche differenti tra le due Autorità (come in pratica è a volte avvenuto). Inoltre, si consente che si dettino indirizzi univoci al mercato, che altrimenti verrebbe a trovarsi in una situazione di possibile disorientamento, con potenziali ripercussioni sulla stessa efficienza dei servizi nei riguardi degli utenti/consumatori e sui costi che questi ultimi sono chiamati a pagare. Sottolinea in conclusione l'Adunanza plenaria che l'applicazione del principio di specialità vale solo ai fini della normativa a tutela degli utenti, e non

anche per quella antitrust, con la conseguenza che le competenze di Agcm e Agcom, in tale ultimo settore, sono completamente indipendenti.

3. I profili problematici. La non condivisa logica della complementarietà

Illustrate le posizioni emerse, è opportuno considerare che la logica della complementarietà – non condivisa dalla plenaria – oltre a non apparire affatto priva di addentellati di diritto positivo, risponde a precise e non trascurabili esigenze sostanziali.

Sul fronte normativo, il citato art. 19, co. 3, d.lgs. 6.9.2005, n. 206 (Codice del consumo), dispone che «in caso di contrasto le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici»: salvo, pertanto, che per gli specifici aspetti delle pratiche commerciali scorrette disciplinati in modo contrastante dalle normative di settore, andrebbe garantita l'operatività della generale disciplina a tutela del consumatore con l'applicazione, quindi, delle comuni fattispecie di illecito (pratiche scorrette, ingannevoli o aggressive) disciplinate dagli art. da 18 a 27 del Codice del consumo, non relative a settori specifici ma al rapporto tra consumatore e professionista in quanto tali.

La logica della complementarietà delle discipline, del resto, appare idonea ad evitare vuoti di tutela del consumatore, potendosi altrimenti lasciare senza sanzione comportamenti pure rivolti a suo danno, prevenendosi, altresì, il rischio che la normativa generale di tutela del consumatore quale parte negoziale debole venga limitata, se non vanificata, da plurime norme settoriali speciali. Si consideri che i citati artt. 3, par. 4, della direttiva 29/2005/CE, e 19, co. 3, d.lgs. 6.9.2005, n. 206 (Codice del consumo), dispongono che la disciplina generale recede solo a fronte di norme di settore che regolamentino «aspetti specifici delle pratiche commerciali» e nei limiti in cui vengano in rilievo tali «aspetti specifici», dovendo per tutti gli altri profili riespandersi l'operatività delle comuni fattispecie di illecito succitate. Due le esigenze sottese a tale regolamentazione – europea e nazionale – dei criteri di riparto delle competenze e di risoluzione di eventuali ipotesi di concorso di norme:

a) da un lato, quella di evitare che, a fronte dello stesso fatto, già sanzionato dalla disciplina di settore con la previsione di una fattispecie speciale, possano essere addebitati all'operatore più illeciti e comminate più sanzioni;

b) dall'altro, quello di limitare il carattere recessivo della generale disciplina a tutela del consumatore alle sole ipotesi in cui le regolamentazioni di settore prevedano fattispecie corrispondenti a quelle delineate dalla disciplina generale, ancorché rispetto a queste speciali (per specificazione o per aggiunta), sì da stemperare il rischio che la definizione dei problemi di concorso tra discipline possa risolversi in una complessiva deminutio della tutela approntata in favore del consumatore ed una impunità di comportamenti pregiudizievoli, punibili alla stregua degli artt. da 18 a 27 del Codice del consumo, ma non sussumibili, tuttavia, in alcuna delle ipotesi di illecito di settore.

Ebbene, le esposte esigenze suggeriscono un'applicazione del criterio normativo della specialità non dissimile da quella prevalsa negli ultimi anni nella giurisprudenza penale in sede di interpretazione dell'art. 15 c.p.4, volta cioè a porre a raffronto le fattispecie astratte di illecito amministrativo rispettivamente delineate dalla disciplina generale a tutela del consumatore e da quelle di settore, concludendo per l'applicazione di quest'ultima solo se la stessa possa dirsi speciale rispetto a quella contemplata dalla normativa generale.

Allorché non sia dato riscontrare tale relazione di specialità appare problematico escludere l'applicazione della disciplina generale: ne risulterebbero compromesse le esposte esigenze, in specie quella relativa alla pienezza ed effettività della tutela del consumatore. Esigenza, quest'ultima, che deve indurre a considerare con problematicità l'approccio interpretativo secondo cui il criterio di specialità va applicato ponendo a raffronto non le singole fattispecie, ma i «settori su cui l'intervento correttivo o sanzionatorio va ad essere dispiegato»: evidente, invero, il rischio sotteso a tale impostazione, ossia quello che si finisca per ritenere speciale l'intera disciplina di settore, con conseguente esclusione di qualsiasi margine di operatività della disciplina generale dettata a tutela del consumatore, ancorché, in ipotesi, solo nelle fattispecie sanzionatorie da quest'ultima delineate (e non in quelle contemplate dalla regolamentazione di settore) sia riconducibile il fatto che in concreto si intenda contestare all'operatore. Si consideri, del resto, che proprio con l'intento di stemperare i rischi di oscillazioni che si annidano nella identificazione del bene giuridico presidiato con la incriminazione delle fattispecie, la più recente e prevalente giurisprudenza penale esclude che, nel definire la natura apparente o effettiva del concorso di norme penali, abbia rilievo la diversità o l'identità delle oggettività giuridiche protette dalle disposizione in concorso, affidando quindi al solo riscontro della sussistenza di una relazione strutturale di specialità tra le fattispecie che vengono in considerazione la soluzione del problema di concorso: tanto in omaggio ad un'esigenza di certezza e determinatezza che viene in rilievo anche nel settore qui in esame.

ISVAP (www.isvap.it)

L'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private e di Interesse Collettivo (ISVAP) è un'Autorità amministrativa indipendente, dotata di piena autonomia, operante per garantire la stabilità del mercato assicurativo, nonché la trasparenza dei prodotti offerti, nell'interesse degli assicurati e della collettività.

Le origini storiche e l'evoluzione normativa. L'Istituto è un ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico ed è stato istituito con legge 12 agosto 1982, n. 576, per l'esercizio di funzioni di vigilanza nei confronti delle imprese di assicurazione e riassicurazione nonché di tutti gli altri soggetti sottoposti alla disciplina sulle assicurazioni private, compresi gli agenti e i mediatori di assicurazione. L'ISVAP svolge le sue funzioni sulla base delle linee di politica assicurativa determinate dal Governo. Oltre alle funzioni già indicate nella legge istitutiva del 1982, negli anni novanta l'ISVAP si è vista riconoscere poteri sempre crescenti, fino all'art. 2 del decreto legislativo 13 ottobre 1998, n. 373, con cui sono state attribuite all'autorità tutte le funzioni in materia assicurativa che prima erano di competenza del Ministero dello sviluppo economico e del CIPE (rendendola così un'autorità veramente indipendente dal Governo).

Nell'estrema sintesi, ad oggi l'Istituto:

- controlla la gestione tecnica, finanziaria, patrimoniale e contabile delle imprese di assicurazione
- vigila sull'osservanza delle leggi e dei regolamenti in materia assicurativa da parte delle imprese e degli agenti
- rileva i dati di mercato necessari per la formazione delle tariffe e delle condizioni di polizza
- fornisce al Ministro dell'Industria una relazione annuale sulla politica assicurativa, un parere settoriale, proposte di risanamento presentate dalle società assicurative
- collabora con le altre autorità indipendenti, per assicurare il corretto esercizio delle rispettive funzioni
- partecipa alla determinazione dell'indirizzo amministrativo del settore (L. 9 gennaio 1991, n. 20)

- autorizza l'esercizio dell'attività assicurativa (art. 4, d.P.R. 18 aprile 1994, n. 385)
- assicura la trasparenza dell'offerta agli utenti (L. 5 marzo 2001, n. 57)
- raccoglie i reclami presentati nei confronti delle imprese assicurative, li censisce in un registro dei reclami (circ. Isvap 518/D, 21/11/2003), agevola la corretta esecuzione dei contratti assicurativi e facilita la soluzione delle questioni che gli vengono sottoposte intervenendo nei confronti dei soggetti vigilati con provvedimenti e sanzioni.

L'esercizio della vigilanza da parte dell'ISVAP ha per scopo la sana e prudente gestione delle imprese di assicurazione e di riassicurazione e la trasparenza e la correttezza dei comportamenti delle imprese e degli altri soggetti controllati, avendo riguardo alla stabilità, all'efficienza, alla competitività ed al buon funzionamento del sistema assicurativo, alla tutela degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative, all'informazione ed alla protezione dei consumatori.

L'ISVAP esercita le funzioni di vigilanza nei confronti:

- delle imprese che esercitano nel territorio della Repubblica italiana attività di assicurazione e riassicurazione;
- dei gruppi assicurativi e dei conglomerati finanziari nei quali tali imprese sono incluse, in conformità alla specifica normativa ad essi applicabile (c.d. vigilanza "supplementare");
- degli intermediari di assicurazione e di riassicurazione, dei periti e di ogni altro operatore del mercato assicurativo;
- dei soggetti che in qualunque forma svolgono funzioni parzialmente comprese nel ciclo operativo delle imprese di assicurazione o di riassicurazione, limitatamente ai profili assicurativi e riassicurativi.

L'Autorità svolge le funzioni di vigilanza sul settore assicurativo mediante l'esercizio di poteri di natura autorizzatoria, prescrittiva, accertativa, cautelare e repressiva nonché attraverso l'adozione di ogni regolamento necessario per la sana e prudente gestione delle imprese o per la trasparenza e la correttezza dei comportamenti dei soggetti vigilati. Le norme sulla vigilanza, contenute in molteplici disposizioni di settore, sono ora riunite nel Codice delle Assicurazioni di cui al decreto legislativo settembre 2005, n. 209

In particolare, l'ISVAP provvede ad autorizzare le imprese all'esercizio dell'attività assicurativa e/o riassicurativa nei vari rami e all'estensione rispetto a quelli già autorizzati nonché a svolgere tutte le attività connesse con il rilascio di tali autorizzazioni, verificando nel tempo la sussistenza delle previste condizioni di esercizio, nonché ad autorizzare le operazioni di fusione, scissione e trasferimento di portafoglio e le operazioni infragruppo. Dette competenze vengono esercitate, attraverso il controllo sulla gestione tecnica, finanziaria, patrimoniale e contabile, nei confronti delle imprese assicurative nazionali ed estere (rappresentanze di imprese con sede legale in un Paese non appartenente all'Unione Europea) e riassicurative ad essa sottoposte. La vigilanza a fini di stabilità sulle imprese con sede legale in uno Stato membro dell'Unione Europea, che esercitano attività assicurativa in Italia in regime di stabilimento o di libera prestazione di servizi, spetta all'autorità dello Stato membro d'origine (c.d. home country control).

Per l'esercizio delle proprie funzioni, l'ISVAP ha, tra l'altro, la facoltà di richiedere ai soggetti vigilati la comunicazione, anche periodica, di dati e notizie, disporre nei loro confronti ispezioni e indagini specifiche, anche avvalendosi della collaborazione della Guardia di Finanza; convocare i componenti degli organi amministrativi e di controllo, i direttori generali delle imprese di assicurazione e riassicurazione, i legali rappresentanti della società di revisione, l'attuario revisore,

L'attuario incaricato per i rami vita e l'attuario incaricato per il ramo r.c. auto. Può inoltre ordinare la convocazione dell'assemblea, degli organi amministrativi e di controllo delle imprese nonché procedere direttamente alla convocazione quando questi non vi abbiano ottemperato.

L'ISVAP effettua le attività necessarie per promuovere un appropriato grado di protezione di assicurati e danneggiati. In particolare, nel caso in cui l'impresa violi le norme che è tenuta a rispettare o adotti comportamenti che potrebbero pregiudicare la sua stabilità, l'ISVAP può adottare misure correttive, repressive e sanzionatorie o proporre l'adozione da parte del Ministro delle attività produttive.

L'ISVAP effettua altresì le attività necessarie per sviluppare la conoscenza del mercato assicurativo, comprese le indagini statistiche ed economiche e la raccolta di elementi per l'elaborazione delle linee di politica assicurativa determinate dal Governo. Svolge inoltre attività consultiva di segnalazione e proposta nei confronti del Parlamento e del Governo nell'ambito delle competenze per la regolazione e la vigilanza sul settore assicurativo.

Nell'esercizio delle funzioni che gli sono demandate, l'ISVAP promuove tutte le forme di collaborazione ritenute necessarie con le altre autorità di vigilanza finanziarie e con gli Organi di controllo assicurativi degli altri Paesi dell'Unione Europea.

L'ISVAP, entro il 31 maggio di ogni anno, presenta al Presidente del Consiglio dei Ministri, per la trasmissione al Parlamento, una relazione sull'attività svolta. I regolamenti, le raccomandazioni interpretative ed i provvedimenti riguardanti i soggetti vigilati sono pubblicati sul Bollettino mensile e disponibili sul sito Internet dell'ISVAP.

La legge assegna all'ISVAP una rilevante missione di tutela del consumatore, con particolare riguardo alla trasparenza nei rapporti tra imprese e assicurati e l'informazione al consumatore; in particolare, l'ISVAP disciplina l'informazione preliminare ed in corso di contratto che deve essere messa a disposizione del contraente e stabilisce le regole di comportamento che le imprese e gli intermediari sono tenuti ad osservare nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti di assicurazione, e ne verifica il puntuale adempimento. Dette competenze vengono esercitate dall'ISVAP nei confronti di tutte le imprese operanti sul mercato italiano, comprese quelle aventi sede legale in un altro Paese dell'Unione Europea e operanti in Italia in regime di stabilimento o di libera prestazione dei servizi. Al medesimo fine, l'ISVAP ha introdotto una specifica procedura per la gestione dei reclami presentati dell'utenza, che prevede il preventivo invio degli stessi ad una apposita struttura istituita presso ogni impresa, riservandosi ogni potere di intervento nei casi di insoddisfacente esito dei contatti avviati nonché di verifica delle eventuali violazioni di leggi e regolamenti.

Organi e funzioni dell'istituto. Sono organi dell'ISVAP il Presidente, che esercita anche le funzioni di direttore generale, e il Consiglio, costituito da sei componenti oltre al Presidente.

L'ISVAP e il cittadino. L'autorità mette a disposizione dei cittadini utenti e degli operatori del settore numerosi servizi telematici, attraverso il suo sito ufficiale all'indirizzo www.isvap.it.

Per l'utente privato l'Autorità ha organizzato l'impianto informativo in "sezioni" [1) "Incidenti stradali con controparti estere"; 2) "Italian Information Center"; 3) "Come presentare un reclamo"; 4) "Quesiti frequenti"; 5) "Raccomandazioni utili per acquistare una polizza in internet"; 6) "Guida pratica alle Assicurazioni"; 7) "RC Auto"; 8) "Rete FIN-Net"], ove il cittadino è in grado di ritrovare tutte le indicazioni necessarie per interagire con gli organi istituzionali preposti all'intervento nel settore delle assicurazioni, la normativa di riferimento e la modulistica.

Molto più strutturata la parte dedicata alle Imprese e agli Intermediari. In queste "sezioni" (Assunzioni di Partecipazioni; Registro Unico degli Intermediari assicurativi e riassicurativi; Elenco

degli Intermediari della Unione Europea; Banca Dati Sinistri R.C.Auto; Guida Istanze; Imprese in Liquidazione; Modifiche Statutarie; Ruolo dei Periti assicurativi; Albo Imprese), tutte liberamente consultabili, l'ISVAp soddisfa le esigenze di trasparenza e di pubblicità dell'attività come prima indicate.

Assai utile per l'utente, sia singolo, sia organizzato in forma di impresa, è l'ampia sezione dedicata alla "Normativa di riferimento". Qui si possono scaricare tutti i provvedimenti resi dall'Autorità nella sua attività di vigilanza e controllo, e le circolari dispositive.

Di pubblica consultazione sono anche gli esiti della fase pubblica di consultazione a cui l'ISVAP ricorre per la produzione dei suoi provvedimenti; le c.d. "lettere al mercato" e tutta la normativa europea, i protocolli e le convenzioni, i regolamenti.

L'Istituto mette a disposizione dell'utente anche numerosi documenti di rilevazione statistica della sua attività ed ovviamente tutti i Bollettini ufficiali, che costituiscono la fonte primaria di informazione poi sintetizzata nella Relazione istituzionale annuale.

GARANTE PRIVACY (www.garanteprivacy.it)

Il Garante per la protezione dei dati personali è un'autorità indipendente istituita dalla legge sulla privacy (legge 31 dicembre 1996 n. 675) per assicurare la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali ed il rispetto della dignità nel trattamento dei dati personali.

Gli organi del Garante. L'Autorità in commento è un organo collegiale, composto da quattro membri eletti dal Parlamento, i quali rimangono in carica per un mandato di quattro anni rinnovabile.

L'Ufficio del Garante, al quale sovrintende il Segretario generale, è articolato, oltre che in alcune unità temporanee, in dipartimenti e servizi: la Segreteria generale; l'Ufficio di segreteria; l'Ufficio per le relazioni con il pubblico; l'Ufficio archivio e protocollo e la Segreteria di sicurezza. I dipartimenti sono: il Dipartimento realtà economiche e produttive; il Dipartimento libertà pubbliche e sanità; il Dipartimento comunicazioni e reti telematiche; il Dipartimento risorse umane; il Dipartimento amministrazione e contabilità; il Dipartimento contratti e risorse finanziarie, il Dipartimento attività ispettive e sanzioni; il Dipartimento registro dei trattamenti Dipartimento risorse tecnologiche. L'Autorità fruisce anche di appositi uffici detti "Servizi" (Servizio di segreteria del collegio; Servizio relazioni istituzionali; Servizio relazioni comunitarie e internazionali; Servizio relazioni con i mezzi di informazione; Servizio studi e documentazione).

I compiti istituzionali del Garante. L'attività del Garante, iniziata nel 1997, ha riguardato ogni settore della vita sociale economica e culturale del Paese in cui si sia manifestata l'esigenza della protezione dei dati personali.

Sotto tale aspetto, speciale interesse hanno rivestito i provvedimenti adottati in materia di attività delle pubbliche amministrazioni, sanità, lavoro, credito ed assicurazioni, giornalismo, telecomunicazioni, videosorveglianza, marketing.

I compiti del Garante erano originariamente specificati nell'art. 31 della legge 675/1996:

- il controllo della conformità dei trattamenti di dati personali a leggi e regolamenti e la segnalazione ai titolari o ai responsabili dei trattamenti delle modifiche da adottare per conseguire tale conformità;
- l'esame delle segnalazioni e dei reclami degli interessati, nonché dei ricorsi presentati ai sensi dell'art. 29 della legge;

- l'adozione dei provvedimenti previsti dalla normativa in materia tra cui, in particolare, le autorizzazioni generali per il trattamento dei dati sensibili;
- la promozione, nell'ambito delle categorie interessate, della sottoscrizione dei codici di deontologia e di buona condotta;
- il divieto, in tutto od in parte, ovvero il blocco del trattamento di dati personali quando per la loro natura, oppure per le modalità o gli effetti di tale trattamento, vi sia il rischio concreto di un rilevante pregiudizio per l'interessato;
- la segnalazione al Governo dei provvedimenti normativi di settore, la cui adozione si manifesti opportuna, e la formulazione dei pareri richiesti dal Presidente del Consiglio o da ciascun ministro in ordine ai regolamenti ed agli atti amministrativi inerenti alla materia della protezione dei dati personali;
- la predisposizione di una relazione annuale sull'attività svolta e sullo stato di attuazione della legge e la sua trasmissione al Parlamento e al Governo;
- la partecipazione alle attività comunitarie ed internazionali di settore, quale componente delle autorità comuni di controllo previste da convenzioni internazionali (Europol, Schengen, Sistema informativo doganale);
- il controllo, anche a richiesta degli interessati, sui trattamenti dei dati personali effettuati da forze di polizia e dai servizi di informazione e di sicurezza;
- l'indicazione degli accorgimenti da adottare nell'uso dei dati "semisensibili" (cd. prior checking, introdotto dal d.lg. n. 467/2001).

Attualmente le funzioni istituzionali dell'amministrazione indipendente in tema di tutela della riservatezza sono elencati nel Decreto

legislativo n. 196 del 2003, ormai noto come Codice sulla Privacy. Tra le funzioni principali (cfr. art. 154 D.Lgs. 196/2003) rientrano quelli di:

- controllare che i trattamenti siano effettuati nel rispetto delle norme di legge
- ricevere ed esaminare i reclami e le segnalazioni e provvedere sui ricorsi presentati dagli interessati
- vietare anche d'ufficio i trattamenti illeciti o non corretti ed eventualmente disporre il blocco
- promuovere la sottoscrizione di codici di deontologia e buona condotta di determinati settori
- segnalare al Governo e al Parlamento l'opportunità di provvedimenti normativi richiesti dall'evoluzione del settore
- esprimere pareri nei casi previsti
- curare la conoscenza tra il pubblico della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali e delle relative finalità e in materia di misure di sicurezza dei dati
- denunciare i fatti configurabili come reati perseguibili d'ufficio conosciuti nell'esercizio delle sue funzioni
- tenere il registro dei trattamenti
- predisporre una relazione annuale sull'attività svolta da presentare al Governo e al Parlamento

- essere consultato da Governo o Ministri quando questi predispongono norme che incidono sulla materia
- cooperare con le altre Autorità Indipendenti

AUTORITA' ENERGIA ELETTRICA E GAS

(www.autorita.energia.it)

Origini storiche ed evoluzione normativa. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas è un'autorità indipendente che ha lo scopo di favorire lo sviluppo di un mercato concorrenziale nel settore energetico, in seguito alla sua privatizzazione. L'Autorità è un istituto nato in seguito alla decisione dell'Unione Europea di liberalizzare il settore dell'energia, sostituendo di fatto i monopoli presenti nella maggior parte dei Paesi aderenti alla Comunità. In seguito alle direttive comunitarie in materia di apertura dei mercati energetici, recepite in Italia con decreti legislativi, l'Autorità venne istituita con la legge n. 481 del 14 novembre 1995 (“Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità”). Essa svolge le sue attività dal 23 aprile 1997.

L'Autorità opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio nel quadro degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo e dal Parlamento e tenuto conto delle normative dell'Unione europea in materia. Il Governo indica all'Autorità le esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità che corrispondono agli interessi generali del Paese, attraverso il Documento di programmazione economico-finanziaria,.

Per l'emanazione dei propri provvedimenti l'Autorità si basa sia su procedure disciplinate da propri regolamenti sia su regolamenti emanati con decreto del Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, in particolare per le procedure relative agli interessi individuali e quelle relative alla conciliazione e l'arbitrato. Nel caso di adozione di atti normativi o con carattere generale, l'Autorità apre un procedimento in cui designa un funzionario responsabile per gli adempimenti necessari e, fra i propri componenti, un relatore con il compito di illustrare gli esiti dell'attività preparatoria e una proposta di decisione. Il procedimento fissa il termine entro il quale è possibile fare pervenire osservazioni scritte e, ove necessario, le eventuali procedure di consultazione dei soggetti interessati e delle formazioni associative.

Nel caso di reclami, istanze, segnalazioni o altri elementi raccolti dagli uffici dai quali emergano gli estremi di un possibile intervento di competenza dell'Autorità finalizzato all'adozione di provvedimenti a carattere individuale l'Autorità opera attenendosi ai criteri del procedimento definiti dal DPR n° 244/01. Questi definiscono le modalità e i termini di avvio del procedimento, lo svolgimento delle attività istruttorie, le eventuali perizie, consulenze e audizioni, le condizioni della chiusura del procedimento e la deliberazione del provvedimento.

Nell'adozione dei principali provvedimenti con carattere generale l'Autorità segue criteri di trasparenza. Viene dato ampio spazio alla consultazione con i soggetti esercenti e le associazioni rappresentative di interessi (associazioni dei consumatori, associazioni ambientaliste, associazioni sindacali delle imprese e dei lavoratori) attraverso la diffusione di documenti e la raccolta di osservazioni scritte eventualmente discusse nel corso di audizioni collettive e individuali che precedono l'emanazione dei provvedimenti.

La legge istitutiva prevede la convocazione di audizioni periodiche con le formazioni associative. Tali audizioni sono disciplinate da uno specifico regolamento che permette alle associazioni di portare all'attenzione dell'Autorità questioni particolari e urgenti proponendone l'inserimento nell'ordine del giorno.

In base alla legge istitutiva l'Autorità pubblica i principali atti e provvedimenti in un Bollettino. Gli atti e i provvedimenti con carattere generale vengono pubblicati anche nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e sul sito Internet.

Gli organi e le funzioni. L'Autorità è un organo collegiale costituito dal Presidente e da quattro membri(1). I cinque componenti l'Autorità sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, su deliberazione del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro delle attività produttive. Le designazioni effettuate dal Governo sono sottoposte al parere vincolante, espresso a maggioranza qualificata (due terzi dei componenti), dalle Commissioni parlamentari competenti. I componenti sono scelti fra persone dotate di alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore. Gli incarichi durano sette anni e non sono rinnovabili. A tutela dell'indipendenza dell'Autorità è fatto esplicito divieto ai suoi componenti di intrattenere rapporti di consulenza o collaborazione e di avere interessi diretti o indiretti nelle imprese operanti nei settori di competenza; il divieto si estende anche ai quattro anni successivi alla cessazione dell'incarico.

L'Autorità, secondo la legge istitutiva del 1995, ha essenzialmente la funzione di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori. Per perseguire l'obiettivo di assicurare un assetto concorrenziale del mercato, l'Autorità ha i seguenti poteri:

- formula osservazioni e proposte da trasmettere al Governo e al Parlamento (potere consultivo)
- ha potere normativo (regolamentare)
- determina le tariffe
- assicura la pubblicità e la trasparenza delle condizioni di servizio
- assicura condizioni di eguaglianza nell'accesso alle reti energetiche
- ha poteri di controllo di qualità e di vigilanza nei confronti dei fornitori dei servizi
- valuta reclami, istanze e segnalazioni presentate dagli utenti o dai consumatori

I poteri di regolazione settoriale fanno riferimento alla determinazione delle tariffe, dei livelli di qualità dei servizi e delle condizioni tecnicoeconomiche di accesso e interconnessione alle reti, in servizi in cui il mercato non sarebbe in grado di garantire l'interesse di utenti e consumatori a causa di vincoli tecnici, legali o altre restrizioni che limitano il normale funzionamento dei meccanismi concorrenziali.

L'Autorità formula osservazioni e proposte da trasmettere al Governo e al Parlamento, presenta annualmente al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei ministri una relazione sullo stato dei servizi e sull'attività svolta.

Come già detto, l'Autorità disciplina autonomamente i procedimenti volti all'adozione dei propri provvedimenti di interesse generale e gode di autonomia organizzativa definendo i propri regolamenti per quanto riguarda l'organizzazione interna, il funzionamento e la contabilità.

L'Autorità ha il compito di perseguire le finalità indicate dalla legge n. 481 del 1995 con cui si vuole "garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza" nei settori dell'energia elettrica e del gas, nonché "assicurare adeguati livelli di qualità" dei servizi. Le finalità indicate dalla legge istitutiva devono essere perseguite assicurando «la fruibilità e la diffusione [dei servizi] in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato

su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, ...». Il sistema tariffario deve inoltre «armonizzare gli obiettivi economico finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse». Le pubbliche amministrazioni e le imprese sono tenute a fornire all'Autorità, oltre a notizie e informazioni, la collaborazione per l'adempimento delle sue funzioni.

In base alla legge n. 481 del 1995 l'Autorità per l'energia elettrica e il gas nello svolgere le proprie funzioni di regolazione e controllo ha competenze in materia di:

- Tariffe
- Fissazione delle tariffe base per i servizi regolati intese come prezzi massimi al netto degli oneri fiscali e loro aggiornamento con il metodo del price cap (ovvero "limite massimo della variazione di prezzo vincolata per un periodo pluriennale"). Il metodo del price cap pone un vincolo alla crescita annua delle tariffe pari alla differenza fra tasso programmato di inflazione e aumento della produttività conseguibile dall'impresa esercente il servizio, più altri fattori eventualmente riconosciuti in tariffa quali i recuperi di qualità del servizio.
- Qualità del servizio
- Definizione delle direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti, dei livelli generali e specifici di qualità dei servizi e dei meccanismi di rimborso automatico agli utenti e consumatori in caso del loro mancato rispetto; vigilanza sul rispetto dei livelli di qualità definiti dall'Autorità e sull'adozione delle Carte dei servizi. I livelli di qualità possono riguardare aspetti di natura sia contrattuale (come tempestività di intervento e risposta a reclami), sia tecnica (come la continuità dei servizi e la sicurezza).
- Forme di mercato
- Formulazione di osservazioni e proposte al Governo e al Parlamento in merito alle forme di mercato e al recepimento e attuazione delle direttive europee.
- Concorrenza
- Segnalazione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato della sussistenza di ipotesi di violazione delle disposizioni della legge 10 ottobre 1990, n 287, con riferimento agli atti e ai comportamenti delle imprese operanti nei settori sottoposti al proprio controllo.
- Concessioni
- Formulazione di osservazioni e proposte al Governo e al Parlamento sui servizi da assoggettare a regime di concessione o di autorizzazione; trasmissione di proposte al Ministero dell'industria del commercio e dell'artigianato sugli schemi di concessione, convenzione e autorizzazione e sul rinnovo o la modifica di quelli esistenti.
- Separazione contabile e amministrativa
- Emanazione di direttive per la separazione contabile e amministrativa delle diverse fasi dei servizi dell'energia elettrica e del gas. La separazione risponde agli obiettivi di rendere trasparenti e omogenei i bilanci dei soggetti giuridici operanti nei settori regolati, di consentire la verifica dei costi delle singole prestazioni e di assicurare la loro corretta disaggregazione e imputazione per funzione svolta al fine di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza.
- Verifica e controllo

- Controllo delle condizioni di svolgimento dei servizi, con poteri di acquisizione della documentazione, di ispezione, accesso e sanzione, determinando i casi di indennizzo da parte dei soggetti esercenti nei confronti di utenti e consumatori.
- Reclami e istanze
- Valutazione di reclami, istanze e segnalazioni presentate dagli utenti e dai consumatori, singoli o associati, imponendo, ove opportuno, modifiche alle modalità di erogazione dei servizi.
- Risoluzione di controversie
- Gestione di procedure di conciliazione e arbitrato in merito a controversie fra utenti e soggetti esercenti.
- Informazione e trasparenza
- Diffusione e pubblicizzazione di conoscenze relative alle condizioni di erogazione dei servizi al fine di garantire la massima trasparenza, la concorrenzialità dell'offerta e la possibilità di migliori scelte da parte degli utenti intermedi e finali

Il Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (CNIPA) opera presso la Presidenza del Consiglio per l'attuazione delle politiche del Ministro per le riforme e le innovazioni nella PA. Unifica in sé due organismi preesistenti: l'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione ed il Centro tecnico per la R.U.P.A. Organi e funzioni. Dal punto di vista organizzativo il CNIPA è governato da un organo collegiale costituito dal Presidente e da quattro membri, scelti tra persone dotate di alta e riconosciuta competenza e professionalità, nominati dal Presidente del Consiglio dei Ministri.

Il CNIPA ha l'obiettivo primario di dare supporto alla pubblica amministrazione nell'utilizzo efficace dell'informatica per migliorare la qualità dei servizi e contenere i costi dell'azione amministrativa.

In sintesi il CNIPA:

- contribuisce alla definizione della politica del Governo e del Ministro per le riforme e le innovazioni nella PA e fornisce consulenza per la valutazione di progetti di legge nel settore informatico;
- coordina il processo di pianificazione e i principali interventi di sviluppo; detta norme e criteri per la progettazione, realizzazione, gestione dei sistemi informatici delle amministrazioni, della loro qualità e dei relativi aspetti organizzativi; definisce criteri e regole tecniche di sicurezza, interoperabilità, prestazione;
- controlla che gli obiettivi e i risultati dei progetti di innovazione della pubblica amministrazione siano coerenti con la strategia del Governo; a tale scopo si affianca alle amministrazioni pubbliche nella fase di progettazione ed emette pareri di congruità tecnico-economica;
- cura l'attuazione di importanti progetti per l'innovazione tecnologica nella pubblica amministrazione, la diffusione dell'egovernment e lo sviluppo delle grandi infrastrutture di rete del Paese per consentire agli uffici pubblici di comunicare tra loro e per portare i servizi della pubblica amministrazione ai cittadini e alle imprese;
- cura la formazione dei dipendenti pubblici nel settore informatico, utilizzando le nuove tecnologie per favorire l'apprendimento continuo.

iste.

LA COVIP (www.covip.it)

È un'autorità amministrativa che ha il compito di vigilare sul funzionamento dei fondi pensione complementari. La Covip, istituita nel 1993 con decreto legislativo n. 124 del 21 aprile, ha iniziato ad operare nella sua attuale configurazione - come persona giuridica di diritto pubblico - agli inizi del 1996.

Ogni anno trasmette al Ministro del lavoro e delle politiche sociali una relazione sull'attività svolta, sulle questioni in corso e sugli indirizzi e le linee programmatiche che intende seguire e diffonde informazioni sull'andamento del settore della previdenza complementare. La relazione viene poi trasmessa dal Ministro, con le proprie eventuali osservazioni, al Parlamento.

Organi e funzioni. Tra gli organi della COVIP si ricorda la Commissione, che è un organo collegiale composto dal Presidente e da quattro Commissari, scelti tra persone dotate di riconosciuta esperienza e specifica professionalità nelle materie di competenza della Covip. Vengono nominati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del Lavoro e delle politiche sociali sentito il Ministro dell'Economia e delle Finanze. Rimangono in carica quattro anni e possono essere confermati una sola volta.

Il Presidente rappresenta la Commissione; mantiene i rapporti con il Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali; convoca le riunioni della Commissione, ne stabilisce l'ordine del giorno e ne dirige i lavori; sovrintende all'attività istruttoria e vigila sull'attuazione delle deliberazioni.

I Commissari partecipano alla discussione e alle deliberazioni; propongono iniziative sull'attività e sul funzionamento della Commissione, verificandone collegialmente l'attività.

La struttura organizzativa è articolata in Direzioni e Uffici il cui coordinamento è affidato al Direttore Generale. Questo sovrintende al funzionamento della struttura, al fine di assicurarne il buon andamento, e ne risponde alla Commissione.

La Covip ha assunto nel corso degli anni compiti e attribuzioni sempre più ampi rispetto a quelli previsti al momento della sua costituzione.

La funzione che è chiamata a svolgere è essenzialmente quella di garantire ed assicurare la trasparenza e la correttezza nella gestione e nell'amministrazione dei fondi pensione. A tal fine:

- autorizza i fondi pensione ad esercitare la propria attività e approva i loro statuti e regolamenti;
- tiene l'albo dei fondi pensione autorizzati ad esercitare l'attività di previdenza complementare;
- vigila sulla corretta gestione tecnica, finanziaria, patrimoniale e contabile dei fondi pensione e sull'adeguatezza del loro assetto organizzativo;
- assicura il rispetto dei principi di trasparenza nei rapporti tra i fondi pensione ed i propri aderenti;
- cura la raccolta e la diffusione delle informazioni utili alla conoscenza dei problemi previdenziali e del settore della previdenza complementare.

La Covip inoltre ha il potere di formulare proposte di modifica legislativa in materia di previdenza complementare.

Al complessivo funzionamento del sistema della previdenza complementare concorrono anche altre Amministrazioni pubbliche, Autorità di settore e vari organismi rappresentativi del settore economico e sociale.

Con essi la Covip ha rapporti costanti di collaborazione e di scambio di informazioni.

La Covip collabora e coopera a livello nazionale con le Amministrazioni pubbliche e con il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e il Ministero dell'Economia e delle Finanze. A tal proposito, ogni anno la Covip trasmette al Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali una relazione sull'attività svolta, sulle questioni in corso e sugli indirizzi e le linee programmatiche che intende seguire.

La COVIP è anche preposta allo scambio di informazioni con tutte le altre Autorità dedite alla vigilanza sui soggetti gestori dei fondi pensione (la Consob per le società di intermediazione finanziaria, l'Isvap per le società di assicurazione, la Banca d'Italia per gli istituti di credito, ecc.). in questo ambito, le sue funzioni sono finalizzate ad accrescere l'efficacia dell'azione di controllo per quanto riguarda le rispettive competenze.

Con le altre amministrazioni pubbliche italiane la Covip collabora e coopera per lo scambio di informazioni nei limiti consentiti dal segreto d'ufficio.

La Covip promuove e facilita la partecipazione delle Associazioni maggiormente rappresentative (Abi, Ania, Assogestioni, Assoprevidenza, Assofondopensioni) e degli enti di settore (Mefop) organizzando anche incontri periodici. La loro collaborazione è di fondamentale importanza per l'esame di questioni di carattere generale relative al sistema della previdenza complementare.

A livello internazionale, la Covip collabora e coopera con tutte le Istituzioni e le Autorità attive sui temi della previdenza complementare. In particolare in ambito europeo: è membro del CEIOPS, il Comitato europeo delle Autorità di vigilanza sulle assicurazioni e sui fondi pensione, e dell'INPRS, l'International Network of Pension Regulators and Supervisors, e partecipa ai lavori dell'OCSE, l'Organizzazione di cooperazione e di sviluppo economico, con particolare riferimento al Working Party on Private Pensions; contribuisce ai lavori dei Gruppi di esperti istituiti presso il Consiglio Europeo per la valutazione delle proposte di direttive in materie attinenti ai fondi pensione, nonché ai lavori in sede di Eurostat.

La Covip sta progressivamente ampliando gli strumenti d'informazione e di comunicazione verso l'esterno tenendosi anche al passo con l'evoluzione tecnologica.

,

Fino ad ora La Covip ha espletato l'attività di comunicazione attraverso: il servizio d'informazione agli utenti; contattando l'Ufficio Relazioni con il pubblico è possibile acquisire informazioni e chiarimenti sull'attività istituzionale, avere notizie sulla effettiva iscrizione di un fondo all'Albo, di ricevere documentazione su provvedimenti ed orientamenti interpretativi definiti dalla Commissione; le pubblicazioni; la Relazione Annuale, che illustra l'attività svolta nell'anno precedente, le questioni in corso, gli indirizzi e le linee programmatiche che la Commissione intende seguire; fornisce dati e informazioni sull'andamento della previdenza complementare; il Bollettino, che rappresenta la pubblicazione ufficiale della Covip e riporta i provvedimenti di maggiore rilevanza adottati dalla Commissione nel trimestre di riferimento nonché altre notizie sull'attività istituzionale; i Quaderni tematici Covip, nati dall'esigenza di valorizzare il bagaglio di esperienze e di conoscenze acquisito in Covip, che raccolgono approfondimenti e riflessioni sul tema della previdenza complementare nonché studi di ricerca prodotti o promossi dalla Commissione; e ovviamente attraverso il sito internet.

L'AGENZIA PER LE ORGANIZZAZIONI NON LUCRATIVE DI UTILITÀ
SOCIALE (www.agenziaperleonlus.it)

L'Agenzia per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale, meglio nota con la denominazione sintetica di "Agenzia per le ONLUS", è un'agenzia governativa di diritto pubblico con sede a Milano.

L'Agenzia opera sotto la vigilanza della Presidenza del Consiglio dei Ministri (a cui è tenuta ad inviare annualmente una relazione sull'attività svolta) ed è stata istituita con il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 26 settembre 2000 con cui si è dato seguito alla delega prevista dall'art. 3 della Legge n. 662 del 23 dicembre 1996 .

Successivamente, con il DPCM n. 329 del 21 marzo 2001, si è provveduto all'emanazione del regolamento dell'Agenzia per le ONLUS, in base al quale, in data 8 marzo 2002, la stessa si è regolarmente insediata. L'Agenzia per le ONLUS è chiamata ad operare affinché, su tutto il

territorio nazionale italiano, sia perseguita una "uniforme e corretta osservanza della disciplina legislativa e regolamentare" concernente le ONLUS, il Terzo Settore e gli enti non commerciali. L'ambito di intervento

dell'Agenzia, nonché le attribuzioni, le relazioni con le pubbliche amministrazioni e i poteri di cui essa è dotata per il conseguimento dei suoi

scopi, sono definiti dal Regolamento (DPCM 21 marzo 2001 n. 329).

ANAC Autorità nazionale anticorruzione

Con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, il legislatore ha inteso ampliare i poteri conferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione dapprima con la Legge 190/2012 e successivamente con la Legge 114/2014. I compiti attribuiti all'A.N.Ac. dal D. Lgs. 50/2016 sollevano, in alcuni casi, dubbi di legittimità costituzionale. Nel presente articolo si analizzano le criticità della novella normativa, individuando i punti più deboli della riforma dei poteri dell'A.N.Ac. che rimane, comunque, un'autorità amministrativa indipendente.

L'Autorità Nazionale Anticorruzione nasce con la Legge n.190/2012. Il disposto normativo ha, infatti, attribuito alla Commissione Indipendente per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle Amministrazioni Pubbliche (CIVIT) la funzione di Autorità nazionale Anticorruzione.

Con la Legge n. 114/2014, di conversione del Decreto Legge n. 90/2014, l'Autorità Nazionale Anticorruzione incorpora l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (AVCP) che viene soppressa.

L'A.N.Ac. conserva le funzioni (ed il personale) della soppressa A.V.C.P.

Più specificamente (dal sito ANAC):

1. L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con sede in Roma, istituita dall'articolo 4 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, assume la denominazione di Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

2. L'Autorità è organo collegiale costituito da sette membri nominati con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. I membri dell'Autorità, al fine di garantire la pluralità delle esperienze e delle conoscenze, sono scelti tra personalità che operano in settori tecnici, economici e giuridici con riconosciuta professionalità. L'Autorità sceglie il presidente tra i propri componenti e stabilisce le norme sul proprio funzionamento).

3. I membri dell'Autorità durano in carica sette anni fino all'approvazione della legge di riordino delle autorità indipendenti e non possono essere confermati. Essi non possono esercitare, a pena di decadenza, alcuna attività professionale o di consulenza, non possono essere amministratori o dipendenti di enti pubblici o privati né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura o rivestire cariche pubbliche elettive o cariche nei partiti politici. I dipendenti pubblici, secondo gli ordinamenti di appartenenza, sono collocati fuori ruolo o in aspettativa per l'intera durata del mandato. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, è determinato il trattamento economico spettante ai membri dell'Autorità .

4. L'Autorità è connotata da indipendenza funzionale, di giudizio e di valutazione e da autonomia organizzativa.

5. L'Autorità vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali, nonché, nei limiti stabiliti dal presente codice, sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture esclusi dall'ambito di applicazione del presente codice, al fine di garantire l'osservanza dei principi di cui all'articolo 2 e, segnatamente, il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, di tutela delle piccole e medie imprese attraverso adeguata suddivisione degli affidamenti in lotti funzionali e di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara.

(comma modificato dal decreto legge 21 giugno 2013 convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98)

6. Sono fatte salve le competenze delle altre Autorità amministrative indipendenti.

7. Oltre a svolgere i compiti espressamente previsti da altre norme, l'Autorità:

- a) vigila sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare vigente, verificando, anche con indagini campionarie, la regolarità delle procedure di affidamento;
- b) vigila sui contratti di lavori, servizi, forniture, esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del presente codice, verificando, con riferimento alle concrete fattispecie contrattuali, la legittimità della sottrazione al presente codice e il rispetto dei principi relativi ai contratti esclusi; non sono soggetti a obblighi di comunicazione all'Osservatorio né a vigilanza dell'Autorità i contratti di cui agli articoli 16, 17, 18;
- c) vigila affinché sia assicurata l'economicità di esecuzione dei contratti pubblici;
- d) accerta che dall'esecuzione dei contratti non sia derivato pregiudizio per il pubblico erario;
- e) segnala al Governo e al Parlamento, con apposita comunicazione, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa sui contratti pubblici;
- f) formula al Governo proposte in ordine alle modifiche occorrenti in relazione alla legislazione che disciplina i contratti pubblici di lavori, servizi, forniture;
- g) formula al Ministro delle infrastrutture proposte per la revisione del regolamento
- h) predispose e invia al Governo e al Parlamento una relazione annuale nella quale si evidenziano le disfunzioni riscontrate nel settore dei contratti pubblici con particolare riferimento:
 - h.1) alla frequenza del ricorso a procedure non concorsuali;
 - h.2) alla inadeguatezza della pubblicità degli atti;

- h.3) allo scostamento dai costi standardizzati di cui all'articolo 7;
 - h.4) alla frequenza del ricorso a sospensioni dell'esecuzione o a varianti in corso di esecuzione
 - h.5) al mancato o tardivo adempimento degli obblighi nei confronti dei concessionari e degli appaltatori;
 - h.6) allo sviluppo anomalo del contenzioso;
- i) sovrintende all'attività dell'Osservatorio di cui all'articolo 7;
- j) esercita i poteri sanzionatori ad essa attribuiti;
- k) m) vigila sul sistema di qualificazione, con le modalità stabilite dal regolamento di cui all'articolo 5; nell'esercizio di tale vigilanza l'Autorità può annullare, in caso di constatata inerzia degli organismi di attestazione, le attestazioni rilasciate in difetto dei presupposti stabiliti dalle norme vigenti, nonché sospendere, in via cautelare, dette attestazioni;
- l) su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione; si applica l'articolo 1, comma 67, terzo periodo, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (4);
- m) svolge i compiti previsti dall'articolo 1, comma 67, legge 23 dicembre 2005, n. 266.

8. Quando all'Autorità è attribuita la competenza ad irrogare sanzioni pecuniarie, le stesse, nei limiti edittali, sono commisurate al valore del contratto pubblico cui le violazioni si riferiscono. Sono fatte salve le diverse sanzioni previste dalle norme vigenti. I provvedimenti dell'Autorità devono prevedere il termine di pagamento della sanzione. La riscossione della sanzione avviene mediante iscrizione a ruolo.

9. Nell'ambito della propria attività l'Autorità può:

a) richiedere alle stazioni appaltanti, agli operatori economici esecutori dei contratti, alle SOA nonché ad ogni altra pubblica amministrazione e ad ogni ente, anche regionale, operatore economico o persona fisica che ne sia in possesso, documenti, informazioni e chiarimenti relativamente ai lavori, servizi e forniture pubblici, in corso o da iniziare, al conferimento di incarichi di progettazione, agli affidamenti (5);

b) disporre ispezioni, anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse, avvalendosi anche della collaborazione di altri organi dello Stato;

c) disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria;

d) avvalersi del Corpo della Guardia di Finanza, che esegue le verifiche e gli accertamenti richiesti agendo con i poteri di indagine ad esso attribuiti ai fini degli accertamenti relativi all'imposta sul valore aggiunto e alle imposte sui redditi. Tutte le notizie, le informazioni e i dati acquisiti dalla Guardia di Finanza nello svolgimento di tali attività sono comunicati all'Autorità.

10. Tutte le notizie, le informazioni o i dati riguardanti gli operatori economici oggetto di istruttoria da parte dell'Autorità sono tutelati, sino alla conclusione dell'istruttoria medesima, dal segreto di

ufficio anche nei riguardi delle pubbliche amministrazioni. I funzionari dell'Autorità, nell'esercizio delle loro funzioni, sono pubblici ufficiali. Essi sono vincolati dal segreto d'ufficio.

11. Con provvedimento dell'Autorità, i soggetti ai quali è richiesto di fornire gli elementi di cui al comma 9 sono sottoposti alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 25.822 se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti, ovvero alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 51.545 se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri. Le stesse sanzioni si applicano agli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, nonché agli operatori economici che forniscono dati o documenti non veritieri, circa il possesso dei requisiti di qualificazione, alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori a agli organismi di attestazione.

12. Qualora i soggetti ai quali è richiesto di fornire gli elementi di cui al comma 9 appartengano alle pubbliche amministrazioni, si applicano le sanzioni disciplinari previste dai rispettivi ordinamenti. Il procedimento disciplinare è instaurato dall'amministrazione competente su segnalazione dell'Autorità e il relativo esito va comunicato all'Autorità medesima.

13. Qualora accerti l'esistenza di irregolarità, l'Autorità trasmette gli atti e i propri rilievi agli organi di controllo e, se le irregolarità hanno rilevanza penale, agli organi giurisdizionali competenti. Qualora l'Autorità accerti che dalla esecuzione dei contratti pubblici derivi pregiudizio per il pubblico erario, gli atti e i rilievi sono trasmessi anche ai soggetti interessati e alla procura generale della Corte dei conti .

La funzione principale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione consiste nel prevenire la corruzione nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, comprese le società partecipate e controllate dalle pubbliche amministrazioni.

Tale compito viene espletato mediante l'attuazione della trasparenza amministrativa in tutti gli aspetti gestionali e mediante l'attività di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici e degli incarichi. L'attività dell'Autorità Nazionale Anticorruzione pervade, comunque, ogni settore della pubblica amministrazione che possa sviluppare (anche solo potenzialmente) fenomeni corruttivi.

Con interventi in sede consultiva e di regolazione, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, inoltre, orienta i comportamenti e le attività delle amministrazioni pubbliche.

Nel prosieguo del presente articolo, ci occuperemo dei compiti, poteri e funzioni attribuite all'A.N.Ac. dal Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante “ Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture ”, pubblicato in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 91 del 19 aprile 2016.

Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, così come configurato dal nuovo codice degli appalti, è connotato da una ampia gamma di poteri che conferiscono alla stessa una indiscussa centralità nell'applicazione della novella legislativa.

Diventa, quindi, di assoluta importanza, per chi opera nel settore, analizzare i poteri e le funzioni attribuiti dal legislatore all'Autorità, chiamata in causa dal D. Lgs. 50/2016 in più punti e sotto molteplici profili.

È, innanzitutto, fondamentale sottolineare che una delle funzioni, o forse sarebbe meglio chiamarli più propriamente poteri, attribuite all'Autorità è quella di predisporre un complesso di regole destinate a soppiantare, con modalità del tutto nuove per l'ordinamento italiano, le norme del D. P. R. 207/10, recante norme per l'attuazione dell'ormai abrogato D. Lgs. 163/06. Tali regole saranno recepite all'interno delle linee guida (al momento sono quattro quelle definitive: offerta economicamente più vantaggiosa, servizi di ingegneria ed architettura, RUP ed appalti sotto soglia comunitaria) che costituiranno gli atti di riferimento per l'applicazione del D. Lgs. 50/2016.

È bene sottolineare che la soft regulation, essendo pressoché sconosciuta nell'ordinamento italiano, crea incertezza circa la natura e la reale forza giuridica degli atti emanati dall'Autorità, rende dubbia la collocazione degli stessi nel sistema delle fonti, nonché il regime procedimentale e processuale ad essi applicabile.

Accanto a questa funzione di regolazione si trovano, variamente sparse nel decreto, una serie di altre fattispecie in cui l'Autorità Nazionale Anticorruzione è chiamata a prestare la propria opera attraverso competenze articolate e che trovano espressione in atti di natura diversa.

Ed infatti l'A.N.Ac. provvede:

- all'emanazione in via autonoma di atti e provvedimenti, secondo forme e modalità non meglio definite;
- alla formulazione di proposte o rilascio di pareri finalizzati all'emanazione di specifici provvedimenti (normalmente decreti ministeriali o D.P.C.M.) da parte di altre autorità.

Proprio circa la vincolatività degli atti che l'Autorità è chiamata ad emanare, si è acceso uno spinoso dibattito. Anche il Consiglio di Stato, già nel proprio parere sullo schema di decreto analizzare i poteri e le funzioni attribuiti dal legislatore all'Autorità

Alla stessa è, dunque, attribuita l'attività di vigilanza, controllo e regolazione nella materia dei contratti pubblici. Alla luce di ciò si può, quindi, affermare che, oltre ad emergere con maggiore forza rispetto al vecchio codice la natura di autorità amministrativa indipendente, sono stati aggiunti poteri inerenti l'attività di regolazione.

Tuttavia, l'Autorità è anche chiamata, secondo le statuizioni del comma 7 del sopra richiamato art. 213, a collaborare con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (A.G.C.M.) ai fini dell'attribuzione del «rating di legalità» alle imprese che operano nel settore dei contratti pubblici.

Le attività di che trattasi devono essere svolte da A.N.Ac. sia in relazione ai contratti dei settori ordinari che dei settori speciali.

In ordine alle attività di vigilanza, l'art. 213, comma 3, del D. Lgs. 50/2016 attribuisce poteri generali e particolarmente ampi estendendo le stesse anche ai contratti di interesse regionale, ai contratti secretati e ai contratti esclusi dall'ambito di applicazione del decreto (lettera a). Il potere di vigilanza è, tra l'altro, finalizzato a garantire l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici e l'accertamento di eventuali pregiudizi erariali che ne possono derivare (lettera b).

Le attività di vigilanza, nondimeno, possono essere ricondotte anche ad ulteriori e specifici poteri di segnalazione e di rendicontazione, quali quello di segnalazione al governo e al parlamento di fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o applicazione distorta della normativa (lettera c), alle proposte al governo per modifiche normative (lettera d), alla predisposizione ed invio al

governo e al parlamento di una relazione annuale sull'attività svolta, con evidenza delle disfunzioni riscontrate (lettera e).

Oltre ai poteri di vigilanza, viene riconosciuto all'Autorità Nazionale Anticorruzione un generale potere ispettivo, che può essere esercitato anche su richiesta motivata di chiunque vi abbia interesse (comma 5). Particolare rilievo assume in questo contesto il potere sanzionatorio che l'Autorità, ai sensi dell'art. 213, comma 13, può attivare nei confronti di coloro che rifiutino o omettano di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti (o peggio, li forniscano falsi) o agli operatori che in sede di verifica dei requisiti non forniscono i relativi dati e documenti

All'A.N.Ac. è affidata anche, secondo il disposto dei commi 8, 9 e 10 dell'art. 213, la gestione della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici e del Casellario informatico. Ma è rispetto agli atti previsti al comma 2 dell'art. 213 che si pongono le questioni più importanti sulla centralità del ruolo e dei poteri conferiti all'A.N.Ac. Già, perché la questione della loro vincolatività rende ancor più arduo il già difficile compito degli operatori delle SS.AA.

Gli Atti di ANAC

Ma vediamo la tipologia degli atti attraverso cui l'Autorità può esercitare le competenze che le sono attribuite. Essi consistono in linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile.

Al momento il tema della vincolatività degli atti di cui sopra non può ricevere una soluzione univoca, ma deve essere diversamente articolato a seconda della relativa tipologia degli atti. Vi sono tuttavia due profili che vanno preliminarmente evidenziati:

- tutti gli atti dell'Autorità sono suscettibili di impugnazione davanti al giudice amministrativo (articolo 213, comma 2);
- gli atti posti in essere dall'Autorità in tema di precontenzioso (disciplinato dall'art. 211 del D. Lgs. 50/2016) sono strettamente vincolanti per le parti che abbiano preventivamente acconsentito alla richiesta di rilascio dello stesso, ferma restando la possibilità di impugnare gli stessi presso il tribunale amministrativo. Tuttavia se dinanzi al giudice amministrativo, la parte che ha impugnato il parere soccombe, il suo comportamento è valutato ai fini della condanna alle spese di lite e all'irrogazione della sanzione pecuniaria per "lite temeraria"

Se, quindi, da un lato il legislatore ha voluto aumentare il potere dell'Autorità, attribuendo ai pareri di precontenzioso un valore cogente, dall'altro i poteri attribuiti alla stessa proprio su tale materia si scontrano con i limiti, garantiti dalla Costituzione, che impediscono di sottrarre totalmente alla cognizione del giudice amministrativo le controversie che attengono ad interessi legittimi, quali sono quelle relative alle procedure di gara (c.d. principio di indisponibilità dell'interesse legittimo).

Il legislatore ha dovuto, pertanto, trovare una soluzione in grado di mediare tra la volontà di rinforzare i poteri dell'A.N.Ac. in materia di precontenzioso (obiettivo perseguito attraverso la previsione della conseguenza di natura pecuniaria derivante dal riconoscimento della "lite temeraria" eventualmente sollevata davanti al giudice amministrativo dalla parte soccombente) e la necessità di garantire il rispetto della legge fondamentale dello Stato, consentendo la possibilità di contestare in sede giurisdizionale il parere rilasciato dall'Autorità, nonostante il preventivo consenso delle parti circa la sua vincolatività.

L'art. 211, al comma 2, prevede, poi, la possibilità per l'Autorità di intervenire, direttamente, nei confronti delle stazioni appaltanti, qualora questa accerti che ricorrono violazioni tali da essere idonee a provocare l'annullamento d'ufficio di un provvedimento amministrativo per ragioni

di legittimità. Pertanto, l'A.N.Ac. risulta legittimata ad agire non solo quando soggetti esterni (SS.AA. ed OO.EE.) ne richiedano l'intervento, ad esempio con il sopra richiamato parere di precontenzioso, ma può ben spiegare i propri poteri anche in maniera autonoma, intervenendo direttamente nei confronti delle stazioni appaltanti.

Sostanzialmente, in tale ultima ipotesi, i poteri di intervento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione si sostanziano nell'emissione, e successivo invio alla stazione appaltante, di un "atto di raccomandazione".

Con tale atto l'Autorità invita la stazione appaltante ad agire in autotutela e ad annullare, nel termine di sessanta giorni, il provvedimento ritenuto illegittimo. Fermo restando che gli atti di raccomandazione sono impugnabili, come i pareri di precontenzioso, dinanzi al giudice amministrativo, essi sono vincolanti per le stazioni appaltanti ed il mancato adeguamento agli orientamenti in essi contenuti comportano responsabilità di ordine economico in capo al dirigente responsabile del recepimento di tali atti. È, infatti, prevista una sanzione amministrativa pecuniaria per il caso di mancato adeguamento: tale sanzione varia da un minimo di € 250,00 ad un massimo di € 25.000,00.

Anche sugli atti di raccomandazione, così come per il parere di precontenzioso, il legislatore si mostra, per certi versi, titubante: da un lato afferma la vincolatività dell'atto di raccomandazione, ed il connesso sistema sanzionatorio, dall'altro non può non affermare che l'atto di raccomandazione, in quanto atto amministrativo, è impugnabile dinanzi al giudice amministrativo.

Ed è proprio questa dicotomia che desta preoccupazioni: se, infatti, l'oggetto del contendere tra stazione appaltante ed Autorità Anticorruzione è la legittimità di una procedura di gara; se quindi una stazione appaltante deve impugnare davanti al giudice amministrativo l'atto di raccomandazione di cui non condivide i contenuti, il risultato è quello di rendere totalmente incerta la sorte del procedimento amministrativo. Invero la stessa resterebbe legata alla decisione del tribunale. Questo nella migliore delle ipotesi. Se poi dovessero intrecciarsi al giudizio che vede contrapposte A.N.Ac. e stazione appaltante, i giudizi proposti dai concorrenti alla procedura di gara, allora la situazione diverrebbe sì davvero complicata!

A tal proposito va evidenziato che sorgono dubbi di legittimità costituzionale, in quanto simili interventi dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, che è pur sempre un'autorità amministrativa, sono posti in essere nei confronti delle stazioni appaltanti, che sono soggetti pubblici esercitanti una propria potestà amministrativa. Non si può, difatti, sottacere che la legge fondamentale dello Stato pone precisi vincoli circa il rispetto dell'autonomia amministrativa dei soggetti pubblici (quindi anche delle stazioni appaltanti). Ciò in virtù dei principi generali di efficacia e di buon andamento dell'attività amministrativa.

Gli atti di raccomandazione dell'A.N.Ac., qualificati come vincolanti in maniera espressa dal D. Lgs. 50/2016 e che addirittura prevedono una sanzione pecuniaria in capo al dirigente responsabile della stazione appaltante "disobbediente", sono certamente provvedimenti in grado di limitare sensibilmente l'autonomia amministrativa di un soggetto pubblico. Ciò ha imposto al legislatore di porre in essere un sistema di cautele, volto a salvaguardare quanto sancito dalla Costituzione, rappresentato dalla possibilità di impugnare l'atto di raccomandazione dinanzi al Giudice Amministrativo.

Tuttavia, in conclusione, anche il lettore della normativa più distratto non può non prendere atto che la disciplina dei poteri dell'Autorità Anticorruzione, specie con riferimento agli atti

di raccomandazione, potrebbe creare la sovrapposizione di contenziosi in cui sono coinvolti una pluralità di soggetti (stazione appaltante, A.N.Ac. e operatori economici).

20. LA TUTELA GIURISDIZIONALE DEI REGOLAMENTI

I regolamenti sono annoverati tra le fonti normative secondarie. Essi costituiscono espressione del potere delle amministrazioni centrali e periferiche, alle quale le norme sulla competenza assegnano la potestà regolamentare e demandano la disciplina di settori specifici. Il D.p.r. 1191/1971, in materia di ricorsi amministrativi, definiva i regolamenti quali atti generali a contenuto normativo; da questa definizione è possibile coglierne la duplice natura: essi vengono intesi quali atti soggettivamente e formalmente amministrativi e, al contempo, sostanzialmente normativi.

Tale natura ibrida ha fatto sì che dottrina e giurisprudenza si interrogassero sui caratteri fondamentali dei regolamenti, evinti attraverso la individuazione dei criteri distintivi tra questi ultimi e i provvedimenti amministrativi ad essi più affini, ossia gli atti amministrativi generali. Muovendo da quest'ultimo aspetto, una prima tesi sottolineava la connotazione squisitamente politica dei regolamenti. Si è affermato, infatti, che i regolamenti non sono mera esecuzione o specificazione di una normativa previgente quanto atti che esprimono precise scelte di particolare o elevato spessore politico.

Ad avviso di altra parte della dottrina, i regolamenti sono tali in quanto vengano così qualificati, optando per un criterio puramente formale. Tale criterio, per quanto possa apparire dotato di un ampio grado di certezza, potrebbe comportare risvolti irragionevoli nei casi in cui si qualifichi come amministrativo un atto che abbia, nella sostanza, un contenuto normativo. Permane l'irrinunciabilità, quindi, di una determinazione compiuta in base a specifici criteri sostanziali: i regolamenti sono atti generali, astratti e innovativi.

Quanto alla generalità, i regolamenti sono rivolti ad una pluralità indistinta di destinatari; questa caratteristica è affine agli atti amministrativi generali con la differenza che questi ultimi annoverano solo a priori destinatari indeterminati, che saranno però individuabili in un momento successivo.

Riguardo l'astrattezza, i regolamenti non disciplinano un caso specifico ma contengono disposizioni normative applicabili ripetutamente a diversi casi concreti. Il regolamento è altresì innovativo; al pari di ogni fonte del diritto, i regolamenti sono destinati a modificare definitivamente l'ordinamento giuridico e hanno dunque una portata di gran lunga più incisiva di un mero provvedimento amministrativo, pur se solamente attuativi o integrativi di norme di legge. Dalla qualificazione di un atto come regolamento derivano ampie e rilevanti conseguenze pratiche.

Innanzitutto, ad essi si applicherà il principio "iura novit curia" nonché il brocardo "ignorantia legis non excusat"; inoltre, sul piano degli effetti, l'inosservanza di un regolamento da parte della pubblica amministrazione dà luogo alla illegittimità del provvedimento adottato; al contempo, l'inosservanza del regolamento da parte del giudice dà adito al ricorso in cassazione. Riguardo l'interpretazione, si applicheranno i criteri di cui all'art. 12 delle preleggi, mentre, per quanto attiene alla formazione, è necessario che venga seguito un preciso iter procedimentale ai sensi della legge 400/88. La legge 241/90 ha, invece, uniformato la disciplina dei regolamenti a quella degli atti amministrativi generali, quanto all'esonero dall'obbligo di motivazione, alla non applicabilità delle garanzie partecipative nonché ai limiti all'accesso.

La natura ibrida del regolamento ha evidenti risvolti sotto il profilo della tutela giurisdizionale, nei casi di rilevata illegittimità.

Un primo problema attiene al sindacato operato dalla **Corte Costituzionale** ai sensi e per gli effetti dell'art. 134 Cost. La norma è chiara nel limitare il sindacato costituzionale alle sole fonti di rango primario, con esclusione delle fonti secondarie e, dunque, dei regolamenti. Secondo la giurisprudenza, ciò è imposto in ragione del principio per il quale la Corte Costituzionale è giudice delle leggi e non della costituzionalità. Secondo taluni, sarebbe ammissibile un controllo di costituzionalità delle fonti secondarie in via indiretta; ove la legge, sulla quale si fonda il regolamento, non ne abbia determinato il contenuto minimo, l'incostituzionalità della stessa si estenderà al regolamento. Per altri, il sindacato di costituzionalità potrebbe essere ammesso unicamente per i regolamenti delegati in quanto essi, apportando modifiche alla legge, ne assumerebbero la medesima efficacia sostanziale.

L'unico controllo pacificamente ammissibile attiene, invece, al sindacato che la Corte Costituzionale opera riguardo il conflitto di attribuzione tra Stato e Regioni nell'adozione dei rispettivi regolamenti. Dinnanzi **al giudice ordinario**, invece, è pacifico che, nel corso di un giudizio avente ad oggetto diritti soggettivi, ove il regolamento costituisca un presupposto, il giudice ordinario possa disapplicarlo in virtù del combinato disposto degli artt. 4 e 5 della L.A.C., pur senza che tale statuizione acquisisca valenza di giudicato. La dottrina tradizionale, forte del carattere soggettivamente amministrativo del regolamento, ha ritenuto che anche il giudice amministrativo possa sindacare il regolamento. Secondo questa tesi, alla luce della natura caducatoria del giudizio amministrativo, il giudice potrebbe esercitare il potere di annullamento al pari di quanto accade per il provvedimento amministrativo.

È opportuno specificare, però, che non tutti i regolamenti si considerano direttamente impugnabili. All'uopo, la dottrina distingue **i regolamenti volizione-preliminare** dai **regolamenti volizione-azione**. I primi sono caratterizzati da profili di piena generalità e astrattezza cosicché, non risultando immediatamente lesivi, non saranno direttamente impugnabili. La lesione diverrà, infatti, attuale unicamente con il provvedimento attuativo, che sarà impugnabile dinnanzi al giudice amministrativo. Qualora, però, il provvedimento mutui un vizio del regolamento, il ricorrente dovrà compiere un'impugnazione congiunta, affinché non venga reiterata l'illegittimità attraverso l'adozione di un nuovo provvedimento conforme ad un regolamento illegittimo. I regolamenti volizione-azione, invece, possiedono un contenuto prescrittivo immediatamente lesivo, tale che risulti necessaria l'impugnazione diretta senza attendere l'approvazione di provvedimenti attuativi o derivati. Anzi, qualora il regolamento non venga immediatamente impugnato, sarà preclusa l'impugnazione dei relativi provvedimenti attuativi, salvo qualora essi siano affetti da vizi propri. Questa diversa disciplina si ripercuote sul dies a quo dell'azione di annullamento: per i regolamenti volizione-preliminare decorrerà dal giorno in cui si ha conoscenza del provvedimento lesivo derivativo; per i regolamenti volizione-azione, dal giorno della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale o in altro supporto previsto dalla legge.

Il Consiglio di Stato ritiene che, in deroga alla valenza relativa del giudicato, la sentenza di annullamento del regolamento sia efficace ex tunc ed erga omnes. Le ragioni del superamento dei limiti soggettivi del giudicato attengono, in primo luogo, alla indeterminatezza dei destinatari e alla indivisibilità degli effetti del regolamento: se il regolamento ha valenza e rilevanza generale, ne segue che anche il relativo annullamento dovrà produrre gli stessi effetti. Inoltre, l'annullamento erga omnes è necessario al fine di salvaguardare il principio di certezza del diritto posto che il regolamento ha un contenuto sostanzialmente normativo; a ciò segue la salvaguardia dell'unità dell'ordinamento giuridico sotto il profilo della disciplina delle fonti del diritto. Inoltre, il D.p.r. 1191/71 prevede espressamente che, in caso di annullamento degli atti normativi, se ne dia

pubblicità nelle medesime forme in cui si è data pubblicità all'atto annullato; norma che giustifica e dà inevitabilmente atto degli effetti erga omnes dell'annullamento.

Si è a lungo discusso circa la possibilità che il giudice amministrativo disapplichi i regolamenti non ritualmente impugnati. La tesi ostile si fonda sull'assunto in base al quale il potere di disapplicazione sia previsto unicamente in favore del giudice ordinario e che, invece, non esista una norma analoga riguardo la giurisdizione amministrativa. Si aggiunge, inoltre, la non estendibilità analogica della disciplina della L.A.C. al giudice amministrativo, con l'unica eccezione della giurisdizione esclusiva qualora egli sia chiamato a sindacare la violazione dei diritti soggettivi. Inoltre, si sostiene che assicurando tale potere al giudice amministrativo, il ricorrente potrebbe eludere gli ordinari termini di impugnazione dei provvedimenti amministrativi e dei regolamenti presupposti o direttamente lesivi, confidando nella disapplicazione che il giudice amministrativo potrebbe compiere in ogni tempo. Si sostiene, altresì, che la disapplicazione contrasterebbe con il principio della domanda e della certezza del diritto posto che, da un lato, il giudice amministrativo potrebbe sindacare il regolamento pur senza che ne siano stati enucleati i vizi nel ricorso; dall'altro, la disapplicazione decreterebbe l'ultravigenza di altri provvedimenti attuativi ancorché sia illegittimo il regolamento.

Altra tesi, invece, appare favorevole alla disapplicazione, auspicando un ampliamento del controllo di legittimità sugli atti normativi. La tesi muove dal rifiuto di ogni equiparazione del regolamento al provvedimento amministrativo poiché esso, lungi dall'essere soggetto all'annullamento, è sottoposto, quale fonte del diritto, al principio "iura novit curia" e al rispetto della gerarchia delle fonti. In base a questi principi, il giudice è chiamato a conoscere ogni disposizione normativa e, per tale ragione, a non applicare la norma che, risultando in contrasto con la legge, sia illegittima. Non si tratterebbe di disapplicazione, quindi, quanto di inapplicabilità. L'orientamento in parola, inoltre, trae linfa dall'ordinamento comunitario: in forza della primazia del diritto comunitario sul diritto interno, non solo la legge ma anche il regolamento che sia in contrasto con le norme dell'Unione Europea deve essere suscettibile di disapplicazione.

La tesi in parola si fonda, altresì, sul rilievo del dato normativo di cui agli artt. 4 e 5 L.A.C; si ritiene, infatti, che tali norme abbiano portata generale e che siano quindi estendibili al giudice amministrativo in ragione dell'assunto secondo il quale tale potere non fu esteso al giudice amministrativo semplicemente in ragione del fatto che, all'epoca dell'approvazione della L.A.C., egli non era ancora preposto alla tutela degli interessi legittimi. Circa la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, si afferma che la disapplicazione derivi in ogni caso dai motivi esposti nel ricorso del privato; riguardo invece la certezza del diritto, la disapplicazione risponderebbe alla funzione nomofilattica riconosciuta al giudice amministrativo e sarebbe volta ad indurre l'intervento della pubblica amministrazione in via di autotutela.

Direttamente connessa alla tutela giurisdizionale contro i regolamenti illegittimi, è la problematica dell'individuazione dei **controinteressati**. Secondo la giurisprudenza amministrativa, i controinteressati sono coloro i quali siano titolari di una posizione giuridica di vantaggio che dipenda dal provvedimento impugnato nonché coloro che siano nominati nell'atto stesso ovvero che siano facilmente individuabili. Nell'ottica dell'impugnazione volta ad ottenere l'annullamento del regolamento, sia esso direttamente lesivo o ricorribile con lo strumento della doppia impugnazione, sarebbe applicabile l'art. 41 c.p.a., il quale prescrive che il ricorso debba essere notificato all'amministrazione che lo ha emesso nonché ai controinteressati che dall'atto traggano vantaggio.

La tesi maggioritaria ritiene, però, che, in virtù della natura normativa dell'atto, non sia possibile né semplice addivenire all'individuazione di controinteressati. Talune sporadiche pronunce, hanno invece ritenuto che, nei casi di regolamenti direttamente applicabili al caso concreto, possano essere

rinvenute posizioni contrapposte rispetto a quella del ricorrente. Alla luce della prevedibile presenza di controinteressati, quindi, l'annullamento con effetto erga omnes potrebbe comportare una lesione degli interessi dei quali essi siano titolari, con la possibilità eventuale che l'annullamento determini anche la caducazione degli atti applicativi favorevoli a soggetti non intervenuti in giudizio e, dunque, terzi rispetto alle parti in causa. Dovrebbe, quindi, ritenersi preferibile la disapplicazione ovvero un annullamento che non abbia efficacia erga omnes; altrimenti opinando, al fine di prevenire una caducazione pregiudizievole, il controinteressato potrà tutelare il proprio interesse proponendo ricorso incidentale ex art. 42 c.p.a., avanzando domande che siano dipendenti da quella principale o giovandosi della disciplina dei motivi aggiunti di cui all'art. 43 c.p.a. Questo strumento processuale, quindi, potrebbe contrastare l'annullamento erga omnes dei regolamenti volizione-azione, ossia direttamente applicabili.

Per ciò che attiene, invece, ai regolamenti volizione-preliminare, ossia presupposti al provvedimento lesivo, è possibile configurare due distinte ipotesi. Il primo caso è quello della cosiddetta "antipatia", ossia il caso in cui un provvedimento sia difforme da un regolamento illegittimo. In tal caso, in base alla tesi dell'annullamento, il giudice dovrebbe annullare il provvedimento impugnato poiché esso è difforme al regolamento, a prescindere dal fatto che sia conforme alla legge.

In questo frangente, il ruolo del controinteressato risulta determinante non solo al fine di salvaguardare il proprio contrapposto interesse ma anche, nell'ottica del controllo di legittimità del regolamento, a tutelare l'ordinamento giuridico dall'ipotesi di antinomia tra norme. Il controinteressato, infatti, attraverso il ricorso incidentale potrebbe domandare al giudice amministrativo il sindacato sull'atto presupposto, ossia sul regolamento. Va, di certo, sottolineato che l'impugnazione incidentale dell'atto presupposto, quale il regolamento illegittimo, costituisce un'opzione interpretativa e non è dunque espressamente contemplato dall'art. 41 c.p.a. Il ricorso incidentale in parola sarebbe proponibile anche da altra pubblica amministrazione, se diversa da quella che ha emanato il regolamento; viceversa, la pubblica amministrazione potrà agire in autotutela. Qualora né il controinteressato né la pubblica amministrazione prendano posizione, il giudice amministrativo sarà costretto ad annullare il provvedimento, a discapito di qualunque forma di coerenza normativa e producendo, paradossalmente, la primazia di un regolamento illegittimo sulla legge.

Il secondo caso, invece, attiene alla cosiddetta "simpatia", ossia ad un provvedimento conforme ad un regolamento illegittimo. In tal caso, il giudice dovrebbe rigettare il ricorso avverso il provvedimento, salvo che il ricorrente non compia la doppia impugnazione. In quest'ultimo caso il controinteressato, potrà pacificamente utilizzare lo strumento del ricorso incidentale. Qualora il terzo non sia identificato quale controinteressato attraverso la notifica del ricorso principale, potrà comunque giovare della disciplina di cui all'art. 49 c.p.a., attinente alla integrazione del contraddittorio su ordine del giudice.

Qualora si aderisca alla tesi della disapplicazione del regolamento non ritualmente impugnato, la presenza di controinteressati e il relativo ricorso incidentale assumeranno un rilievo certamente ridotto posto che il giudice potrà sindacare in ogni tempo la legittimità del regolamento, ancorché non impugnato. In questo caso, i controinteressati non risulterebbero direttamente lesi, in quanto, al contrario dell'annullamento, la disapplicazione sarà circoscritta al giudizio in corso, salvo per ciò che attenga al provvedimento attuativo impugnato, rispetto al quale il controinteressato potrebbe avere interesse alla sua ultravigenza. Per questa ragione, solo rispetto a quest'ultimo, il controinteressato potrebbe avanzare ricorso incidentale posto che, in caso di annullamento a seguito di disapplicazione, la pubblica amministrazione non potrà reiterare il provvedimento attuativo per carenza di potere.

Tornando al caso dell'annullamento, la difficoltà di individuare i controinteressati nel giudizio di impugnazione di un regolamento, non esclude che solamente all'atto della sentenza, soggetti terzi lamentino un pregiudizio derivante dalla pronuncia. Ammettere il ricorso per l'annullamento del regolamento volizione-azione o a mezzo di doppia impugnazione, significa ammettere anche che i terzi possano far valere le proprie rimostranze, nel caso in cui siano rimasti estranei alla lite. In tal caso, il terzo potrebbe accedere allo strumento della opposizione di terzo ex art. 108 c.p.a. (codice del processo amministrativo). L'articolo in parola dispone che, attraverso tale strumento processuale, un terzo possa contrastare gli effetti pregiudizievoli di una sentenza adottata inter alios, anche nel caso in cui si sia formato il giudicato. L'art. 108 c.p.a., nella versione antecedente alla riforma del 2011, richiedeva che i terzi fossero titolari di una posizione autonoma e incompatibile rispetto all'interesse del ricorrente. Per questa ragione, parte della giurisprudenza riteneva che il terzo non potesse presentare opposizione riguardo le sentenze di annullamento di regolamenti e atti amministrativi generali in ragione del fatto che non sia stato già in primo grado ritenuto controinteressato e quindi titolare di una posizione specifica di vantaggio. Per quanto riguarda la dottrina, una parte di essa riteneva, di contro, che non fosse possibile negare l'opposizione del terzo solamente in ragione della tipologia di atto impugnato: il semplice fatto che l'atto attribuisca una utilità ad un terzo consente di individuare un interesse giuridicamente qualificato. Senza contare che, nel 2011, è stato espunto l'inciso "terzo titolare di una posizione autonoma e incompatibile", allineando la disposizione di cui all'art. 108 c.p.a. all'art. 404 c.p.c. in base al quale l'opposizione di terzo risulta ammissibile in tutti i casi in cui egli subisca un pregiudizio ai propri interessi. L'esigenza fondamentale risiede, dunque, nel salvaguardare il terzo dal pregiudizio che possa derivargli dalla sentenza emessa all'esito di un procedimento del quale egli poteva o doveva essere parte.

L'ampliamento operato riguardo l'opposizione di terzo permetterebbe, dunque, di contrastare gli effetti di una sentenza avente ad oggetto un regolamento illegittimo, altresì da parte di terzi non facilmente identificabili, come nel caso di specie. La giurisprudenza amministrativa, infatti, ammette che per terzi si intendano non solo i controinteressati pretermessi ma anche quelli non facilmente identificabili; ovvero quelli sopravvenuti e beneficiari di un atto consequenziale, quanto una sentenza abbia annullato un atto presupposto a seguito di un giudizio in cui siano rimasti estranei; ovvero, ancora, i terzi titolari di posizioni incompatibili rispetto alla parte ricorrente. Per altra parte della dottrina, invece, la legittimazione all'opposizione di terzo riguarderebbe solamente il caso dell'annullamento di un regolamento presupposto, in forza del quale ne sia derivata la caducazione di un provvedimento favorevole al terzo. L'opposizione di terzo sarebbe, in questo caso, giustificata dall'effetto che tale annullamento produce. Non bisogna, però, dimenticare che la giurisprudenza, ormai pacificamente, ritiene che l'annullamento del regolamento abbia efficacia erga omnes e non unicamente inter alios, per tale ragione si può sostenere che la decisione sui regolamenti si configuri quale giurisdizione di diritto oggettivo, intesa a valutare la legittimità dell'atto più che la tutela delle posizioni giuridiche soggettive. In questa ottica, il terzo sarebbe destinatario diretto della pronuncia poiché essa valicherebbe i limiti soggettivi di un normale giudicato, al pari di quanto avviene nel giudizio di costituzionalità; altrimenti opinando, si rischierebbe di ottenere giudicati contrastanti e incompatibili, nonostante l'indivisibilità dell'atto normativo, a discapito della certezza e della stabilità della decisione.

Sul punto, parte della dottrina ha sostenuto che il giudizio in questione possa comunque abilitare i terzi a presentare opposizione alla sentenza di annullamento non in quanto titolari di una posizione giuridica soggettiva ma quali legittimati processualmente ad investire il giudice di un controllo pari a quello compiuto dalla Corte Costituzionale in merito alla legittimità delle norme di legge.

I problemi che il regolamento innesca sotto il profilo processuale dipendono dalla natura ibrida dello stesso. Ritenendo, però, fondamentale la natura sostanzialmente normativa del regolamento appare più opportuno ammettere un sindacato pieno e diretto da parte del giudice amministrativo, che operi nell'ambito di una giurisdizione di tipo oggettivo, improntata sulla risoluzione dell'antinomia tra le norme. In questa ottica, l'annullamento con efficacia erga omnes può ritenersi lo strumento più adatto a salvaguardare la certezza e l'unità dell'ordinamento giuridico; non esisterebbe, dunque, terzi o controinteressati poiché il giudizio assumerebbe le forme di un vero e proprio sindacato di legittimità su un atto normativo, ove l'annullamento non avrebbe gli stessi fini dell'annullamento di un provvedimento amministrativo quanto, invece, quelli di un annullamento compiuto in sede di giudizio di costituzionalità. Pur volendo, invece, ammettere la disapplicazione del regolamento o un annullamento privo di effetti erga omnes, a salvaguardia dei controinteressati, bisognerebbe sottolineare che questa scelta non sarebbe sufficiente al fine di soddisfare l'interesse generale alla legittimità degli atti normativi; si tratta della stessa logica sottesa alla disapplicazione di una norma di legge in contrasto con le norme comunitarie cui, infatti, solitamente consegue un giudizio di legittimità costituzionale

21. Le fonti delle associazioni

a) Contratti collettivi di lavoro: il contratto collettivo, dopo il processo di “privatizzazione” del pubblico impiego, è divenuto fonte regolativa dei rapporti di lavoro con le P.A. La contrattazione collettiva aveva competenza generale (“può svolgersi su tutte le materie relative al rapporto di lavoro e alle relazioni sindacali”), ma recenti interventi normativi hanno stabilito che una serie di oggetti devono essere necessariamente disciplinati dalla legge. Il contratto collettivo nel settore pubblico è inderogabile dal contratto di lavoro individuale ed è efficace erga omnes.

La disciplina del contratto collettivo presenta sostanziali differenze a seconda che si prenda in esame il settore pubblico o privato: il contratto collettivo che regola il rapporto di lavoro privato è un contratto di “diritto comune”, espressione di autonomia privata collettiva.

Il contratto collettivo che regola i rapporti di lavoro alle dipendenze delle P.A. presenta i requisiti tipici di una fonte normativa (piuttosto che di una fonte negoziale): è efficace erga omnes e resiste alla forza abrogativa ordinaria di una fonte-atto; è adottato dall'esito di una procedura disciplinata dalla legge ed è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale. La dottrina e la giurisprudenza più diffuse non attribuiscono a questo contratto collettivo la natura di fonte del diritto, ma quella di atto negoziale espressione di autonomia privata collettiva.

b) Norme deontologiche: il potere di emanare norme deontologiche coercitive e strumentali all'esercizio del potere disciplinare è una delle più tipiche espressioni dell'autonomia degli enti pubblici associativi, in particolare degli ordini professionali. Per rendere azionabile tale potere, sono necessarie delle norme-parametro rispetto alle quali valutare la congruenza dei comportamenti degli associati, al fine di irrogare le eventuali sanzioni. Le norme deontologiche indicano gli obblighi che devono essere rispettati nell'esercizio di una professione.

Sia il potere disciplinare che il potere di adottare codici deontologici sono attribuiti dalla legge: si intende tutelare non solo l'interesse dei terzi che entrano in contatto con l'ente e quello dell'ente stesso, ma anche l'interesse pubblico a che professioni importanti per la collettività siano svolte in modo corretto.

22. Norme tecniche

Le fonti legislative fanno spesso rinvio a regole di carattere tecnico e a standard, in ragione della necessità di adeguare la produzione legislativa alle molteplici esigenze di una società altamente tecnologizzata.

Prima la definizione delle norme tecniche era rimessa a enti pubblici nazionali (per lo più di carattere associativo) Si è poi avuto uno spostamento della produzione di norme tecniche ad associazioni, enti privati e organismi non governativi (come l'ISO, volto a creare in vari settori un "alfabeto comune" degli scambi a livello mondiale).

Le modalità attraverso le quali le norme tecniche acquistano rilievo giuridico nell'ordinamento sono molteplici: talvolta le leggi statuiscono l'obbligatorietà di determinate norme o principi tecnici previa apposita "omologazione" (cioè verificandone la compatibilità con i principi generali dell'ordinamento). In altre ipotesi le leggi delegano un organismo di normazione privato (es UNI) alla formulazione di norme tecniche sulla base di principi individuati dalla legge, orientandone perciò l'attività al fine di ottenere la garanzia di interesse generale. Infine una diffusa modalità è quella del "rinvio" a norme tecniche di origine extralegislativa (si pensi ai frequenti rinvii legislativi alle norme ISO o UNI).

23. I Piani Regolatori

La pianificazione urbanistica, secondo la definizione di Astengo, "ha come caratteristica peculiare quella di proporre in una visione globale, rapportata a un arco di tempo definito, breve o lungo che sia, quelle soluzioni di distribuzione spaziale degli interventi sul territorio e di organizzazione dei relativi strumenti strutturali, che non solo risponda e soddisfi i bisogni degli utenti per il quale il piano è predisposto, ma che si dimostri compatibile con lo sviluppo economico, tanto esistente che potenziale. In questo senso la pianificazione urbanistica è frutto delle varie soluzioni a diversi strati e livelli, tanto spaziali quanto economici e sociali"

La pianificazione urbanistica, intesa in questo senso, trae origine, sebbene in modo programmatico o indiretto, da numerose norme della Costituzione. Fra le tante, l'art. 2 Cost. (la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità) e in secundis l'art. 5 Cost. (la Repubblica [...] riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento); il combinato disposto di tali norme, come già evidenziato dall'Astengo, dà rilievo ad un principio, probabilmente non adeguatamente analizzato, quale è quello della corrispondenza della struttura giuridica della Repubblica alla reale struttura sociale.

L'art. 2 Cost., infatti, pone in tutta evidenza la sussistenza di un dovere giuridico in capo alla P.A. di strutturare il territorio secondo il suo assetto naturale, cioè secondo il contesto sociale, politico ed economico del gruppo; mentre per l'art. 5 Cost., si riconosce e si assume da parte dello Stato, l'impegno di promuovere le autonomie locali. Sebbene tali norme abbiano un contenuto meramente programmatico e, quindi generale, non si può escluderne del tutto la cogenza. Esse, infatti, hanno una immediata efficacia vincolante laddove non sia stata posta la riserva di legge ed in quanto costituiscano in capo allo Stato l'obbligo di adeguare la sua struttura a dette formazioni locali, attraverso la modificazione dell'ordinamento positivo.

Spettano, dunque, alla pianificazione urbanistica, compiti di controllo e di indirizzo delle trasformazioni del territorio. Essa assolve questo compito attraverso un insieme di disposizioni inserite in strumenti urbanistici o piani, aventi in parte natura normativa ed in parte provvedimentale. A tal fine, lo strumento più idoneo, previsto dalla legislazione urbanistica, è **l'istituto del piano regolatore**. Esso ha origini di vecchia data, perché già previsto nel nostro ordinamento dalla L. 25 giugno 1865, n. 2359, che introdusse, seppur in via embrionale, l'istituto

dei piani urbanistici, articolandoli in due tipi: i piani regolatori ed i piani di ampliamento, diretti i primi a riorganizzare l'abitato esistente, i secondi a disciplinarne correttamente l'espansione.

La vigente legislazione urbanistica ha trovato un caposaldo imprescindibile nella L. 17 agosto 1942, n. 1150. Si tratta di una legge forse troppo avanzata per i suoi tempi, improntata ad un modello "razionalistico", che porta a considerare in modo globale l'intero territorio nazionale. La L.U. del 1942 ha introdotto, infatti, una disciplina unitaria ed articolata della materia, con la regolamentazione dell'attività urbanistica divisa in grande pianificazione (**piani regolatori generali e piani particolareggiati**) con caratteri di coattività, da attuarsi anche mediante espropri di aree, ed in piccola pianificazione, non coattiva, di tipo regolamentare, da attuare attraverso i programmi di fabbricazione.

Le caratteristiche fondamentali della L.U. del 1942 possono essere ricondotte essenzialmente a tre:

- a) la previsione di una sequenza gradualistica di piani, secondo il modello della cd. "pianificazione a cascata" o "piramide rovesciata";
- b) un rigido vincolo gerarchico tra i piani medesimi;
- c) la sostanziale "atemporalità" della pianificazione.

Si tratta in altre parole di una legge nella quale ad una precisa gerarchia dei "piani" corrisponde un'altrettanta chiara gerarchia di "interessi", nel senso che l'interesse, espressione di una dimensione territoriale più ampia, prevale su altri di dimensione più "locale". Elemento cardine della disciplina urbanistica delineata dalla L. n. 1150/1942 è il **Piano Regolatore Generale (d'ora in poi P.R.G.)**.

Il P.R.G., definito dalla L. n. 1150/1942, è lo strumento che disciplina l'assetto dell'incremento edilizio e lo sviluppo in generale del territorio comunale. Esso è, quindi, finalizzato ad assicurare la migliore composizione urbanistica dei singoli insediamenti e ad indicare la futura configurazione del territorio comunale, fissando le norme e le prescrizioni necessarie per attuare detti scopi, in relazione alle peculiari condizioni dell'ambiente ed alle esigenze della popolazione. La disciplina, rectius, il contenuto essenziale del P.R.G. è indicato dall'art. 7 della L.U. n. 1150 del 1942, come modificato dall'art. 1 della Legge 19 novembre 1968, n. 1187, e si identifica in previsioni di localizzazione e previsioni di zonizzazione.

Per quanto riguarda **le localizzazioni**, lo strumento deve contenere:

1. la localizzazione della rete delle principali vie di comunicazione stradali, ferroviarie e navigabili e dei relativi impianti;
2. le aree destinate a formare spazi di uso pubblico (ad esempio un parco pubblico) o sottoposte a speciali servitù (ad esempio aree limitrofe ad un aeroporto, nelle quali le costruzioni non possono superare una certa altezza);
3. le aree da riservare ad edifici pubblici o di uso pubblico nonché ad opere ed impianti di interesse collettivo o sociale;

Per quanto riguarda, invece, **le zonizzazioni**, lo strumento deve contenere:

1. la divisione in zone del territorio comunale con la precisazione delle zone destinate all'espansione dell'aggregato urbano e la determinazione dei vincoli e dei caratteri da osservare in ciascuna zona;

2. l'indicazione dei vincoli da osservare nelle zone a carattere storico, ambientale, paesistico;
3. la ricognizione del patrimonio edilizio -urbanistico da recuperare (ex. art. 27 della legge 5 agosto 1978, n.457), con individuazione delle zone degradate in cui si rendono opportuni interventi di conservazione, risanamento e ricostruzione (la cui esecuzione avverrà attraverso i cd. piani di recupero);
4. la definizione delle norme per l'attuazione del piano.

A ben vedere, le localizzazioni, come indicate dall'art. 7, riguardano le opere pubbliche da eseguire in determinate aree, sia da parte dello stesso Comune che dello Stato o di altri enti pubblici; esse comportano l'individuazione delle opere di urbanizzazione primaria (strade e piazze, fognature e rete di fornitura dei servizi pubblici essenziali) e di urbanizzazione secondaria (scuole, ospedali, chiese, giardini ed edifici pubblici, mercati, etc.). In quanto pongono vincoli preordinati all'espropriazione, comportano l'inedificabilità dei suoli su cui andranno ad insistere le opere programmate. Le zonizzazioni, invece, consistono principalmente in divisioni del territorio comunale in grandi aree, rectius, zone omogenee – che normalmente investono il centro storico, gli insediamenti abitativi (su cui non è più possibile intervenire con ulteriori trasformazioni), le cosiddette zone di espansione, quelle a verde agricolo ovvero destinate a bellezze naturali paesistiche – caratterizzate dalla tipologia (caratteristiche tecniche costruttive) e dalla volumetria (densità edilizia) degli edifici.

Le zonizzazioni devono tenere conto, inoltre, degli standards stabiliti dalla legge ponte e dal D.M. 2 aprile 1968, ossia i limiti inderogabili (di altezza, di volumetria, di distanze) e di rapporti percentuali (per servizi pubblici, parcheggi ed attrezzature varie), che devono essere osservati dalle amministrazioni Comunali nella progettazione degli strumenti urbanistici.

Il P.R.G. si compone in genere di una relazione sulla struttura e sulla funzione di esso, che ne costituisce la motivazione e descrive la situazione geografica ed ambientale del territorio comunale; le esigenze economiche, demografiche e sociali della popolazione residente; i criteri che hanno ispirato la redazione del piano e gli scopi che esso intende perseguire. Consta, inoltre, di **una parte tavolare** consistente in una serie di planimetrie che ne inquadrano la posizione geografica, la zonizzazione generale e la zonizzazione specifica di aree con caratteristiche peculiari; e di una parte normativa che stabilisce i caratteri e le prescrizioni riguardanti ciascuna zona con specificazione degli interventi ammessi, degli indici di fabbricabilità e delle destinazioni d'uso consentite .

Il procedimento di formazione è sostanzialmente quello disciplinato dagli artt. 8 e ss. della legge n. 1150/1942 (con le modificazioni introdotte dalle leggi n. 765/1967, n. 1187/1968 e n. 136/1999), poiché le modifiche apportate dalle varie leggi regionali non intaccano le linee essenziali di esso. Sono pertanto previste **diverse fasi**, tra le quali,

quella attinente all'elaborazione tecnica dello schema del piano, eseguita direttamente dagli uffici tecnici dei Comuni, o come il più delle volte accade, demandata a progettisti esterni appositamente incaricati dalle amministrazioni comunali;

quella relativa all'acquisizione, sul progetto del piano, del parere della A.S.L competente per territorio al fine di verificare la compatibilità dei piani urbanistici e dei progetti di insediamenti industriali e di attività produttive in genere con le esigenze di tutela dell'ambiente sotto il profilo igienico -sanitario e di difesa della salute della popolazione e dei lavoratori interessati [ex. art. 20, lett. f) della legge 23 dicembre 1978, n. 833];

quella riguardante l'acquisizione, nei Comuni siti in zone dichiarate sismiche, del parere del competente ufficio tecnico regionale, al fine di verificare la compatibilità delle previsioni del

progetto di piano con le condizioni geomorfologiche del territorio. A tale scopo, l'ufficio tecnico regionale dovrà pronunciarsi entro 60 giorni dal ricevimento della richiesta della Amministrazione comunale; in caso di mancato riscontro entro il suddetto termine, il parere si presumerà essere negativo (art. 89 T.U. n. 380/2001) ;

quella concernente la delibera di adozione del piano emanata dal Consiglio comunale e la pubblicazione del piano adottato, mediante deposito nella segreteria comunale per la durata di 30 giorni consecutivi, durante i quali chiunque può prenderne visione.

Dell'avvenuto deposito deve essere data comunicazione mediante avviso affisso all'Albo pretorio .

Nell'ambito di un iter così complesso merita attenzione quella fase in cui, nei 30 giorni successivi a quelli previsti dalla legge per il deposito nella segreteria comunale, è data la possibilità agli interessati di fare eventuali **osservazioni**. Inizialmente, infatti, il ricorso all'istituto giuridico delle osservazioni era previsto solo per garantire la partecipazione degli Enti Locali, associazioni sindacali, istituzioni. Oggi, la più accreditata interpretazione estensiva riferita la secondo comma dell'art. 9 della L.U., oltre alle associazioni o enti espressamente indicati prevede che pure i privati cittadini diventino in un certo qual modo "soggetti attivi delle scelte della pianificazione urbanistica".

Secondo una giurisprudenza non troppo risalente, le osservazioni al piano regolatore hanno valore di semplici denunce ed in quanto tali non obbligano l'Amministrazione a pronunciarsi su di esse. Da un altro fondato orientamento dottrinale si è osservato che la previsione da parte della legge della pubblicazione del piano postula già di per sé l'apporto del privato al procedimento; apporto che rimarrebbe sostanzialmente vanificato ove non si riconoscesse l'obbligo dell'Amministrazione di prendere in considerazione le osservazioni presentate. Condizionata da questa tesi, la giurisprudenza amministrativa, pur mantenendo ferma la configurazione delle osservazioni come atti di denuncia, ha ripetutamente statuito che, quando l'Amministrazione, nel superiore interesse pubblico, decida di prendere in considerazione talune osservazioni al piano e si determina su di esse, incorre in eccesso di potere se trascuri di esaminare le rimanenti.

La fase immediatamente successiva a quella della presentazione delle osservazioni prevede che, laddove l'Amministrazione le abbia prese in esame, effettuata la necessaria istruttoria, essa assuma con deliberazione consiliare le proprie controdeduzioni che la prassi vuole, non debbano essere dettagliate.

Sulle osservazioni avanzate il Comune deve, poi, provvedere ed, eventualmente, apportare modifiche al piano adottato. Esse, però, non costituiscono vere e proprie varianti e, quindi, non richiedono apposita pubblicazione. Una volta superata tale fase, il P.R.G. è trasmesso all'organo regionale (o provinciale

delegato) competente per l'approvazione. Il suddetto organo, qualora siano in gioco interessi che travalichino la sfera comunale, può apportare modifiche al piano, ma soltanto in casi tassativi ed introducibili mediante una particolare procedura rivolta ad acquisire le deduzioni del Comune in ordine ad esse 16. Le proposte di modifica, ad eccezione di quelle riguardanti le osservazioni presentate al piano, sono comunicate al Comune, il quale entro novanta giorni adotta le proprie controdeduzioni con deliberazione del Consiglio comunale, che dovranno essere comunicate alla Regione o alla Provincia nei successivi 15 giorni. Occorre, nondimeno, evidenziare che vi sono ipotesi in cui le modifiche possono essere apportate direttamente dalla Regione, nei limiti e nei casi predeterminati specificamente dalla legge (art. 10, comma 2). Tuttavia, se in fase di approvazione del P.R.G. la Regione si determini per uno stralcio che, oltre a comportare una modifica sostanziale del piano, nella parte approvata, muti il piano nella sua totalità, ancorché lo stralcio sia effettuato ex

art. 10, comma 2, lett. c) L. U. n. 1150/1942, non basta sentire il parere del Comune in merito, ma è necessaria la reiterazione del l'intero procedimento di formazione del P.R.G .

A norma dell'art. 21 della Legge 30 aprile 1999, n. 136, l'approvazione degli strumenti urbanistici generali (e delle relative varianti), da parte della Regione o della Provincia, deve intervenire entro il termine perentorio di un anno dalla data del loro deposito, unitamente alla documentazione prescritta da parte dell'ente che li ha adottati. Il termine, inoltre, può essere interrotto una sola volta, per eventuale e motivata richiesta di integrazione documentale. Con l'approvazione del piano da parte degli organi preposti, il decreto di approvazione dello stesso viene pubblicato nella Gazzetta Ufficiale (oggi anche nel B.U.R.) e depositato, in copia, nella segreteria del Comune, affinché gli interessati possano prenderne visione per tutto il tempo della sua vigenza

La natura del piano regolatore generale nell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale .

Attualmente sembra, ormai, stemperata, in dottrina, la controversia individuazione del carattere propriamente normativo o regolamentare del P.R.G. In realtà, la natura giuridica del P.R.G., è stata oggetto di ampia discussione ed è rilevante in ordine agli aspetti del diritto amministrativo, per l'individuazione del momento di decorrenza dei termini di impugnazione e per quanto attiene alle conseguenze di carattere civilistico, in relazione ai possibili effetti normativi e di integrazione delle norme del codice civile alla pari dei regolamenti edilizi. Sotto il primo profilo, alcuni autori, infatti, hanno configurato il P.R.G. come atto di natura provvedimento a carattere generale, che , in quanto tale, non può produrre una lesione immediata e diretta delle posizioni di interesse del proprietario od altro soggetto interessato, proprio per la sua natura generale ed astratta, per cui il momento dell'impugnazione è ricondotto al tempo in cui si vengano a produrre effetti di pregiudizio concreto ed attuale. Altri, al contrario, ne affermavano la natura normativa, attribuendogli efficacia regolamentare, con effetti generali, con la conseguente possibilità di applicazione anche delle sanzioni civilistiche, ad esempio la demolizione ed il risarcimento del danno .

Non è mancato, inoltre, chi ne ha prospettato una natura mista, rilevando che le prescrizioni contenute nelle norme di attuazione, dirette a regolamentare i futuri interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia, pongono una disciplina astratta e come tali siano riconducibili allo schema della norma, mentre le prescrizioni contenute nelle localizzazioni e nelle zonizzazioni hanno un immediato effetto conformativo delle proprietà interessate ed hanno perciò natura provvedimento. All'interno della categoria di coloro che ritengono che il P.R.G sia un atto amministrativo, vi è una minoranza che lo considerava come atto semplice distinto in due fasi procedurali di competenza di due distinte autorità. La prima, di mera adozione dell'atto, spettante esclusivamente al Comune; la seconda, di controllo, devoluta alla Regione. Questa ultima operava come condizione sospensiva di efficacia rispetto alla prima. Oggi, viceversa, prevale la tesi secondo la quale **il P.R.G. sia un atto complesso**. Un provvedimento, in realtà, del tutto peculiare, innanzitutto perché posto in essere da due organi non su di un piano di perfetta parità (c.d. complessità diseguale ed esterna), in quanto appartenenti ad enti diversi; in secondo luogo perché, pur portatori di interessi diversi da contemperare, i due organi devono raggiungere un'uniformità di vedute. Il suddetto procedimento è sicuramente di carattere amministrativo, ma ciò non può ritenersi decisivo ai fini della qualificazione giuridica dell'atto quale provvedimento amministrativo.

Com'è noto, infatti, **il genus piani urbanistici si suddivide nelle due species degli strumenti urbanistici attuativi e, appunto, dei piani programmatici**. Riguardo ai primi (convenzioni di lottizzazione, piani particolareggiati, ecc.) mai nessuna seria obiezione, in ordine al loro contenuto tipicamente amministrativo, è stata posta in dottrina e giurisprudenza. In effetti, le caratteristiche di concretezza, attualità ed immediata incidenza, peculiari a questi ultimi, hanno indirizzato, senza

ombra di dubbio, gli studiosi verso una concezione provvedimentale degli stessi. Viceversa, per i piani urbanistici programmatici sono emersi i dubbi della dottrina, attesa la loro funzione di pianificazione del territorio in via generale ed astratta. In particolare fino a qualche tempo fa, non si dubitava della loro natura normativa anche in considerazione del formale procedimento di adozione che li caratterizzava. Tuttavia, dopo una serie di vicende giurisdizionali significative, si è posto in dubbio la loro qualificazione come atti normativi. Ad aprire una breccia nel suddetto orientamento tradizionale è stata in primo luogo la **nota sentenza della Corte costituzionale del 1968 n. 55**, che dichiarò l'illegittimità della legge fondamentale del 1942 a causa di una distorta prassi applicativa che essa aveva ingenerato; il legislatore, dal canto suo, stimolato da questa pronuncia, emanò la L. n. 1187/1968, introducendo all'art. 2 il principio della durata temporanea dei vincoli d'inedificabilità e di quelli preordinati all'espropriazione per la loro immediata incidenza negativa sulla sfera dei proprietari.

I due suddetti argomenti, accompagnati da un intenso lavoro della dottrina più evoluta, tesa a valorizzare il carattere prescrittivo concreto e conformativo del diritto di proprietà rispetto ai (sicuramente) presenti caratteri della generalità e dell'astrattezza tipici dell'atto normativo, fecero propendere per la natura

provvedimentale del P.R.G., proprio in considerazione della concreta capacità lesiva scaturente dai caratteri tipici di tale atto. Capacità lesiva diretta ed immediata, come previsto relativamente all'inedificabilità per previsione di opera pubblica o per vincolo ambientale o paesistico o per limiti di zona. Ciò implica, seppur in misura sensibilmente ridotta rispetto al passato (cfr. art. 9 del D.P.R. n. 327/2001), che tali vincoli, in quanto conformativi del diritto di proprietà, presentano un'immediata incidenza negativa sui suoli direttamente interessati, anche se non siano stati adottati nei termini o siano venuti a scadenza i piani attuativi (di iniziativa pubblica, ad esempio piani particolareggiati ovvero privata, ad esempio lottizzazioni convenzionate), che costituiscono lo strumento col quale essi si concretizzano e si puntualizzano. Tutto ciò, in definitiva, verrebbe ad avvalorare la tesi che esclude che il P.R.G. possa considerarsi, sotto il profilo contenutistico, di natura e portata esclusivamente normativa. In realtà, la giurisprudenza ne ammette l'immediata impugnativa, sia pure limitatamente ai vincoli imposti sulle aree private. Anzi, la generalizzazione delle c.d. "misure di salva guardia", che consentono al Comune di non rilasciare permessi di costruire che si presentino in contrasto con le prescrizioni del P.R.G., nell'arco temporale che va dalla sua adozione all'approvazione formale, comporta, come rovescio della medaglia, l'immediata impugnativa del cd. piano in itinere che si presenti solo potenzialmente lesivo del diritto di proprietà.

Cosicché, presentando prevalentemente la caratteristica della immediata impugnabilità, può affermarsi che oggettivamente il P.R.G. abbia le caratteristiche di atto amministrativo generale. La prevalenza della natura amministrativa del P.R.G. è confermata dal fatto che esso è uno strumento di pianificazione essenzialmente diretto dalla P.A., che deve essere, tuttavia, osservato dai cittadini per effetto di specifiche disposizioni di legge (ex. art. 11 L. U. ed art. 869 c.c.). Per quanto riguarda l'aspetto civilistico si ritiene comunemente che i piani regolatori siano parificabili, quanto ad efficacia normativa, ai regolamenti edilizi, anche per quanto riguarda gli effetti integrativi delle norme di buon vicinato contenute nel codice civile. Ne consegue che il P.R.G. può essere definito come atto a natura mista, con caratteri tuttavia prevalentemente di atto amministrativo.

Il piano regolatore comunale ha vigore a tempo indeterminato, cioè fino a quando non venga sostituito da un altro piano successivamente approvato, anche se i vincoli preordinati all'esproprio, imposti dal piano, hanno la durata di cinque anni. Non è pertanto ammissibile una delibera del Consiglio comunale di abrogazione del piano, né è prevista l'abrogazione per desuetudine, essendo demandata, invece, ai programmi pluriennali di attuazione, l'attuazione graduale del piano

medesimo. Lo strumento urbanistico generale del Comune, però, può essere eventualmente modificato, anche in maniera radicale, attraverso successive varianti. **Le varianti** sono, dunque, strumenti mediante i quali può procedersi ad una revisione del P.R.G., qualora si renda necessaria per sopravvenute ragioni che determinano la totale o parziale inattuabilità del piano medesimo o la convenienza di migliorarlo. Tali sopravvenute ragioni possono comprendere sia il verificarsi di circostanze non esistenti al momento della redazione del piano; sia ogni diversa giustificata valutazione di fatti o situazioni non considerati

dal piano. Le varianti possono essere finalizzate non soltanto a modificare le destinazioni di zona, ma possono anche modificare le prescrizioni o gli standards costruttivi. L'art. 25 della legge n. 47/1985 ha innovato rispetto all'art. 70 della L.U., in quanto ha abrogato la approvazione preventiva delle varianti ad opera della Regione. Lo stesso articolo, inoltre, ha demandato altresì alle Regioni la previsione normativa di procedure semplificate per l'approvazione degli strumenti attuativi in variante agli strumenti urbanistici generali. Deve ricordarsi, infine, che sono anche previste procedure di automatica variazione del piano e che, in alcune ipotesi, si riconosce che gli strumenti urbanistici attuativi costituiscono varianti implicite al P.R.G. 28

La pianificazione di attuazione: spunti ricostruttivi ed elementi di trasformazione .

Nel tradizionale sistema di qualificazione urbanistica, **per piano attuativo** s'intende il principale strumento con il quale si dà attuazione al P.R.G. (a sua volta orientato, nelle sue linee generali, dalla pianificazione di direttiva di ampio livello) ed è destinato a collocarsi, dunque, al livello più basso della piramide a tre gradi in cui si risolverebbe la pianificazione urbanistica del territorio. L'evoluzione della pianificazione di attuazione può essere ricondotta a **tre grandi fasi**, le quali probabilmente corrispondono a loro volta ad importanti momenti di sviluppo del sistema urbanistico più generale.

La prima fase, vigente la legge urbanistica, fu caratterizzata, come già accennato in precedenza, da un disegno di pianificazione "a cascata" o "a pioggia", nell'ambito del quale i piani attuativi si collocavano alla base della scala al cui vertice stava il piano di direttive e, immediatamente subordinato, il P.R.G. Il piano attuativo, infatti, era semplicemente uno strumento di mera attuazione e specificazione del P.R.G. Esso venne inteso e applicato, in effetti, come strumento di specificazione dell'assetto definito in via generale nel P.R.G., dal quale dipendeva in un rapporto di rigorosa gerarchia formale e sostanziale.

Questo fu, appunto, il significato del **piano particolareggiato**, la cui funzione avrebbe dovuto essere quella di tradurre nel dettaglio le previsioni generali oggetto del P.R.G. Anche **il piano di lottizzazione**, originariamente pensato come strumento di attuazione di secondo grado (cioè subordinato allo stesso piano particolareggiato) 3, ma al quale ben presto la giurisprudenza conferì la dignità di piano di attuazione al P.R.G., costituì semplice momento di attuazione del piano regolatore; anche se è vero che di esso venne accentuata fin da subito la funzione (accessoria dal punto di vista urbanistico, ma centrale, invece, dal punto di vista sostanziale e operativo) di consentire una soluzione concordata fra P.A. e privati all'assetto del territorio. Il potere comunale di pianificazione del territorio si esprimeva unitariamente ed integralmente nel P.R.G., al quale spettava di disegnare con precisione il futuro assetto del territorio, allocando su di esso, destinazioni, infrastrutture e vincoli. Il P.R.G. tutto può e deve prevedere; esso è destinato veramente a costituire, nelle intenzioni del legislatore, quello che fu definito il manuale d'uso del territorio comunale; mentre il piano particolareggiato non esprime,

rispetto al P.R.G., alcuna nuova scelta né localizzativa, né di destinazione e si esaurisce nella mera specificazione di quanto già definito, in tutti gli aspetti di sostanziale rilevanza, dal piano sovraordinato.

Se questo valse a livello astratto, come descritto nella formulazione originaria della L.U. del 1942, per quanto riguarda ciò che in concreto effettivamente accadde, occorre dire che le vicende concernenti la traduzione in pratica del disegno medesimo comportarono la crisi del piano attuativo, in particolar modo, di quello particolareggiato. Il P.R.G. si atteggiò a piano di dettaglio per molte parti del territorio; ciò rese, in pratica, inutile il piano attuativo. La scarsa propensione di molti Comuni italiani a produrre pianificazioni di dettaglio quando già la pianificazione generale era necessaria e sufficiente per procedere all'edificazione, fecero il resto. Cosicché di piani attuativi se ne adottarono assai pochi e, quei pochi, se possibile nelle forme del piano di lottizzazione, che si rendeva talvolta necessario per regolare rapporti di tipo contrattuale, piuttosto che nelle forme di un vero e proprio piano particolareggiato di dettaglio.

Che, poi, la crisi della pianificazione di attuazione si collegasse alla sua funzione di pianificazione di specificazione tout court delle previsioni di massima contenute nel P.R.G. è confermato con chiarezza dalla circostanza che il fenomeno non ha mai interessato, invece, il piano di lottizzazione la cui vera funzione, invero, non è tanto quella della mera attuazione delle previsioni generali del P.R.G., ma primariamente quella di suddividere fra pubblico e privati gli oneri della infrastutturazione del territorio, oltre che di consentire una definizione dell'assetto urbanistico tendenzialmente in linea con l'assetto proprietario.

La seconda fase è collocabile approssimativamente a partire dalla fine degli anni '60 e per tutti i due decenni successivi, Questo fu, indubbiamente, un periodo di forte vitalità per piani urbanistici di attuazione. Tale fortuna è addebitabile, sicuramente, all'introduzione di nuovi modelli di piano con specifica funzione per così dire **“settoriale”**. Si trattava di piani che univano all'obiettivo proprio di ciascun strumento urbanistico, cioè di programmare l'ordinato sviluppo di una parte del territorio, la finalità di favorire un determinato interesse pubblico settoriale; interesse estraneo, di per sé, alla materia urbanistica in quanto tale, ma che il legislatore intendeva perseguire utilizzando piani attuativi del P.R.G.

L'esempio probabilmente più rilevante è costituito dai piani di zona per l'edilizia economica e popolare (P.E.E.P.) previsti dalla legge n. 865/1971. Il loro rilievo si collegava, dal punto di vista fattuale, alla circostanza che la maggior parte degli investimenti pubblici nel settore dell'edilizia residenziale pubblica si collocava proprio nell'ambito di questo tipo di pianificazione attuativa. Dal punto di vista urbanistico, due elementi differenziavano i P.E.E.P. rispetto all'ordinaria pianificazione di attuazione, ossia, da un lato il carattere obbligatorio della loro formazione, dall'altro la possibilità che essi costituissero senz'altro variante al P.R.G., quando non si presentassero conformi a quest'ultimo. In questo modo i P.E.E.P. vennero effettivamente predisposti ed approvati non solo perché attraverso di essi necessariamente passavano gli investimenti pubblici di settore, ma anche perché la loro adozione era imposta dalla legge. Il procedimento per la loro approvazione era semplificato ed, eccezionalmente, non valeva per essi il rigido rapporto gerarchico fra gli strumenti pianificatori altrimenti operante nella relazione P.R.G. – piano di attuazione. Dal fenomeno, più generalmente inteso, si ricava l'impressione che il successo della pianificazione a sfondo settoriale, al contrario di quella di mera esecuzione, derivasse soprattutto dal fatto che essa tendeva a raggiungere un obiettivo specifico che trascendeva la mera pianificazione urbanistica. Fece, evidentemente da contro altare a questa situazione, la crisi della gerarchia dei piani. Non a caso la possibilità che il piano di attuazione potesse senz'altro modificare il P.R.G. si affermò dapprima proprio con riguardo ai P.E.E.P; solo successivamente la legge n. 47/1985 avrebbe generalizzato la rottura del principio di gerarchia tra piani attuativi e piano regolatore, assegnando alla legge regionale il compito di introdurre procedure semplificate per l'approvazione dei primi in variante al secondo. In queste vicende, si può dire che lo studio della pianificazione attuativa offre un illuminante spunto di lettura della più generale evoluzione del sistema urbanistico, notevolmente influenzata, da un lato, dall'esigenza sempre più forte di duttilità

nei contenuti dei vari strumenti urbanistici e nei loro rapporti reciproci e, dall'altro, dall'obiettivo di far convivere la dimensione più strettamente urbanistica del governo del territorio con la cura degli interessi settoriali.

Nella terza fase, collocabile a partire dai primi anni '90, lo strumento del piano attuativo, pur restando inserito nel contesto tradizionale del sistema pianificatorio urbanistico, finisce per costituire la leva per una trasformazione radicale della pianificazione urbanistica ed, in particolare, diventa strumento operativo della collaborazione fra soggetti pubblici e privati nella definizione dell'assetto del territorio

Da questo punto di vista si può dire che il modello in esame segna definitivamente la perdita del carattere "attuativo" al piano regolatore. I nuovi programmi possono, inoltre, interessare qualsiasi tipo di zona e, soprattutto, possono contemplare le più diverse tipologie di intervento e funzioni, in evidente superamento degli schemi tradizionali di zonizzazione territoriale e funzionale.

L'approvazione del programma presuppone, poi, che siano coinvolti più soggetti, pubblici e privati, i quali si impegnano a mettere a disposizione le risorse per la sua realizzazione. Nella specifica previsione del concorso dei privati e dei loro capitali, il nuovo modello urbanistico porta alle estreme conseguenze quel carattere negoziale già presente nel piano di lottizzazione. In questo senso, l'elemento di maggiore novità, che sembra effettivamente segnare l'inizio di una nuova fase della evoluzione della pianificazione attuativa e, più in generale, della pianificazione urbanistica, sembra legarsi in qualche modo alla centralità che acquista, nella nuova disciplina, la questione della concreta realizzazione del programma. Mentre, infatti, il carattere della elasticità delle previsioni e dei rapporti con la pianificazione generale si pone pur sempre in continuità con la tendenza in questo senso già emersa nella fase precedente e, sebbene la con sensualità connoti, quasi per tradizione, una parte importante della pianificazione urbanistica di attuazione, prima della novella del 1992 non era data la possibilità di individuare strumenti urbanistici nei quali la previsione della disponibilità delle risorse finanziarie necessarie per attuarli costituisse elemento necessario per la loro approvazione. Da tale circostanza discende il carattere di immediata operatività del programma, il quale assomiglia molto più ad un progetto operativo che ad un tradizionale piano urbanistico, cioè più ad una ipotesi che, una volta approvata, deve essere realizzata che ad una previsione la cui attuazione sia rimessa a decisioni future ed eventuali.

Il passaggio da un'urbanistica meramente disegnata ad un'urbanistica reale, come è stato efficacemente descritto, assume, poi, un rilievo speciale ove si consideri la combinazione fra questa nuova caratteristica di diretta operatività del piano e gli altri descritti caratteri sostanziali della capacità innovativa (anche rispetto al P.R.G.) e della negoziabilità.

Sotto il primo profilo, si deve considerare che il piano trascende la dimensione meramente "attuativa" per investire senz'altro contenuti di pianificazione generale, in virtù dell'attitudine delle sue previsioni a sostituire, comunque, qualsivoglia previsione del piano regolatore. Con la conseguenza che la ricordata immediata operatività finisce per riguardare, almeno potenzialmente, anche scelte urbanistiche essenziali, non solo di dettaglio o di attuazione, nella definizione dell'assetto urbano.

In secondo luogo, vanno considerati gli effetti che produce la combinazione del descritto carattere gestionale-operativo di questo tipo di programmi con il dato della loro spiccata negoziabilità. Sebbene, infatti, la scelta urbanistica continui a restare formalmente imputata all'Amministrazione, è evidente che la concretezza e immediatezza dell'impegno che i privati sono chiamati ad assumersi, inevitabilmente induce l'Amministrazione a ricercare in tutti i modi l'accordo con i privati interessati e rafforza notevolmente il peso del loro intervento nel processo decisionale.

Da questo punto di vista risulta ancor più evidente che il piano attuativo per avere successo debba essere orientato al perseguimento di uno scopo ulteriore rispetto a quello di mera specificazione delle previsioni del P.R.G. Se nella fase intermedia di sviluppo del “sistema” questa funzione, per così dire, “aggiuntiva” ha coinciso con interessi di settore di volta in volta individuati dal legislatore, anche per quanto riguarda i programmi integrati e di recupero degli anni '90, si può dire che, a determinarne il successo, più che la finalità urbanistica in senso stretto, è valsa la funzione di convogliare risorse pubbliche e private in vista di iniziative di forte interesse per gli operatori privati e di immediata e certa realizzazione. In altri termini, la funzione cd. aggiunta o ulteriore, rispetto alla mera pianificazione urbanistica, è stata, dunque, quella di far concorrere capitali pubblici e privati nella diretta realizzazione, *rectius*, programmazione di progetti insediativi di comune interesse.

L'ultimo approdo della pianificazione attuativa ha a che vedere con la recente trasformazione del P.R.G. Nei progetti di revisione del sistema urbanistico, infatti, come anticipato in alcune legislazioni regionali (si veda, ad esempio, la legge della Regione Umbria del 21 ottobre 1997, n. 31 come modificata dalla legge regionale del 30 agosto 2000, n. 34), si può riconoscere quello che può essere definito l'ultimo stadio di questa evoluzione. Come accennato, l'articolazione del P.R.G. è stata incorporata in due distinti livelli di intervento: un piano strutturale ed uno operativo, con l'obiettivo di superare la rigidità e la scarsa operatività dell'assetto tradizionale della pianificazione urbanistica del territorio comunale. L'idea generale, salve le diverse disposizioni regionali, è quella di riservare al piano strutturale la definizione, con previsioni di natura non direttamente conformativa della proprietà, delle linee strategiche di sviluppo del territorio e le direttive per la pianificazione operativa, individuando le unità di base e definendo i parametri di massima degli interventi insediativi, quanto a dimensioni, opere di urbanizzazione, funzioni, servizi. Al piano operativo, invece, spetterebbe l'onere di porre effettivamente le regole conformative. Esso, in pratica, costituisce lo strumento per la concreta realizzazione, tendenzialmente nell'arco del mandato di una certa amministrazione, di un progetto di intervento di un certo peso, del quale è previsto anche il finanziamento, paragonabile a quello previsto per i piani di intervento. Che lo strumento del piano operativo costituisca l'ultimo stadio della evoluzione del piano urbanistico di attuazione sembra essere confermato da più elementi. Certamente rileva il fatto che, come nella legislazione umbra, il rapporto fra piano operativo e piano strutturale si atteggia esplicitamente in maniera non troppo dissimile da quello intercorrente fra P.R.G. e piano particolareggiato: piano strutturale e piano operativo costituiscono in questi casi atti diversi, approvati con procedure diverse; il piano operativo è, almeno tendenzialmente, subordinato a quello strutturale, anche se non è molto chiaro se quest'ultimo sia totalmente privo di effetti conformativi.

Ciò che di nuovo, ancora va registrato, in quest'ultima fase di sviluppo della pianificazione urbanistica attuativa, è che alla conformazione dei piani operativi, si accompagna un nuovo modo di intendere lo stesso P.R.G.

Quest'ultimo, persa l'attitudine a disciplinare ogni elemento, anche il più minuto del futuro assetto del territorio, sembra, ormai, destinato a trasformarsi in uno strumento essenzialmente di indirizzo, recante le scelte strategiche di fondo dello sviluppo edilizio. Conseguenza di ciò sarebbe, tra l'altro, il venir meno della necessità che esso produca effetti direttamente vincolativi della proprietà. Si tratta, dunque, di sviluppi che, se per molti profili allontanano dal sistema di pianificazione urbanistica delineato dalla L.U. del 1942, tuttavia consentono di recuperare almeno un aspetto: la distinzione tra pianificazione generale e pianificazione attuativa.

Rapporti tra il piano regolatore generale ed i piani attuativi.

L'excursus storico precedentemente delineato va sicuramente a rafforzare l'impressione che la pianificazione urbanistica di attuazione, ove intesa come mera traduzione nel dettaglio delle scelte operate a monte dal P.R.G., non ha mai avuto successo. La causa, evidentemente, è da individuare nella scelta, operata in sede di prima applicazione della L.U. del 1942, di intendere il P.R.G. come un piano

centrale ed urbanisticamente autosufficiente, talché i piani di attuazione, a differenza di quest'ultimo, potevano esserci oppure no: a stretti fini di pianificazione urbanistica non erano necessari. La riprova di questa loro marginalità sta nel fatto che essi hanno avuto una sensibile "rivalutazione", allorché è stato loro attribuito un significato diverso da quello propriamente di pianificazione urbanistica.

Alla luce di ciò, la pianificazione urbanistica di attuazione può apparire la meno significativa nel contesto del sistema nel suo complesso ed, in particolare, meno rilevante, ai fini della definizione del disegno generale, sia del P.R.G., sia della pianificazione del livello di direttiva, destinata a definire le linee fondamentali di sviluppo di un territorio. Questo tipo di pianificazione ha avuto almeno un lato positivo e cioè una notevole capacità di trasformarsi e di corrispondere alle esigenze di volta in volta intervenute. Proprio per tale motivo non si può fare meno di ricordare come almeno inizialmente la L.U. prevedesse due piani attuativi a carattere generale: i piani particolareggiati (P.P.) ed i piani di lottizzazione (P.L.), che in alcune Regioni, assumono il nome di piani particolareggiati di iniziativa privata.

Essi, per la loro natura esecutiva, devono rispettare le disposizioni degli strumenti di pianificazione generale (cd. principio di conformità), ma varie disposizioni normative consentono ai piani attuativi di derogare, in casi particolari, al P.R.G.

Sorvolando sugli ulteriori strumenti urbanistici particolareggiati che affiancano alla funzione di pianificazione urbanistica di dettaglio di cui si è trattato ampiamente in precedenza, non si può prescindere dalla esposizione, seppur sommaria, **dei cd. piani particolareggiati**. Essi, danno una concreta e definita sistemazione alla struttura presente e futura dell'agglomerato edilizio. Generalmente affidati all'iniziativa del Comune, hanno, quindi, la essenziale funzione di precisare zona per zona, con opportuno dettaglio esecutivo, le indicazioni di aspetto e sviluppo urbanistico complessivo contenute nel piano regolatore, integrando eventualmente la disciplina di questo.

Vengono, infatti, redatti per limitate porzioni del territorio, al fine di attuare gradatamente e razionalmente le sistemazioni urbanistiche previste dal piano regolatore generale, nonché per conferire alle singole zone un assetto ed attrezzature rispondenti agli insediamenti stabiliti, nella prospettiva della realizzazione di un complesso urbanistico armonico. I piani particolareggiati, inoltre, possono essere utilizzati sia quando debba farsi luogo per la prima volta ad edificazione in zona non urbanizzata sia quando si debba edificare in zona che necessita di un potenziamento delle opere di urbanizzazione esistenti. Tali strumenti, quanto al contenuto, alla procedura di approvazione ed al termine di esecuzione, sono disciplinati dagli artt. 13 – 17 della L. U. del 1942. Tali norme, limitatamente alle norme riguardanti l'espropriazione, sono state abrogate dal T.U. in materia di espropriazione (D.P.R., 8 giugno 2001, n. 327). Le disposizioni del T.U. operano direttamente nei riguardi delle Regioni a statuto ordinario ed a statuto speciale fino a quando esse non si adeguino ai principi e alle norme fondamentali di cui allo stesso Testo Unico, nel rispetto dei termini previsti dai rispettivi statuti e dalle relative norme

di attuazione. Il procedimento formativo del piano particolareggiato segue abbastanza fedelmente quello visto a proposito del P.R.G. Sono pertanto previste diverse fasi, tra le quali, quella attinente all'elaborazione tecnica dello schema del piano, eseguita direttamente dagli uffici tecnici dei Comuni, o come il più delle volte accade, demandata a progettisti esterni appositamente incaricati

dalle Amministrazioni comunali; quella concernente la delibera di adozione del piano emanata dal Consiglio comunale. E' da notare che i piani particolareggiati nei quali siano ricompresi beni di interesse storico, artistico e paesistico debbono essere preventivamente sottoposti al parere delle competenti Soprintendenze ed al parere regionale per i beni ambientali 45. Segue, poi, la pubblicazione del piano adottato, mediante deposito nella segreteria comunale per la durata di 30 giorni consecutivi, durante i quali chiunque può prenderne visione, presentando osservazioni ed opposizioni al piano adottato.

Dell'avvenuto deposito deve essere data comunicazione mediante avviso affisso all'Albo pretorio.

L'approvazione in via definitiva, a norma dell'art. 22 della legge 30 aprile 1999, n. 136, deve intervenire nei 30 giorni successivi alla scadenza del termine per le osservazioni e le opposizioni, ma sono fatte salve le diverse scadenze e modalità previste dalle leggi regionali. La legge della Regione Umbria del 21 ottobre 1997, n. 31 come modificata dalla legge regionale del 30 agosto 2000, n. 34), non discostandosi dalla normativa generale, prevede che "la delibera di approvazione [...] fissa il tempo non superiore a dieci anni, entro il quale il piano attuativo deve essere attuato ed i termini entro cui dovranno essere compiute le relative espropriazioni. Decorso il termine fissato per l'attuazione del piano, lo stesso perde efficacia per la parte non attuata". Successivamente all'approvazione della delibera, essa deve essere depositata nella segreteria comunale e notificata ad ogni proprietario di immobili vincolati dal piano, mediante avviso affisso all'albo pretorio. La pubblicazione deve avvenire entro trenta giorni dall'approvazione (art. 22 L. 136/1999).

L'art. 24, 2 comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47 demanda, altresì, alle Regioni l'emanazione di norme cui i Comuni devono attenersi per l'approvazione degli strumenti attuativi, al fine di garantire la snellezza del procedimento e le necessarie forme di pubblicità e di partecipazione dei soggetti pubblici o privati. A tal fine la citata legge ha soppresso la necessità di approvazione regionale del piano particolareggiato sancita dalla precedente normativa statale, sebbene l'approvazione regionale rimanga quando siano in gioco aree e ambiti territoriali aventi interesse regionale. I Comuni, entro un termine (non superiore a dieci anni) entro il quale il piano dovrà essere attuato ed i termini entro cui dovranno essere compiute le relative espropriazioni; né può ritenersi trattarsi di termine fissato direttamente dalla legge, al momento che quello decennale è solo un termine massimo entro il quale deve essere predeterminato il momento finale di attuazione in relazione alla natura ed entità degli interventi previsti".

La precedente normativa statale prevedeva che i piani particolareggiati di esecuzione del piano regolatore generale, adottati, venissero presentati all'organo regionalmente competente e che la conseguente approvazione avvenisse nei 180 giorni successivi alla presentazione da parte dei Comuni. La Regione poteva introdurre nel piano le modifiche che fossero conseguenti all'accoglimento di osservazioni e di opposizioni ovvero fossero riconosciute indispensabili per assicurare: la osservanza del piano regolatore generale; la razionale e coordinata sistemazione delle opere e degli impianti di interesse regionale; la tutela del paesaggio e di complessi storici, monumentali, ambientali e archeologici; l'osservanza degli standards urbanistici ed in genere una dotazione di servizi e di spazi pubblici adeguati alle necessità della zona. Tali modifiche, inoltre, dovevano essere comunicate al Comune e questo avrebbe potuto controdedurre su di esse.

All'approvazione del piano segue, da parte dell'organo che vi ha proceduto, il rilascio dell'autorizzazione a lottizzare, da cui scaturisce la facoltà dei proprietari di chiedere il rilascio dei permessi di costruire necessari per dare esecuzione al progetto. Tale rilascio, però, è subordinato alla stipulazione della convenzione ed alla trascrizione della stessa nei registri immobiliari, a cura e spese del proprietario lottizzatore. L'attuazione del programma lottizzatorio è subordinata al rilascio del permesso di costruire, da parte dell'autorità comunale, e all'osservanza di tutta la disciplina

urbanistica vigente nella zona. L'approvazione di un piano di lottizzazione non comporta, però, un vero e proprio diritto, per i titolari dell'autorizzazione a lottizzare, ad ottenere il rilascio dei permessi di costruire per la costruzione di manufatti previsti dal piano. Invero, come affermato da una acclarata giurisprudenza, una nuova legge potrebbe introdurre limitazioni alla facoltà di edificare incompatibili con il piano di lottizzazione approvato e, per converso, un nuovo piano urbanistico comunale potrebbe introdurre una diversa disciplina, contrastante con le previsioni del piano di lottizzazione medesimo.

Quanto alle azioni esperibili nei confronti della P.A. in conseguenza del mancato rispetto delle obbligazioni assunte mediante convenzione di lottizzazione, deve ricordarsi che la Legge 241/ 1990 riserva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi conclusi tra una P.A. ed i soggetti interessati, al fine di determinare il contenuto discrezionale di un provvedimento finale ovvero, nei casi previsti dalla legge,

La convenzione di lottizzazione viene inquadrata dalla dottrina nella categoria dei contratti ad oggetto pubblico, caratterizzati dal fatto di disciplinare attività che e costituiscono funzioni pubbliche. Trattasi di un contratto unilaterale, non a prestazioni corrispettive, in quanto comporta l'assunzione di obbligazioni solo per il privato. Riguardo al contenuto della convenzione di lottizzazione si distingue una parte necessaria, concernente la pianificazione attuativa, non negoziabile, in quanto di stretta applicazione delle norme e delle previsioni della legge e del P.R.G.; una parte disponibile, concernente la determinazione dei modi e dei tempi esecutivi, suscettibile di accordi ricollegabili ad elementi di opportunità e convenienza.

In particolare la convenzione deve prevedere la cessione gratuita, da parte dei proprietari lottizzatori, delle aree necessarie per la realizzazione delle opere di urbanizzazione primarie e secondarie relative alle lottizzazioni; l'assunzione, come detto in precedenza, a carico dei proprietari medesimi, degli oneri finanziari per la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria, e di una quota -parte delle opere di urbanizzazione secondaria; i termini non superiori a 10 anni, entro cui i privati devono eseguire le opere a loro carico; congrue garanzie finanziarie o ipotecarie per l'adempimento degli obblighi derivanti dalla convenzione medesima.

Alcuni autori ritengono che il privato, allorché l'inadempimento dell'Amministrazione consegua alla modifica degli strumenti urbanistici, possa, comunque, esperire dinanzi al giudice ordinario, l'azione di indebito arricchimento relativamente alle opere ed alle cessioni già eseguite a beneficio del Comune.

Nel caso in cui, invece, il privato non adempia o ritardi ad adempiere o violi le modalità di esecuzione degli obblighi assunti con la convenzione di lottizzazione, il Comune potrà anzitutto rivalersi attraverso le garanzie convenzionalmente prestate; potrà, inoltre, ottenere l'esecuzione coercitiva in forma specifica degli obblighi nascenti dai piani di lottizzazione.

In generale, la descritta evoluzione dei piani attuativi ha necessariamente condotto ad una ridefinizione dei rapporti interni al più generale sistema di pianificazione urbanistica. L'accentuarsi, ma anche lo svilitarsi, del ruolo dei piani attuativi, in molti casi in funzione meta urbanistica, non poteva non condurre ad una revisione dei rapporti fra essi ed il P.R.G.. Rapporti che, infatti, dapprima sono stati resi elastici attraverso la predisposizione di meccanismi di variante automatica (in un primo momento eccezionali, quindi sistematici) e che sembrano, ora, nettamente destinati a sfociare in un ripensamento dello stesso piano regolatore, dei suoi contenuti e della sua funzione, come emerge in particolare dalla più recente legislazione urbanistica regionale e dalla previsione, in essa, di una nuova articolazione della pianificazione urbanistica comunale nelle due dimensioni del piano strutturale e del piano operativo fra loro dialetticamente collegate.

1.5.L'impugnabilità del piano regolatore generale e dei piani attuativi.

L'art. 34 del D.Lgs., 31 marzo 1998, n. 80, come modificato dall'art. 7 della legge. 21 luglio 2000, n.205, devolve(va) alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti ed i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati in materia di urbanistica ed edilizia. Senonché, **con la sentenza n 204/2004, la Corte Costituzionale, oltre a dichiarare parzialmente l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 come sostituito legge 21 luglio 2000, n. 205 , ha criticato l'art. 34, comma 1, del medesimo decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7, lettera b, della legge 21 luglio 2000, n. 205, nella parte in cui prevedeva che fossero devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto “gli atti, i provvedimenti e i comportamenti ”, anziché “gli atti e i provvedimenti ” delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti alle stesse equiparati, in materia urbanistica ed edilizia.**

Gli effetti della pronuncia della Consulta non sono, evidentemente , di poco conto. Ai fini del presente lavoro, a seguito di detta sentenza, dottrina maggioritaria ritiene che verranno meno molte delle incertezze che sussistevano nella materia della giurisdizione esclusiva riguardante l'urbanistica ed edilizia prevista dall'art. 34 del citato decreto, dato che, per effetto della sentenza non faranno più parte di tale tipo di giurisdizione esclusiva “i comportamenti” della P.A. in materia. In questo senso può ritenersi, ormai, che non rientrino più nella giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie in materia possessoria e le azioni di nunciazione e di manutenzione correlate all'esecuzione di poteri pubblici che, stando agli orientamenti della giurisprudenza maturati negli ultimi anni 56, erano invece ricomprese in detta giurisdizione, proprio perchè riguardavano comportamenti .

Esulano chiaramente dalla giurisdizione del G.A. le controversie in materia di occupazione usurpativa, e cioè tutte quelle controversie per le quali il presupposto per la richiesta di risarcimento del danno deriva non già da un atto, ma da un comportamento (occupazione del suolo sine titulo).

Senza addentrarci ulteriormente su un campo a dir poco “minato”, sembra, comunque, che rimanga intatta la disciplina relativa all'impugnazione tanto del P.R.G. quanto dei piani attuativi.

Il P.R.G., come già accennato, infatti, è un atto amministrativo generale a contenuto precettivo e conformativo. Da tale configurazione deriva la possibilità di impugnare il decreto di approvazione davanti al G.A., tenuto conto che le prescrizioni di piano vengono ad incidere direttamente su posizioni giuridiche soggettive. Legittimati a ricorrere sono tutti i Comuni, per quelle disposizioni di esso che siano state approvate in difformità del progetto originario e delle determinazioni adottate in relazione alle proposte di modifica; gli Enti che hanno come fine istituzionale la tutela di interessi che siano stati lesi dal P.R.G., come ad esempio l'Azienda Autonoma di soggiorno e turismo.

L'impugnabilità riguarda le prescrizioni del piano non meramente programmatiche, ma tali da determinare la lesione di un interesse concreto, attuale ed individuabile individuabile nei suoi effetti indipendentemente da quelle che potrebbero essere le corrispondenti prescrizioni dei piani particolareggiati di esecuzione. Trattandosi, inoltre, di ricorso di sola legittimità, non possono essere oggetto di impugnativa le destinazioni di zona conferite alle singole aree, poiché esse rientrano nel potere discrezionale del Comune . Per lunghi anni la giurisprudenza amministrativa aveva ritenuto che le impugnazioni potessero proporsi soltanto avverso il P.R.G. definitivamente approvato, considerando tutti gli atti intermedi come atti meramente preparatori nell' iter per la formazione del piano, suscettibile di modifiche e ripensamenti.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, però, con la decisione, 16 giugno 1978, n. 17 (in Riv. Cons. Stato, 1978, I, 927), ebbe a maturare opinione ed affermò che il piano regolatore può essere impugnato in sede giurisdizionale fino alla sua adozione con delibera del Consiglio comunale. Tale principio fu, poi, avvalorato e specificato grazie all'opera della giurisprudenza amministrativa e, ormai, costituisce uno dei capisaldi in materia di impugnazione del piano regolatore. Il termine di impugnazione è di 60 giorni per il ricorso al T.A.R. Secondo la giurisprudenza prevalente, tale termine decorre dall'ultimo giorno del deposito del piano approvato presso la segreteria del Comune interessato, ovvero, dalla data di piena conoscenza dell'adozione del piano "occasionata o non dall'applicazione delle misure di salvaguardia".

La eventuale decisione di annullamento in seguito a ricorso giurisdizionale potrà investire il piano nel suo complesso o soltanto in parte. Nella prima ipotesi sorgerà per il Comune la necessità di adottare un nuovo piano regolatore; nella seconda, invece, il piano medesimo potrà essere opportunamente reintegrato con la procedura prevista per le varianti. In riferimento agli effetti dell'annullamento del piano regolatore, in relazione ai vincoli concreti che da esso immediatamente derivano per le proprietà dei singoli; la mancata impugnazione rende inoppugnabile la successiva e consequenziale applicazione di misure di salvaguardia, ma non preclude l'impugnazione del piano regolatore una volta intervenuta l'approvazione regionale" (C. Stato, sez. II, 24 marzo 1999, n. 326, in Urbanistica e appalti, 1999, 1029 (m): "l'avvenuta impugnazione dell'atto di adozione di un piano regolatore generale non preclude l'autonoma successiva impugnazione dell'atto di approvazione")

Avverso il P.R.G., può essere, altresì, presentato, il ricorso straordinario al Capo dello Stato, entro il termine di 120 giorni dall'ultimo giorno di deposito del piano .

Per ciò che concerne, invece, i piani particolareggiati⁶², come anche i piani di recupero, possono essere impugnati in sede giurisdizionale con l'ordinario ricorso al T.A.R. per motivi di legittimità e con il ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Legittimati a ricorrere sono tutti i proprietari di aree comprese nel piano che lamentino una lesione di un interesse concreto, attuale ed individuabile. Non è necessaria, invece per l'ammissibilità del ricorso, la previa proposizione di opposizioni, previste, nella fase di elaborazione e di proposizione del piano particolareggiato e non ha alcuna influenza l'accoglimento o il rigetto di opposizioni eventualmente proposte.

L'impugnazione può essere proposta per vizi di legittimità del piano e non anche riguardo a vizi tecnici di esso, in quanto le valutazioni di opportunità, idoneità e razionalità sono riconducibili a scelte rimesse alla discrezionalità dell'Amministrazione. Si ricorda, inoltre, che i vizi di merito, invece, possono costituire oggetto delle opposizioni proponibili durante la fase istruttoria. I termini di impugnazione (60 giorni per il ricorso al T.A.R. – 120 giorni per il ricorso al Capo dello Stato), decorrono, per il piano particolareggiato, dal giorno della notificazione ai proprietari di immobili vincolati. Sembra corretto ritenere che anche il piano di recupero, avendo efficacia di piano particolareggiato debba essere depositato nella Segreteria comunale e notificato ai proprietari degli immobili interessati: da talenotifica, pertanto, decorreranno i termini di impugnazione.

La giurisprudenza amministrativa considera legittimati ad impugnare i piani di recupero anche i confinanti ed i soggetti non direttamente contemplati che subiscano un pregiudizio dalle previsioni di esso. In proposito si riscontrano due diversi orientamenti secondo i quali:

- a) la delibera di approvazione del piano di recupero e la successiva concessione edilizia costituiscono atti amministrativi autonomi, essendo diversi la natura, gli effetti, i procedimenti ed anche gli organi comunali competenti all'adozione dei rispettivi atti e sono

, quindi , separatamente impugnabili stante la loro autonoma efficacia lesiva . Il termine, infatti, per l'impugnazione dei piani di recupero da parte di soggetti non direttamente contemplati in essi, quali i confinanti, decorre dalla pubblicazione della delibera di approvazione, analogamente ai denunciati il contrasto della concessione edilizia impugnata rispetto allo strumento annullato)";

- b) il piano di recupero, pur nell'indubbia peculiarità della sua funzione, resta comunque uno strumento urbanistico attuativo, le cui prescrizioni non sono immediatamente lesive degli interessi dei soggetti non direttamente contemplati, lesione che può dunque realizzarsi solo all'atto del rilascio della relativa concessione edilizia: ne deriva, pertanto, che il termine per l'impugnazione del piano di recupero coincide con il termine fissato per l'impugnazione della concessione edilizia (T.A.R. Lombardia, sez. II, 24 febbraio 1992, n. 145, in Riv. giur. edil.,1992, I, 941).

La questione, evidentemente, si riflette sull'individuazione della decorrenza del termine per l'impugnazione; al tal riguardo i giudici amministrativi si sono più volte pronunciati con la finalità di statuire definitivamente circa la sua decorrenza.

La decisione giurisdizionale di annullamento potrà riguardare l'intero piano o colpire soltanto alcune prescrizioni di esso: in quest'ultimo caso alla reintegrazione della parte annullata potrà provvedersi mediante ricorso alla procedura prevista per le varianti.

Proseguendo nella disamina, seppur concisa, dei mezzi di impugnazione dei piani attuativi, per quel che concerne il piano di lottizzazione, ricordando che esso rappresenta un atto preliminare al rilascio dei permessi di costruire per i singoli lotti ed i provvedimenti di diniego di autorizzazione alla lottizzazione hanno una propria autonomia funzionale, essi possono essere impugnati, alternativamentecon ricorso al T.A.R. o ricorso straordinario al Capo dello Stato, nei termini (60 e 120 giorni) decorrenti dalla loro comunicazione ai soggetti interessati. L' Amministrazione ha, inoltre, l'obbligo di decidere sulle domande di lottizzazione e deve ritenersi, conseguentemente, impugnabile pure il silenzio-rifiuto serbato in seguito a diffida a provvedere entro un determinato termine.

Anche i terzi sono legittimati a ricorrere avverso i provvedimenti di autorizzazione alla lottizzazione che ledano i loro interessi: sia nel caso in cui intendano opporsi alla utilizzazione edificatoria di un'area compresa nella lottizzazione medesima, sia allorquando, in fase di attuazione delle costruzioni autorizzate, si verificano difformità rispetto alle prescrizioni del piano di lottizzazione.

I termini decorrono dalla piena conoscenza del provvedimento autorizzativo e, questa, secondo un costante indirizzo giurisprudenziale, non può presumersi in seguito al semplice inizio dei lavori e delle opere di urbanizzazione, né in seguito al rilascio dei singoli permessi di costruire.

Le ordinanze contingibili ed urgenti

24. Definizione di ordinanza contingibile ed urgente.

Il D. Lgs. 267/2000 (T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) riconosce al Sindaco il potere di emettere tali misure sia all'art. 50 che all'art. 54. Mentre l'art. 50 circoscrive l'ambito di applicazione di tali misura alla materie settoriali delle emergenze sanitarie e dell'igiene pubblica a carattere locale, l'art. 54, n. 4, con una disposizione di più ampio respiro, dispone "Il Sindaco, quale ufficiale di Governo, adotta, con atto motivato provvedimenti, anche contingibili ed urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. I provvedimenti di cui al presente comma

sono preventivamente comunicati al prefetto anche ai fini della predisposizione degli strumenti ritenuti necessari alla loro attuazione”.

Dal disposto letterale, si evince la mancanza di una definizione positiva di ordinanza contingibile ed urgenza (c.d. ordinanza extra ordinem).

Tale lacuna è stata colmata dalla dottrina che l'ha definita **“Atto a contenuto atipico che l'amministrazione, sulla base di specifiche previsioni legislative, è abilitata ad adottare per fronteggiare situazioni eccezionali, anche derogando alla disciplina di rango primario ma pur sempre nel rispetto della Costituzione e dei principi generali dell'ordinamento, ivi compresi i principi generali del diritto dell'Unione europea”**.

Il carattere della contingibilità indica un fatto imprevedibile, eccezionale o straordinario che mette in pericolo la sicurezza e l'incolumità pubblica, rispetto al quale i mezzi giuridici ordinari appaiono inadeguati ad eliminarli.

Il carattere dell'urgenza indica la presenza di un pericolo imminente che deve essere fronteggiato immediatamente.

Benché la congiunzione “e”, qualora interpretata letteralmente, induca a ritenere i due requisiti su indicati come cumulativi, la Cassazione, con sentenza a Sezioni Unite n. 8203/2005, ed il Consiglio di Stato VI Sez., con pronuncia del 2011, hanno qualificato i due aggettivi in termini di alternatività, sicché sarebbe sufficiente la presenza o dell'uno o dell'altro presupposto.

Un altro carattere proprio dell'ordinanza extra ordinem è quello della atipicità contenutistica, vale a dire l'idoneità della suddetta misura ad intervenire su un numero indefinito e non predeterminato di situazioni

Riconducibilità nell'alveo della pubblica incolumità delle esigenze connesse alla circolazione stradale.

In coerenza con il carattere della atipicità, ai sensi del decreto del Ministro dell'Interno del 5 agosto 2008 (art. 1), si è precisato che “per incolumità pubblica si intende l'integrità fisica della popolazione e per sicurezza urbana un bene pubblico da tutelare, attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di viabilità dei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale”

L'art. 2 dello stesso decreto chiarisce che “il sindaco interviene per prevenire e contrastare: lett. d) le situazioni che costituiscono intralcio alla viabilità pubblica o che alterano il decoro urbano”.

- Ulteriori presupposti di legittimità cui è subordinata l'emanazione dell'ordinanza contingibile ed urgenza sono:
 - **il rispetto del principio di proporzionalità.** L'emanazione delle ordinanze extra ordinem è illegittima laddove venga dimostrato che la P.A. avrebbe potuto adottare misure ordinarie diverse, con un minor sacrificio degli interessi dei privati o comunque dei soggetti coinvolti ma parimenti efficaci. (C. Stato, 15 aprile 2003, n. 1990). Con sentenza n. 4812/2008, il Consiglio di Stato ha chiarito che il rispetto del principio di proporzionalità si traduce nel potere di sacrificare anche interessi giuridicamente protetti di soggetti determinati, entro ragionevoli limiti temporali ed oggettivi e con il rispetto di rigorose garanzie sostanziali (rispetto principi generali dell'ordinamento) e formali (motivazione) nonché adeguata istruttoria. Nel rispetto di tali condizioni, il potere di ordinanza sindacale si può svolgere con relativa ampiezza;
 - **l'obbligo di adeguata motivazione:** proprio perché si tratta di atti che costituiscono una deviazione dall'ordinario potere di ordinanza riconosciuto al Sindaco, alla base

dell'emanazione dell'ordinanza extra ordinem vi deve essere un adeguato supporto motivazione non solo di tipo estrinseco, vale a dire di esteriorizzazione della causa del pericolo e/o dell'eccezionalità dell'evento ma anche di tipo intrinseco, ovvero corredato da un'adeguata istruttoria, sulla base dei dati tecnici in possesso dell'amministrazione, da condursi secondo un accertamenti fondato su prove concrete e non su mere presunzioni (T.A.R. Umbria, 29 agosto 2013, n. 451: in senso conforme: Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 giugno 2012, n. 3490);

- **il rispetto dei principi generali dell'ordinamento e del diritto dell'Unione europea** E' possibile che tali provvedimenti possano derogare addirittura a norma di rango primario, purché nel rispetto dei principi costituzionali e di quelli del diritto dell'Unione europea, stante il primato di tale diritto sugli ordinamenti nazionali.

4 Presupposti di legittimità controversi dell'ordinanza sindacale contingibile ed urgente.

- Necessità di un evento nuovo ed imprevedibile (Tar Veneto, Sez. I, 19 gennaio 2007, n. 148). In senso contrario, T.A.R. Veneto Sez. II n. 406/2013; Cons. Stato, Sez. V, 19 settembre 2012, n. 4968; T.A.R. Campania, NAPOLI, Sez. I, 21 giugno 2005, n. 8328), secondo cui ciò che conta è l'effettiva esistenza di una situazione di pericolo imminente al momento dell'adozione dell'ordinanza, essendo ininfluyente tanto la prevedibilità dell'evento dannoso, quanto il fatto che la situazione emergenziale sia sorta in epoca precedente.
- Delimitazione temporale dell'ordinanza extra ordinem
Si per Tar Veneto Venezia n. 1673/2011; Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 5721/2002 e Corte Cost. n. 127/1995). No per Consiglio di Stato, Sez. V, n. 6169/2003.

Definizione di strada vicinale ad uso pubblico

Ai sensi dell'art. 3, comma 1, punto 52, D. Lgs. n. 285/1992, si definisce strada vicinale **“la strada privata fuori dai centri abitati ad uso pubblico”**. Dal disposto letterale, si evince chiaramente che ai fini dell'emissione di un'ordinanza extra ordinem avente ad oggetto attività di manutenzione di una strada, rileva non tanto la natura giuridica pubblica o privata della strada in questione, quanto la sua destinazione ad un utilizzo pubblico da parte della collettività. La prova dell'assoggettamento ad uso pubblico, per giurisprudenza costante, può essere desunta non solo sulla base di elementi formali quali mappe catastali o specifiche convenzioni tra privato proprietario della strada e pubblica amministrazione ma anche e soprattutto da una serie di indici fattuali che denotano la destinazione ad uso pubblico della strada quali, a titolo meramente esemplificativo,

- La peculiare conformazione dell'assetto viario locale, caratterizzato dalla presenza di assi viari su cui si aprono vicoli ciechi;
- L'incontestata assenza di limitazioni all'accesso di pedoni e veicoli;
- La presenza di opere urbanizzative (servizi di acquedotto, fognatura, illuminazione);
- Lo svolgimento, anche per tale vicolo dei servizi comunali di spazzatura e raccolta rifiuti
- L'incontestata assunzione a carico dell'amministrazione comunale dei lavori di manutenzione.

Alla luce di tali elementi, sussistono gli estremi che qualificano la presunzione di assoggettamento ad uso pubblico, in termini di gravità, precisione e concordanza dei convergenti indici fattuali e quindi il corretto inquadramento di un vicolo come strada privata ad uso pubblico, evidenziati come necessari ai fini della qualificazione in chiave pubblicistica (Cass. Civ., Sez. II, 9 novembre 2009, n. 23705, che fa riferimento, tra l'altro, proprio all'attività di manutenzione effettuata dall'ente, all'inclusione della toponomastica cittadina con attribuzione di numerazione civica e, infine, alla mancanza di elementi validi a sostegno del contrario assunto sulla natura privata della strada medesima). In assenza di dimostrazione da parte dell'interessato della non sussistenza di tali

elementi, sussiste la destinazione pubblica della strada privata (Consiglio di Stato, n. 5596 del 25 novembre 2013).

Sull'applicabilità dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento con riferimento all'esercizio dei poteri di urgenza della P.A..

La regola generale stabilita dalla legge n. 241/90 è il carattere obbligatorio della preventiva comunicazione di avvio del procedimento a tutti i soggetti, pubblici e privati, interessati e coinvolti nel procedimento. Tuttavia, l'art. 7, comma 1 della legge n. 241/90 esonera la P.A. procedente dal comunicare l'avvio del procedimento quando “sussistono ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del provvedimento”. Il comma 2 del medesimo articolo fa salva, altresì, “la facoltà dell'amministrazione di adottare, anche prima dell'effettuazione delle comunicazioni, provvedimenti cautelari”.

Con riferimento alle ordinanze contingibili ed urgenti emesse dal Sindaco quale Ufficiale del Governo, è stato chiarito che le stesse non devono essere precedute da comunicazione dall'avviso dell'avvio della comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7 della legge n. 241/90 (Consiglio di Stato, Sez. II, 15 marzo 2011, n. 1169; Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5058/2006; Tar Campania Napoli, Sez. V, n. 1706/2012; Tar Calabria, Catanzaro, Sez. II, n. 245/2012; Tar Umbria, n. 159/2011).

Tuttavia, è stato altresì precisato che **l'urgenza** che giustifichi la omessa comunicazione deve essere qualificata, cioè tale da non consentire la comunicazione senza che ne risulti compromesso il soddisfacimento dell'interesse pubblico cui il provvedimento finale è rivolto. La sussistenza delle particolari esigenze di celerità che giustificano l'esclusione dalla comunicazione deve, inoltre, essere congruamente documentata nella motivazione del provvedimento, non potendo essere solo asserite, ma dovendo essere obiettive, concrete ed attuali. (Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 5061/2000; Tar Sardegna, Sez. II, n. 557/2012; Tar Campania, Napoli, Sez. V, n. 4924/2010).

Ad ogni modo, preme precisare che anche nella ipotesi in cui si ritenesse sussistente l'obbligo di comunicazione anche per tali tipologie di procedimenti, ai sensi dell'art. 21 octies, comma 2, l. 241/90, il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione di avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

In tali casi, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 4192/2013 ha precisato che “l'art. 21 octies, comma 2, l. n. 241/90, il quale pone a carico dell'amministrazione e non del privato l'onere di dimostrare, in caso di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, che l'esito di quest'ultimo non poteva essere diverso, va interpretato nel senso che, onde evitare di gravare la P.A. di una probatio diabolica, il privato non può limitarsi a dolersi della mancata comunicazione di avvio, ma deve quantomeno indicare o allegare anche gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione e, solo dopo che abbia adempiuto a tale onere di allegazione che la norma pone a suo carico, l'amministrazione risulta gravata del ben più consistente onere di dimostrare che, anche ove quegli elementi fossero stati valutati, il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe mutato”.

Sul potere di custodia ex art. 2051 c.c. in capo alla P.A. in caso di lavori di manutenzione della strada vicinale.

Ai sensi dell'art. 2051 c.c., “Ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito”. Il generale principio della responsabilità del custode del

bene prescinde dalla qualifica formale assunta dallo stesso, sia esso proprietario, usufruttuario, enfiteuta, conduttore ecc... sicché la qualità di proprietario del bene oggetto di custodia non implica, di per sé, l'attribuzione della qualifica di custode dello stesso qualora, in base alla risultanze del caso concreto, emerga che il potere di fatto sulla res sia esercitato da altro soggetto, indipendentemente dal titolo.

Con specifico riferimento alle strade vicinali private ad uso pubblico, il Giudice di Pace di Teano, con sentenza del 23.04.2007, ha precisato che: “relativamente alla legittimazione passiva soggetto tenuto alla manutenzione delle strade vicinali utilizzate in modo prevalente ovvero in via esclusiva dalla collettività, la cui proprietà appartiene ancora al privato ... (è) l'ente pubblico territoriale che, avendone ottenuta la consegna, esercita sulla stessa un potere di fatto, per cui è obbligato a gestirla in modo da evitare ogni prevedibile pericolo che possa derivare per il pubblico degli utenti ...”. Tanto, peraltro, vale indipendentemente dalla previa emissione di un'ordinanza contingibile ed urgente, sicché l'emanazione di tale provvedimento rafforza ancora di più il potere di fatto esercitato dalla P.A. sulla strada vicinale.

25. Conseguenze in caso di assenza dei presupposti

NULLITA' O ANNULLABILITA'

Giurisprudenza

Ordinanze contingibili ed urgenti – Presupposti per l'adozione – Situazioni di pericolo effettivo – Motivazione adeguata – Necessità

Deve essere annullata l'ordinanza del Sindaco che aveva diffidato un'impresa di radiodiffusione sonora dal continuare l'esercizio delle trasmissioni in condizioni di superamento dei valori di attenzione, in quanto non sono adeguatamente motivati i presupposti per l'emanazione di una ordinanza contingibile ed urgente. L'adozione dell'ordinanza contingibile ed urgente, a fronte di una situazione fronteggiabile con gli ordinari strumenti previsti dalla disciplina in materia, infatti, non si giustifica e non appare debitamente motivata

Consiglio di Stato, sez. III, con la sentenza 20 marzo 2015, n. 1519

Ordinanze contingibili ed urgenti – Presupposti per l'adozione – Situazioni di pericolo effettivo – Deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi – Deroga alla disciplina vigente

Il potere dell'ente locale di adottare le ordinanze contingibili ed urgenti presuppone necessariamente, la sussistenza di situazioni, non tipizzate dalla legge, di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da istruttoria adeguata e congrua motivazione, ed in ragione delle quali si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente, stante la configurazione residuale, quasi di chiusura, di tale tipologia provvedi mentale. Consiglio di Stato, Sezione 5, Sentenza 2 marzo 2015, n. 988

Ordinanze sindacali contingibili ed urgenti – Materia della sanità pubblica – Competenza del sindaco – Comunicazione di avvio del procedimento – Difetto

Le ordinanze sindacali contingibili e d'urgenza in materia di igiene e sanità pubblica, ex art. 54, Dlgs n. 267 del 2000, rientrano pacificamente nella competenza del Sindaco e sono sottratte, in ragione del loro carattere cautelare ed urgente, all'obbligo della previa comunicazione di avvio del procedimento, ex art. 7, L. n. 241 del 1990.

Tar Campania - Napoli, Sezione 5, Sentenza 23 febbraio 2015, n. 1220

Ordinanze contingibili ed urgenti – Presupposti per l'adozione – Situazioni di pericolo effettivo – Deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi

Il potere di ordinanza presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da istruttoria adeguata e congrua motivazione, ed in ragione delle quali si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente, stante la configurazione residuale, quasi di chiusura, di tale tipologia provvedimentale. Il potere l'ordinanza ex art. 54 Tuel è legittimamente emanabile anche per rimuovere situazioni risalenti nel tempo ed in relazione alle quali non si era intervenuti in precedenza, essendo a tale riguardo sufficiente la permanenza al momento dell'emanazione dell'atto della situazione di pericolo (nello stesso senso anche Sez. IV, 25 settembre 2006, n. 5639). Consiglio di Stato, Sezione 5, Sentenza 25 maggio 2012, n. 3077

Comune – Sindaco - Potere ordinatorio d'urgenza – Presupposti - Esercitato in qualità di Ufficiale di Governo

Le ordinanze contingibili ed urgenti possono essere adottate dal Sindaco nella veste di ufficiale di governo solamente quando si tratti di affrontare situazioni di carattere eccezionale e impreviste, costituenti concreta minaccia per la pubblica incolumità, per le quali sia impossibile utilizzare i normali mezzi apprestati dall'ordinamento giuridico: tali requisiti non ricorrono di conseguenza, quando le pubbliche amministrazioni possono adottare i rimedi di carattere ordinario.

Le ordinanze in questione presuppongono una situazione di pericolo effettivo in cui si possono configurare anche situazioni non tipizzate dalla legge e ciò giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi, la possibilità di deroga rispetto alla disciplina vigente e la necessità di motivazione congrua e peculiare, la configurazione anche residuale, quasi di chiusura, delle ordinanze contingibili ed urgenti. I rimedi di carattere ordinario, al contrario, sono i provvedimenti tipizzati atti a fronteggiare le esigenze prevedibili ed ordinarie e costituiscono l'elemento "normale" rimesso dalla legge ai poteri pubblici per gestire usualmente le materie a questi rimesse.

Consiglio di Stato, Sezione 5, Sentenza 20 febbraio 2012, n. 904

Va tuttavia evidenziato che, in tema di sicurezza, il Decreto legge 20 febbraio 2017 n. 14 ha potenziato il potere del Sindaco di emanare ordinanze contingibili ed urgenti disponendo:

- **all' art. 50 comma 5 la possibilità di modificare e limitare gli orari della vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche**
- **all'art. 54, comma IV bis ha legittimato l'adozione di ordinanze contingibili ed urgenti in materia di incolumità pubblica**

Qui di seguito prime riflessioni di Andrea Racca dottore di ricerca presso "Diritti ed Istituzioni" sul pacchetto sicurezza (Università di Torino):

26. RIFLESSIONI IN ORDINE ALLA LEGGE "SICUREZZA" n. 48 del 2017.

«Disposizioni urgenti in materia di Sicurezza delle Città (D.L. 20 febbraio 2017 n.14 - conv. In L. 18 aprile 2017 n.48)

La questione sicurezza interna, che indubbiamente rappresenta un problema che da alcuni anni coinvolge il Paese, è stata trattata nell'ottica di riaffermazione di un maggiore rigore nella lotta alla criminalità e al degrado nelle aree metropolitane, con il decreto legge n.14 del 20 febbraio 2017 convertito in L. n.48 del 18 aprile 2017. Il decreto sicurezza, concorrendo con il decreto Minniti (D.L. n. 13/2017) in tema di lotta all'immigrazione irregolare, persegue la finalità di una maggiore sicurezza urbana, mediante forme preventive di controllo rilasciate direttamente agli Enti Locali, con un primario ruolo in capo al Sindaco, nonché forme di cooperazione tra Polizia locale e corpi, oltre ad incentivi per il recupero delle aree urbane degradate e all'inasprimento delle sanzioni per i soggetti coinvolti nei c.d. "disordini urbani".

Il lungo ed articolato percorso attraverso il quale prendono le mosse le recenti politiche securitarie germoglia da quel sentimento di insicurezza e di disagio collettivo che, scandendo ciclici "pacchetti sicurezza", conduce alla definizione di un concetto di "sicurezza pubblica" quale bene giuridico da preservare, che nella sua componente sanzionatoria e repressiva include sia il profilo amministrativo, sia quello penale, con l'attribuzione della rilevanza a nuove condotte ritenute socialmente pericolose. Ciò che, tuttavia, pare innovare il D.L. 14/2017 è l'introduzione del **concetto di sicurezza integrata (art.2)**, ovvero l'insieme degli interventi congiunti tra Stato, Regioni e Comuni al fine di concorrere, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze e responsabilità, alla promozione e attuazione di un sistema unitario di sicurezza e controllo. A seguito dei recenti drammatici attacchi terroristici in Francia ed in Gran Bretagna, nonché dell'accaduto di Torino ove il panico ingenerato per un infondato allarme terrorismo ha provocato gravi conseguenze, con accordo in sede di Conferenza unificata su proposta del Ministro dell'interno, sono state definite le linee generali delle politiche pubbliche per la promozione della sicurezza integrata e l'obiettivo di coordinare e favorire la collaborazione tra forze di Polizia locali e Corpi nei seguenti settori: i) scambio informativo tra polizia locale e forze di polizia presenti sul territorio; ii) interconnessione, a livello territoriale, tra le sale operative della polizia locale e quelle delle forze di polizia, e regolamentazione dell'utilizzo in comune di sistemi di sicurezza tecnologica per il controllo delle aree e attività soggette a rischio; iii) aggiornamento professionale integrato per gli operatori.

Art. 2 decreto legge 20 febbraio 2017

TESTO

Art. 2 Linee generali per la promozione della sicurezza integrata

Ferme restando le competenze esclusive dello Stato in materia di ordine pubblico e sicurezza, le linee generali delle politiche pubbliche per la promozione della sicurezza integrata sono adottate, su proposta del Ministro dell'interno, con accordo sancito in sede di Conferenza Unificata e sono rivolte, prioritariamente, a coordinare, per lo svolgimento di attività di interesse comune, l'esercizio delle competenze dei soggetti istituzionali coinvolti, anche con riferimento alla collaborazione tra le forze di polizia e la polizia locale.

L'intenzione del legislatore è dunque creare una rete di interscambio informativo tra gli operatori al fine di acquisire dati e conoscenze specifiche in ambito di sicurezza pubblica e urbana, responsabilizzando tutti gli attori istituzionali competenti nella gestione del territorio. Il processo di formazione del D.L. 14 del 20 febbraio 2017 è strettamente legato con il c.d. Decreto Minniti n. 13 del 17 febbraio 2017 in tema di "Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale", pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 90 del 18 aprile 2017 insieme alla Legge di conversione 13 aprile 2017, n. 46. I due decreti si pongono infatti quale obiettivo comune quello di garantire una maggiore

sicurezza interna in contrasto a fenomeni di forte impatto sociale quali l'immigrazione irregolare e il degrado ambientale delle città.

2 Per sicurezza urbana l'art. 4 della L. 48/2017 intende il bene pubblico relativo alla vivibilità e al decoro delle città, da perseguire anche attraverso il contributo congiunto degli Enti territoriali attraverso interventi di riqualificazione e recupero delle aree degradate, eliminazione dei fattori di marginalità e/o esclusione sociale, prevenzione della criminalità e promozione della legalità.

Art. 4

testo

Ai fini del presente decreto, si intende per sicurezza urbana il bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città, da perseguire anche attraverso interventi di riqualificazione e recupero delle aree o dei siti più degradati, l'eliminazione dei fattori di marginalità e di esclusione sociale, la prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio, la promozione del rispetto della legalità e l'affermazione di più elevati livelli di coesione sociale e convivenza civile, cui concorrono prioritariamente, anche con interventi integrati, lo Stato, le Regioni e Province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali, nel rispetto delle rispettive competenze e funzioni.

All'art. 5 della L. 48/2017, nella predetta prospettiva di collaborazione interistituzionale, si prevede infatti la previsione della sottoscrizione tra il Prefetto e i Sindaci delle città di **patti per l'attuazione della c.d. "sicurezza urbana"**, volti al perseguimento di alcuni obiettivi definiti prioritari: A) prevenzione e contrasto alla criminalità e ai disordini; B) promozione e tutela della legalità; C) promozione e rispetto del decoro urbano; D) promozione dell'inclusione, della protezione e della solidarietà sociale.

Si tratta, pertanto, della prevenzione e del contrasto dei fenomeni di criminalità diffusa e predatoria, da realizzare attraverso servizi e interventi di prossimità, volti a recuperare le zone maggiormente a rischio degrado e disordine. Il testo di legge, così come modificato in sede di conversione, istituisce anche un nuovo organo, ovvero il comitato metropolitano, affianco al Sindaco, quali soggetti affidatari del potere di individuare le aree d'intervento e i programmi attuativi.

La L. 48/2017 prevede infatti un ampliamento dei poteri del primo cittadino, con importanti modifiche al Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al D.lvo 18 agosto 2000,

ovvero:

1. il sindaco, quale rappresentante della comunità locale, può adottare ordinanze dirette a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana;
2. per la tutela della tranquillità e del riposo dei residenti in determinate aree urbane interessate da notevole afflusso di persone, anche in relazione allo svolgimento di specifici eventi, il sindaco può disporre con ordinanza non contingibile e urgente e per un periodo comunque non superiore a 60 giorni, limitazioni in materia di orari di vendita e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche;
3. le ordinanze contingibili e urgenti che il sindaco può adottare, quale ufficiale del Governo ex art. 54 T.U. Enti locali, sono dirette a prevenire e contrastare le situazioni che favoriscono l'insorgere di

fenomeni criminosi o di illegalità, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili, o fenomeni di abusivismo, quale l'illecita occupazione di spazi pubblici, o di violenza, anche legati all'abuso di alcool o all'uso di sostanze stupefacenti.

Nei confronti dei trasgressori dei divieti di stazionamento o di occupazione degli spazi a rischio sicurezza, così come individuati dagli organi preposti, oppure degli spazi pubblici con onere civico di tutela (aree interne alle infrastrutture ferroviarie, aeroportuali, marittime, di trasporto pubblico, nonché plessi scolastici, universitari, musei, parchi e aree verdi e/o archeologiche)⁴, è prevista una sanzione amministrativa pecuniaria del pagamento di una somma da 100 a 300 euro. Nel contestuale accertamento di condotta illecita, all'autore è ordinato l'allontanamento con i seguenti caratteri:

- l'ordine di allontanamento è un provvedimento scritto sotto forma di verbale da parte dell'organo accertatore e contiene l'indicazione che la sua efficacia cessa trascorse quarantotto ore dall'accertamento del fatto e che la sua violazione è soggetta alla sanzione amministrativa pecuniaria di cui sopra aumentata del doppio;
- copia del provvedimento è immediatamente trasmessa al Questore con contestuale segnalazione ai servizi socio-sanitari, ove ne ricorrano le condizioni;
- in caso di reiterazione, il Questore, qualora dalla condotta tenuta possa derivare pericolo per la sicurezza, può disporre, con provvedimento motivato e per un periodo non superiore a 6 mesi, il divieto di accesso ad una o più delle aree di cui sopra (**c.d. "Daspo cittadino"**), individuando, inoltre modalità applicative del divieto compatibili con le esigenze di mobilità, salute e lavoro del destinatario dell'atto;
- la durata del divieto di accesso non può essere inferiore a 6 mesi e superiore a 2 anni, se il responsabile è persona con precedente infraquinquennale (anche se si tratta di sentenza confermata in appello) per reati contro la persona o il patrimonio; se si tratta di minorenni, il Questore ne dà notizia al procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni.
- Al Prefetto** è, invece, attribuita in relazione alle occupazioni arbitrarie di immobili sanzionate dall'art. 11 della L.48.2017, la funzione di impartire disposizioni atte a prevenire il pericolo di possibili turbative per l'ordine e la sicurezza pubblica.

Quanto all'ordine di annullamento come disciplinato dall'art. 9 commi 1 e 2 della L. 48/2017 in esso devono essere riportate le motivazioni sulla base delle quali è stato adottato e la sua efficacia non potrà eccedere le quarantotto ore dall'accertamento del fatto, con copia dello stesso immediatamente trasmessa al Questore competente per territorio e, ove ne ricorrano le condizioni (soprattutto nei casi di degrado ambientale), ai servizi socio-sanitari. La reiterazione delle condotte di cui alla previsione dell'ordine, qualora possa derivare pericolo per la sicurezza pubblica può provocare la successiva misura inibitoria da parte del Questore, ovvero disporre, sempre con provvedimento motivato, per un periodo non superiore ai sei mesi il divieto di accesso a una o più aree indicate nell'art. 96.

Nel caso in cui l'autore delle condotte illecite sia un soggetto condannato, con sentenza definitiva o confermata in grado d'appello, nel corso degli ultimi cinque anni per reati contro la persona o il patrimonio, la durata del divieto sarà compresa tra un minimo di sei mesi e un massimo di due anni.

A tale ultima ipotesi si applicheranno le medesime disposizioni dettate dall'art. 6, commi 2 bis, 3 e 4 della L. 13 dicembre 1989, circa la notifica dell'atto, la facoltà per l'interessato di presentare

memorie o deduzioni, il giudizio di convalida al giudice per le indagini preliminari, la diretta ricorribilità per Cassazione avverso la misura inibitoria.

Sono, inoltre, stabilite ulteriori misure di polizia per il contrasto dello spaccio di stupefacenti all'interno o in prossimità di locali pubblici e dei pubblici

esercizi: A) il Questore potrà disporre il divieto di accesso o stationamento (per la durata da 1 a 5 anni) nei locali di cui sopra o nelle loro immediate vicinanze nei confronti di persone condannate con sentenza definitiva o confermata in grado di appello nel corso degli ultimi tre anni per fatti di vendita o cessione di stupefacenti commessi all'interno o nelle immediate vicinanze dei locali 7 ;

B) nei medesimi casi il Questore potrà inoltre disporre, per la durata massima di 2 anni, una o più delle seguenti misure: i) obbligo di presentazione alla p.g. almeno due volte a settimana, obbligo di rientrare nella propria abitazione entro una determinata ora e di non uscirne prima di altra ora prefissata; ii) obbligo di soggiorno nel comune di residenza;

5 Gli interventi di sgombero devono seguire criteri di priorità basati sulla situazione dell'ordine e della sicurezza pubblica negli ambiti territoriali interessati, i possibili rischi per l'incolumità e la salute pubblica, i diritti dei proprietari degli immobili, i livelli assistenziali che possono essere assicurati agli aventi diritto dalle regioni e dagli enti locali. L'eventuale annullamento da parte del giudice amministrativo del provvedimento prefettizio può dare luogo solo a risarcimento in forma specifica (salvo il caso di dolo o colpa grave): la p.a. avrà obbligo di adottare gli interventi necessari ad assicurare la cessazione della situazione di occupazione arbitraria dell'immobile. In caso di occupazioni abusive di immobili, in presenza di persone minorenni o bisognose di aiuto, a tutela delle condizioni igienico-sanitarie il Sindaco potrà consentire, in deroga ai divieti previsti dall'art. 5 del decreto-legge n. 47/2014, il rilascio della residenza e l'allacciamento a pubblici servizi (energia elettrica, gas, servizi idrici e telefonia fissa, nonché la partecipazione alle procedure di assegnazione di alloggi della medesima natura per i 5 anni successivi alla data di accertamento dell'occupazione abusiva).

6 Disposizioni in materia di pubblici esercizi: il questore potrà disporre la sospensione dell'attività dell'esercizio pubblico ex art. 100 del T.U.L.P. fino a 15 giorni in caso di reiterata inosservanza delle ordinanze sindacali in tema di vivibilità e decoro urbano e vendita di alcolici e superalcolici.

Particolarmente importanti i risvolti processual-penalistici della L. 48/2017: l'art. 10 subordina, infatti, nei casi di condanna per reati contro la persona o il patrimonio commessi nei luoghi o nelle aree di particolare interesse descritte dall'art. 9, la concessione della sospensione condizionale della pena all'osservanza del divieto, imposto dal Giudice, di accedere ai siti oggetto di tutela.

Inoltre, sulla scia di quanto disciplinato dalla L. 401/1989 in occasione delle manifestazioni sportive, il Legislatore del 2017 ha inteso colpire con appositi provvedimenti i partecipanti alle manifestazioni di piazza, qualora questi provochino problemi alla sicurezza e incolumità pubblica. In tal guisa, lo stato di flagranza ex art. 382 c.p.p. sarà sempre applicato, con le consequenziali implicazioni circa l'arresto obbligatorio ex art. 380 c.p.p., quando «colui il quale, sulla base di documentazione video-fotografica dalla quale emerga inequivocabilmente il fatto, ne risulta autore, sempre che l'arresto sia compiuto non oltre il tempo necessario alla sua identificazione e, comunque entro le quarantotto ore dal fatto».

Sono, infine, introdotti importanti risvolti anche sul profilo sostanziale, ovvero modifiche all'art. 639 c.p., con l'aggiunta del comma quinto, ai sensi del quale, ai fini della concessione della sospensione condizionale della pena quale conseguenza di una sentenza di condanna per i reati di deturpamento o imbrattamento di cose altrui, il Giudice può disporre l'obbligo di ripristino e di

ripulitura dei luoghi ovvero, qualora ciò non sia possibile, di sostenere le spese o di rimborsare quelle a tal fine sostenute⁸.

Conclusioni.

Il nuovo pacchetto sicurezza 2017 così come introdotto in via di decretazione d'urgenza e poi convertito con modifiche nella legge 48/2017, condivide con il decreto Legge in tema di immigrazione di pochi giorni precedente la stessa impostazione, ovvero riaffermare il controllo istituzionale su fenomeni di carattere emergenziale, individuando in via di prevenzione nuovi strumenti volti ad evitare situazioni di disordine e criminalità. Le peculiarità del nuovo pacchetto sicurezza non sono di certo nuove nel panorama giuridico italiano, tanto che la cooperazione interforze in tema di sicurezza costituisce un obiettivo da molti anni auspicato dal Ministero e l'ordine di allontanamento, quale misura amministrativa, ha rappresentato uno strumento ampiamente utilizzato dalle Questure, soprattutto in tema di manifestazioni sportive, ma la cui prassi operativa ha da sempre cercato di estendere anche al di fuori degli stadi. La nozione di "sicurezza urbana", inoltre, soggiacente alla normazione d'urgenza, pare dunque essere volutamente ampia, comprendendo oltre alla sicurezza di piazza, la vivibilità e il decoro delle città, ammettendo interventi anche repressivi e/o di controllo territoriale, la cui funzione preventiva vuole in primo ordine trasmettere maggiore tranquillità e fiducia nei cittadini di fronte ai pericoli, sempre più pervadenti, di micro criminalità diffusa in quasi tutte le città e non più solo nelle zone marginalizzate e periferiche. La previsione di un ampliamento dei poteri del Sindaco si caratterizza, infine, come la ricerca di un'attribuzione di responsabilità in capo a quell'organo che da sempre rappresenta il Governo a livello locale, il cui controllo del proprio territorio dovrebbe essere privilegiato data la sua presenza in loco e la sua diretta conoscenza (anche mediate le forze di polizia locale) delle aree a rischio, la cui capacità d'intervento dovrà comunque sempre commisurarsi con le esigenze di bilancio. In fin dei conti, la norma ha il pregio di intravedere i problemi, che maggiormente incidono sul sentimento di sicurezza del cittadino, forse individuando un concetto un po' troppo generico di sicurezza urbana, ma offrendo indubbiamente alcuni strumenti in più alle Istituzioni locali per garantire l'istanza securitaria, il cui ambito operativo dovrà comunque sempre bilanciarsi con altre istanze, quali la disponibilità di risorse e di mezzi, la celerità degli interventi e gli adempimenti burocratici amministrativi.

27. LE CIRCOLARI

Parte della dottrina e della giurisprudenza attribuisce alle circolari natura di fonti interne, ovvero di atti contenenti disposizioni vincolanti per gli organi della P.A. emanante, che trovano il loro fondamento nel principio di pluralità degli ordinamenti giuridici dello Stato e, che, quindi, sono espressione del potere di auto - organizzazione ed auto - regolamentazione dei medesimi. Tuttavia secondo altro orientamento, al quale aderisce la pronuncia in commento, le circolari sono uno strumento di comunicazione di altri atti, paragonabile alla notificazione. In sostanza, esse avrebbero conservato la stessa funzione che in origine era loro propria, ovvero di mezzo di trasmissione degli ordini nell'ambito degli apparati militari.

Ne deriva che la natura delle circolari dipende, essenzialmente dalla natura dell'atto contenuto.

In particolare, si distinguono circolari:

- a) regolamento o normative, contenenti disposizioni che disciplinano l'attività amministrativa dettando regole da osservarsi nell'esercizio concreto della funzione, da parte degli uffici interessati;
- b) di organizzazione, volte a diramare disposizioni organizzative nell'apparato amministrativo;

- c) interpretative, volte a comunicare l'interpretazione di norme giuridiche rilevanti per l'attività amministrativa agli organi interessati all'applicazione delle medesime, non solo nell'ambito di un rapporto gerarchico, ma anche per il coordinamento di uffici equiordinati o facenti parte di diverso apparato burocratico (c.d. dottrina dell'amministrazione)[2];
- d) informative, contenenti notizie rilevanti per gli Uffici o i dipendenti degli Uffici;
- e) di cortesia, contenenti messaggi augurali o saluti.

Tralasciando le ultime due tipologie, **alle circolari regolamento va attribuita natura normativa**, in quanto in esse si rinvengono disposizioni generali astratte ed idonee ad innovare l'ordinamento giuridico, sebbene con riferimento alle attività degli organi della P.A.. Ne discende che le medesime devono essere adottate nel rispetto del principio di riserva di legge e secondo le forme e le procedure previste dall'art. 17 L. 400/1988.

Le circolari organizzative sono espressione del potere di auto organizzazione della P.A. e, quindi, non sono idonee ad incidere immediatamente e direttamente nella sfera giuridica dei privati. Anche **alle circolari interpretative, informative e di cortesia**, deve riconoscersi natura meramente interna alla P.A., non essendo espressione di attività funzionale o normativa tipica e non producendo effetti esterni all'apparato burocratico.

La tutela del privato

Tanto premesso, vere e proprie esigenze di tutela del privato avverso le circolari si pongono essenzialmente con riguardo a quelle regolamento, in quanto, ove applicate in concreto, possono determinare effetti pregiudizievoli nella sfera giuridica del soggetto destinatario dell'attività amministrativa.

Non si riscontrano, invece, particolari problemi di tutela con riferimento alle altre tipologie di circolari. Infatti quelle organizzative, pur avendo, secondo la prevalente opinione, natura di atti amministrativi, incidono esclusivamente sull'organizzazione interna della P.A. e pertanto non si configura in capo al privato un interesse concreto ed attuale alla loro impugnazione.

Quanto alle circolari interpretative, non essendo, come già detto, atti amministrativi in senso stretto, non sono suscettibili di impugnazione giudiziale, configurandosi rispetto ad esse un difetto assoluto di giurisdizione. A tale conclusione le S.U. della Cassazione sono pervenute con riferimento alle circolari interpretative dell' Agenzia delle Entrate, che non essendo atti generali di imposizione non possono essere impugnate dinanzi al G.A. in via di azione e disapplicate in via incidentale dal Giudice tributario o dal G.O.. Inoltre, non essendo atti impositivi concreti non possono essere impugnati in via di azione dinanzi alle Commissioni tributarie. Non solo, le circolari in questione – per il loro carattere meramente interno - non creano, nemmeno in astratto, un pregiudizio per il privato: ad es.: la circolare interpretativa, consistendo in un mero parere giuridico, non può vincolare il Giudice, che, nel giudicare la legittimità di un provvedimento deve far riferimento esclusivamente alle norme vigenti disattendendo l'interpretazione della circolare ove ne riscontri l'illegittimità o l'erroneità. Addirittura, la circolare interpretativa non vincola gli uffici gerarchicamente sottordinati, potendo gli stessi ritenere che l'interpretazione del dettato normativo resa dalla circolare, si caratterizzi per essere *contra legem*.

D'altra parte qualora il provvedimento amministrativo contrasti con la circolare, non sarà viziato tanto per questo motivo, ma soprattutto perché il medesimo è in contrasto con la legge (ove la circolare rechi una corretta interpretazione di quest'ultima). Altrimenti, ove l'interpretazione

normativa resa dalla circolare sia *contra legem*, il provvedimento con essa contrastante dovrà comunque ritenersi legittimo.

In conclusione, la circolare interpretativa ha una funzione meramente interna di “ausilio giuridico” per l’ufficio sottordinato che deve applicare la norma, mentre non riveste alcuna rilevanza nel rapporto tra provvedimento amministrativo e norma giuridica, in guisa che risulta “indifferente” anche per il Giudice eventualmente chiamato a verificare la legittimità dell’atto adottato dalla P.A..

Con riferimento **alle circolari regolamento** si è posto il problema se le medesime possano essere impugnate autonomamente, ovvero senza aspettare che la P.A. adotti l’atto esecutivo. La giurisprudenza esclude tale possibilità in considerazione del fatto che le circolari normative hanno normalmente i caratteri della generalità ed astrattezza e che quindi non possono incidere in via immediata sulla sfera giuridica del privato. Salvo che la circolare contenga disposizioni direttamente ed immediatamente lesive, l’interesse concreto ed attuale necessario all’impugnazione si configura, quindi, esclusivamente con l’adozione da parte della P.A. dell’atto applicativo. Ulteriore problema è se le circolari normative possano essere impugnate unitamente a quest’ultimo. Secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale la doppia impugnazione costituisce una facoltà e non un onere del privato, che pertanto potrà procedere in entrambi i modi. Se viene impugnato solo il provvedimento applicativo, il Giudice potrà comunque disapplicare la circolare in via incidentale – in quanto ritenuta illegittima - ed accogliere il ricorso; se viene impugnata anche la circolare il privato otterrà un provvedimento di annullamento di entrambi gli atti

Senonché, tale indirizzo interpretativo, porta a rilevanti conseguenze in ordine alla competenza territoriale del Giudice da adire con il ricorso. Infatti, nel caso di impugnazione del solo provvedimento, si dovrà adire il TAR competente per il luogo dove è ubicato l’Ufficio che ha emesso l’atto. Nel caso si impugni anche la circolare, atto dell’Amministrazione centrale, competente per territorio e per connessione è sempre il TAR del Lazio. E’ evidente, quindi, che facoltizzando la doppia impugnazione, si rimette al privato la scelta del giudice naturale competente.

Il casus decisis. La giurisdizione del G.A. sulle circolari interpretative

La pronuncia in esame risulta di notevole interesse ermeneutico in quanto si discosta dall’orientamento fatto proprio dalle citate S.U. con riferimento al problema della sussistenza o meno della giurisdizione del G.A. sulle controversie afferenti l’impugnazione delle circolari interpretative (c.d. pure). Come già sopra evidenziato, connotandosi quest’ultime di rilevanza meramente interna alla P.A. e non interagendo nel rapporto tra norma giuridica e provvedimento amministrativo applicativo, la relativa impugnazione sarebbe ostacolata, secondo la Cassazione, addirittura, da un difetto assoluto di giurisdizione, ossia dall’impossibilità per qualunque giudice (G.O., G.A. e Commissioni tributarie) di conoscere della relativa controversia. Per il Tar Lazio, invece, non si può “apoditticamente” escludere la giurisdizione del G.A., in ordine all’azione di annullamento avverso le circolari interpretative (nella specie la Risoluzione n. 10/DF/2008 del Ministero dell’Economia e Finanze – Dip. Delle Finanze, Direzione Legislativa Tributaria e la circolare n. 3/2008 dell’Agenzia delle Entrate) dovendosi vagliare l’ammissibilità o meno della medesima, caso per caso, alla luce della sussistenza delle condizioni dell’azione ed in particolare dell’interesse a ricorrere. Infatti, seguendo l’iter argomentativo sviluppato dal Collegio giudicante, in base al principio generale che si ricava dall’art. 113, 1 comma Cost., qualunque atto della P.A. è suscettibile di tutela giurisdizionale, salvo l’esistenza di deroghe espressamente previste da norme di legge e comunque riferibili all’applicazione di altri principi costituzionali di pari rilevanza (come

ad es., nel caso degli atti politici, l'art. 7 CPA). Ne discende che non sussistendo rispetto alle circolari interpretative specifiche eccezioni legislative alla tutela giurisdizionale (e anche ove, eventualmente, simili deroghe esistessero nell'ordinamento, esse sarebbero di dubbia costituzionalità), non può fondatamente ritenersi sussistente un difetto di giurisdizione del G.A. in ordine alle relative controversie.

Tuttavia, pur non potendosi escludere, in astratto, tale giurisdizione, l'ammissibilità dell'impugnazione avverso le circolari interpretative è subordinata alla concreta verifica dell'idoneità lesiva delle medesime nella sfera giuridica del privato. Infatti, solo qualora l'atto amministrativo abbia una diretta ed immediata capacità lesiva riguardo ad una situazione sostanziale tutelata dall'ordinamento può configurarsi in capo al privato, titolare della medesima, quella (altra) necessaria condizione per proporre l'azione definitiva, ai sensi dell'art. 100 c.p.c., "interesse ad agire".

Con particolare riferimento alle circolari interpretative oggetto della pronuncia in esame, il Collegio giudicante non rinviene "quel crisma dell'autonoma lesività che ne giustifica la possibilità di autonoma ed immediata impugnazione", poiché, appunto, nel caso specifico, si tratta di atti meramente interni mediante i quali le Amministrazioni resistenti si sono limitate a fornire chiarimenti in ordine all'applicazione di norme giuridiche.

In conclusione, avendo natura di meri "pareri giuridici", le circolari interpretative, sono insuscettibili di impugnazione non tanto a causa della carenza di giurisdizione del G.A. (o di altro giudice) quanto per carenza d'interesse al ricorso da parte del privato.

28. Bando di gara (e/o di concorso)

Regime di impugnazione

1. Il bando di gara come lex specialis.

Ai sensi dell'articolo 64 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. Codice dei contratti pubblici) "Le stazioni appaltanti che intendono aggiudicare un appalto pubblico o un accordo quadro mediante procedura aperta, procedura ristretta, procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara, dialogo competitivo, rendono nota tale intenzione con un bando di gara.

Le stazioni appaltanti che intendono istituire un sistema dinamico di acquisizione rendono nota tale intenzione mediante un bando di gara.

Le stazioni appaltanti che intendono aggiudicare un appalto pubblico basato su un sistema dinamico di acquisizione rendono nota tale intenzione con un bando di gara semplificato.

Il bando di gara contiene gli elementi indicati nel presente codice, le informazioni di cui all'allegato IX e ogni altra informazione ritenuta utile dalla stazione appaltante, secondo il formato dei modelli di formulari adottati dalla Commissione in conformità alla procedura di cui all'articolo 77, paragrafo 2, direttiva 2004/18".

Il bando di gara costituisce l'atto di attuazione della delibera a contrarre della pubblica amministrazione. Esso disciplina la procedura negoziale anche attraverso il richiamo ai capitoli generali, che disciplinano l'iter della procedura, e ai capitoli speciali che disciplinano aspetti del contenuto del futuro contratto. Inoltre, esso indica il sistema di scelta del contraente, i requisiti

oggettivi e soggettivi di partecipazione alla gara, le modalità di presentazione delle offerte, il sistema di aggiudicazione, nonché il sistema di esclusione delle offerte anomale.

È pacificamente riconosciuto che “l’amministrazione è legittimata ad introdurre, nella lex specialis della gara d’appalto che intende indire, disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza, specie se destinata a predeterminare, in linea di fatto, il ventaglio dei possibili partecipanti. Invero, nel bando di gara, l’amministrazione appaltante può autolimitare il proprio potere discrezionale di apprezzamento mediante apposite clausole, rientrando nella sua discrezionalità la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara d’appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito” (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655).

In questo contesto va inquadrato l’articolo 68 del codice, il quale, nel disciplinare le c.d. specifiche tecniche, stabilisce, ai commi 4 e 7, che: **“4. Le specifiche tecniche consentono pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non devono comportare direttamente o indirettamente ostacoli ingiustificati all’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. 7. Quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche tecniche di cui al comma 5, lettera b), le amministrazioni aggiudicatrici non possono dichiarare inammissibile o escludere un’offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l’offerente dimostra, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all’articolo 86, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche.**

SPECIFICHE TECNICHE – INDICAZIONE DI UNA PRODUZIONE SPECIFICA – ILLEGITTIMITÀ (68.13)

ANAC DELIBERA 2017

La previsione di specifiche tecniche riferite a un marchio o ad un brevetto, e la mancata menzione del termine "o equivalente", comportano l'illegittimità della clausola del disciplinare nei limiti in cui pone dette restrizioni.

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da A – Progetto definitivo-esecutivo interventi urgenti di messa in sicurezza per sfondellamento solai - Importo a base di gara: euro 118.985,20 - S.A. Comune di Seveso (MB)

EQUIVALENZA DELLE TECNOLOGIE - DIFFERENZA VALUTAZIONE AI FINI DELLA ATTRIBUZIONE DEI PUNTEGGI

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2017

Il principio comunitario dell'equivalenza delle tecnologie è un corollario del principio di non discriminazione dei produttori e concerne precipuamente la fase della partecipazione alle gare con prodotti compatibili o idonei per prestazioni, ma non per questo comporta ex se il diritto alla automatica equiparazione, sul piano delle attribuzione di punteggi, tra prodotti di differente origine e tecnologia, da valutare caso per caso in relazione alla tipologia delle prestazioni.

OBBLIGO DI PRODURRE CAMPIONI - VALUTAZIONE DI NON CONFORMITA' ALLE SPECIFICHE TECNICHE MINIME - OBBLIGO DI SOSTITUZIONE - IL CAMPIONE E' MERO ELEMENTO DIMOSTRATIVO DELL'OFFERTA TECNICA

TAR CALABRIA CZ SENTENZA 2017

Orbene, stanti le predette coordinate ermeneutiche di riferimento, la clausola che prevede che, nel caso in cui i campioni (da analizzare prima della proposta di aggiudicazione) non dovessero essere ritenuti dalla commissione conformi alle caratteristiche tecniche specificate nella scheda tecnica, il concorrente dovrà sostituire gli articoli interessati e fornire altri campioni a dimostrazione dell'avvenuto adempimento, non sembra essere affetta da particolari vizi di illogicità, irragionevolezza o arbitrarietà. Quanto appena esposto è, del resto, conforme al prevalente indirizzo della giurisprudenza amministrativa, in virtù del quale la produzione della campionatura tende a consentire l'apprezzamento, su un piano di effettività, dei requisiti di idoneità dell'impresa ammessa alla gara a rendere una prestazione conforme alle specifiche del disciplinare di gara, in funzione probatoria e dimostrativa, e non ad substantiam. Secondo la citata giurisprudenza, il campione non è un elemento costitutivo, ma semplicemente dimostrativo, dell'offerta (tecnica), che consente all'Amministrazione di saggiare e di toccare con mano, se così può dirsi, la bontà tecnica del prodotto offerto, e non può considerarsi parte integrante di essa, per quanto oggetto di valutazione, a determinati fini, da parte della Commissione giudicatrice, perché la sua funzione è quella, inequivocabile, di fornire la "dimostrazione delle capacità tecniche dei contraenti", per gli appalti di forniture, attraverso la "produzione di campioni, descrizioni o fotografie dei beni da fornire" (così, espressamente, Cons. Stato, Sez. III, 08/09/2015, n. 4190 e 03/02/2017, n. 475).

SPECIFICHE TECNICHE - CLAUSOLA DI EQUIVALENZA - ONERE DI DIMOSTRARE EQUIVALENZA E DI FORNIRE DOCUMENTAZIONE E PROVE CIRCA POSSESSO REQUISITI EQUIVALENTI - SPETTA AL CONCORRENTE

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2017

Quando una ditta intende avvalersi della clausola di equivalenza ex art. 68 del D.Lgs. 163/06, ha l'onere di dimostrare l'equivalenza tra i prodotti, non potendo pretendere che di tale accertamento si faccia carico la Commissione di gara (Cons. St., sez. III, 13 maggio 2011, n. 2905).

E' nell'offerta tecnica che il concorrente deve fornire "prova in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti, con qualsiasi mezzo ritenuto appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperino in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche anche mediante relazione sulle prove eseguite da un organismo riconosciuto" e rappresentando comunque alla stazione appaltante con separata dichiarazione "l'equivalenza del proprio prodotto alle caratteristiche tecniche descritte nella legge di gara" (art. 68, commi 4, 5 e 6 del D.Lgs. 163/06).

SPECIFICHE TECNICHE - PRINCIPIO DI EQUIVALENZA - L'ONERE DI PROVARE L'EQUIVALENZA INCOMBE SUL CONCORRENTE (68.7 - 68.8)

TAR LOMBARDIA MI SENTENZA 2017

Il principio di equivalenza, che non è certo in discussione, postula però, ai fini della sua applicazione, il rispetto delle modalità procedurali previste dalla disciplina sugli appalti, anche a garanzia della parità di trattamento fra gli operatori partecipanti, senza che la stazione appaltante debba effettuare una sorta di indebita valutazione ufficiosa dell'equivalenza (cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 4.5.2017, n. 1003; preme altresì evidenziare che anche i commi 7 e 8 dell'art. 68 del D.Lgs. 50/2016 impongono al partecipante la prova dell'equivalenza "nella propria offerta").



ANAC DELIBERA 2017

L'indicazione nel Piano di qualità allegato al Capitolato tecnico dell'utilizzo di uno specifico applicativo non può considerarsi alla stregua di una specifica tecnica vincolante per gli operatori economici partecipanti alla gara se l'offerta di detto software da parte dell'operatore economico non rientra nell'oggetto del contratto e l'applicativo indicato è un mero strumento per il raggiungimento dei livelli qualitativi minimi nella gestione del servizio stabiliti nel Piano di qualità e quindi è sostituibile da parte dell'operatore economico aggiudicatario con altro software, purché idoneo al raggiungimento dei medesimi livelli qualitativi.

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da A –Affidamento in outsourcing del servizio ReCup – Importo a base di gara: euro 2.846.058,80 - S.A.: B

SPECIFICHE TECNICHE - TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE

TAR FRIULI SENTENZA 2017

Va innanzitutto posta l'attenzione sul criterio di aggiudicazione dell'appalto per cui è causa, che è quello del prezzo più basso. La scelta del criterio del prezzo più basso implica che l'oggetto della prestazione che deve essere resa dal contraente dell'Amministrazione sia già stato predeterminato a monte dalla stazione appaltante in sede di elaborazione della lex specialis di gara e che quel che differenzia un'offerta dall'altra sia solamente il corrispettivo per quella prestazione.

Conseguentemente, la mancata corrispondenza della prestazione dell'appaltatore alle specifiche tecniche della lex specialis di gara non determina una inammissibilità dell'offerta, perché l'offerta non ha ad oggetto la prestazione dell'appaltatore, ma solamente il suo corrispettivo. Sicché, detta non corrispondenza potrà rilevare in sede di esecuzione del contratto, ai fini dell'esatto adempimento del medesimo. Il comma 8 dell'articolo 83 del D.Lgs. n. 50/2016, in continuità con il previgente comma 1 bis dell'articolo 46 del D.Lgs. n. 163/2016, pone il principio di tassatività delle cause di esclusione della gara, comminando la nullità delle previsioni della lex specialis di gara che stabiliscano cause di esclusione ulteriori e diverse rispetto a quelle normativamente fissate. La disposizione precitata in realtà codifica l'orientamento sostanzialista già invalso nella più recente giurisprudenza amministrativa, per cui le cause di esclusione dalla gara, in quanto limitative della libertà di concorrenza, devono essere ritenute di stretta interpretazione, senza possibilità di estensione analogica (cfr., C.d.S., Sez. V[^], sentenza n. 2064/2013), con la conseguenza che, in caso di equivocità delle disposizioni che regolano lo svolgimento della gara, deve essere preferita quell'interpretazione che, in aderenza ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, eviti eccessivi formalismi e illegittime restrizioni alla partecipazione (cfr., T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. IV[^], sentenza n. 208/2017).

SPECIFICHE TECNICHE – CONDIZIONE DI PARTECIPAZIONE ALLA SELEZIONE - DIVIETO DI REGOLARIZZAZIONE POSTUMA

TAR TOSCANA SENTENZA 2017

Le caratteristiche tecniche previste nel capitolato per i beni oggetto di fornitura da affidare ad esito di gara costituiscono una condizione di partecipazione alla selezione, non essendo ammissibile che la stazione appaltante possa aggiudicare l'appalto ad un concorrente che non garantisca il livello qualitativo minimo prestabilito; non depone in senso contrario la circostanza che il bando non

sanzioni espressamente con l'esclusione l'offerta di beni difformi dalle caratteristiche indicate nel capitolato, giacché tale difformità si risolve in un "aliud pro alio" comportante di per sé l'esclusione dalla gara, anche in mancanza di apposita comminatoria, e al tempo stesso impedisce una regolarizzazione postuma, consentita soltanto quando i vizi rilevati nell'offerta siano puramente formali o chiaramente imputabili a errore materiale (TAR Toscana, I, 17.7.2014, n. 1309; TAR Sardegna, I, 15.4.2015, n. 705).

CONTRATTI PUBBLICI - FORNITURE - SPECIFICHE TECNICHE – EQUIVALENZA

TAR PIEMONTE ORDINANZA 2017

Gli atti di gara erano molto chiari nel richiedere che le valvole cardiache oggetto di fornitura dovessero essere prodotte, sia in sede di presentazione della offerta che in sede di esecuzione del contratto, complete di "cauterio" allocato nella medesima confezione o in confezione separata, adempimento questo funzionale, da una parte, allo scopo di consentire alla Commissione giudicatrice di valutarne la adeguatezza e funzionalità, d'altra parte al fine di assicurare, nel corso degli interventi chirurgici destinati alla installazione delle citate valvole cardiache, la disponibilità di cauteri adeguati alla installazione del dispositivo da impiantare sul paziente; ritenuto altresì che allo stato non si dispone di elementi inequivocabili che consentano di mettere in dubbio l'equivalenza o la comparabilità tra le valvole di "collagene bovino" indicate dal capitolato speciale e quelle di "gelatina" offerte dalla controinteressata, non potendosi a tale scopo tenere in considerazione solo gli studi – per di più in lingua straniera – prodotti da parte ricorrente.

PRODOTTI CON SPECIFICHE TECNICHE ANALOGHE A QUELLE RICHIESTE - FAVOR PARTECIPATIONIS (68)

TAR LOMBARDIA BS SENTENZA 2016

In ossequio al diritto comunitario, il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, per cui la possibilità di ammettere (a seguito di valutazione della stazione appaltante) prodotti aventi specifiche tecniche analoghe a quelle richieste risponde al principio del favor participationis (Consiglio di Stato, sez. IV – 26/8/2016 n. 2701 e la giurisprudenza ivi richiamata). Già ai sensi dell'art. 68 comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006, quando si avvalevano della possibilità di prescrivere determinate specifiche tecniche, le stazioni appaltanti non potevano respingere un'offerta per il motivo che i prodotti e i servizi offerti non fossero conformi alle specifiche alle quali avevano fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente provava in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperavano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche medesime. Detto principio è ribadito e rafforzato dall'art. 68 del D. Lgs. 50/2016 vigente. Peraltro, sin dal momento della presentazione dell'offerta, il concorrente che offre prodotti equivalenti deve fornire una prova idonea a dimostrare l'equivalenza allegata (T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV – 7/7/2016 n. 1339, che risulta appellata), così come sancito dal predetto art. 68 comma 7.

SPECIFICHE TECNICHE - COMPATIBILITÀ DEI MATERIALI CON IL PROGETTO - PRINCIPIO DI EQUIVALENZA - PRINCIPIO DELL'AFFIDAMENTO - VERIFICA DELL'ANOMALIA

ANAC DELIBERA 2017

Deve ritenersi illegittima in quanto viola il principio di equivalenza la revoca dell'aggiudicazione provvisoria disposta nei confronti di un'impresa che abbia offerto di svolgere i lavori adoperando materiali ritenuti compatibili con la destinazione del progetto dalla Sovrintendenza ai beni culturali

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016 presentata da A /Comune di Pistoia. Procedura negoziata per l'affidamento dell'intervento di riqualificazione e pedonalizzazione della Piazza Santo Spirito. Criterio di aggiudicazione: minor prezzo. Importo a base di gara: 490.221,67 euro.

OFFERTA TECNICA – SPECIFICHE TECNICHE – OFFERTA NON CONFORME – REVOCA AGGIUDICAZIONE

TAR TRENTINO TN SENTENZA 2017

L'onere della prova circa l'effettivo rispetto delle specifiche tecniche, o l'eventuale equivalenza del prodotto offerto rispetto alle stesse ex art. 68, co. 4, d.lgs. n.163/2006, incombe all'impresa, e - d'altra parte - le inerenti valutazioni rientrano nella discrezionalità tecnica della stazione appaltante a meno di evidenti aporie logiche o fattuali.

PROVA EQUIVALENZA NELL'OFFERTA - RIMISSIONE CORTE DI GIUSTIZIA (68.13)

CONSIGLIO DI STATO ORDINANZA 2016

L'art. 68 del D. Lgs. n. 163/2006 al comma 13 prevede che: "A meno di non essere giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono autorizzati, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando i commi 3 e 4, a condizione che siano accompagnati dall'espressione «o equivalente»".

La trascritta norma non prescrive che il concorrente provi in sede di gara l'equivalenza dei prodotti offerti a quelli originali e ciò diversamente dalle ipotesi in cui la stazione appaltante individui i prodotti oggetto della commessa ai sensi del precedente, comma 3, nelle quali il concorrente è tenuto a comprovare già nella propria offerta "che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche" (commi 4, 6, 7 e 8).

Pertanto, il testo dell'art. 68, comma 13, del D. Lgs. n. 163/2006, è pressoché perfettamente sovrapponibile a quello dell'art. 34, comma 8, della direttiva n. 2004/17/CE.

Quest'ultimo infatti prevede che: "A meno di non essere giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica con l'effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono autorizzati, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando i paragrafi 3 e 4; una siffatta menzione o un siffatto riferimento sono accompagnati dall'espressione «o equivalente»". Prima facie, quindi, non emergono contrasti tra la norma interna e quella euro unitaria. Per cui potrebbe concludersi per la conformità della prima alla seconda.

Tuttavia, un'interpretazione sistematica di quest'ultima potrebbe portare a ritenere che anche nell'ipotesi di prodotti individuati ai sensi del comma 8 della Direttiva n. 2004/17/CE, la prova dell'equivalenza debba essere data sin dall'offerta.

Ai fini del decidere diviene, quindi, rilevante stabilire se la detta direttiva debba essere intesa nel senso di imporre la prova dell'equivalenza dei prodotti da fornire già nell'offerta, anche nell'ipotesi di cui al comma 8 e per conseguenza se sia conforme ad essa, l'art. 68, comma 13, del D.Lgs. n. 163/2006. Il Collegio ritiene di dover rimettere alla Corte di giustizia dell'UE le seguenti questioni pregiudiziali:

- a) in via principale: se l'art. 34, comma 8, della direttiva 2004/17/CE debba essere inteso nel senso di imporre la prova dell'equivalenza all'originale dei prodotti da fornire già in sede di offerta;
- b) in via subordinata rispetto al primo quesito, per il caso in cui la questione di interpretazione di cui alla precedente lettera a) sia risolta in senso negativo: con quali modalità debba essere assicurato il rispetto dei principi di parità di trattamento e imparzialità, di piena concorrenzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, nonché del diritto di difesa e contraddittorio degli altri concorrenti.

SPECIFICHE TECNICHE -COMPATIBILITÀ DEI MATERIALI CON IL PROGETTO - PRINCIPIO DI EQUIVALENZA

ANAC DELIBERA 2017

Deve ritenersi illegittima in quanto viola il principio di equivalenza la revoca dell'aggiudicazione provvisoria disposta nei confronti di un'impresa che abbia offerto di svolgere i lavori adoperando materiali ritenuti compatibili con la destinazione del progetto dalla Sovrintendenza ai beni culturali.

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016 presentata da A/Comune di Pistoia. Procedura negoziata per l'affidamento dell'intervento di riqualificazione e pedonalizzazione della Piazza Santo Spirito. Criterio di aggiudicazione: minor prezzo. Importo a base di gara: 490.221,67 euro.

Le norme appena esaminate, dunque, per evitare che le specifiche tecniche previste dalla stazione appaltante nel bando di gara possano irrazionalmente ed eccessivamente limitare la concorrenza, introducono una sorta di principio di equivalenza, confermato anche dalla recente quanto costante giurisprudenza secondo cui "non può essere escluso l'operatore economico interessato a partecipare alla gara il quale dimostri che il prodotto o il servizio da lui offerto ha le medesime prestazioni e perviene ai medesimi risultati pretesi dalla amministrazione aggiudicatrice. Il principio, ha la funzione di garantire e promuovere la maggior apertura concorrenziale tanto nell'ambito del singolo procedimento di affidamento (il che si collega col tradizionale principio del favor participationis nelle gare pubbliche), quanto nel generale mercato degli appalti pubblici".(T.A.R. Cagliari, Sentenza 17 febbraio 2009, n. 197. In senso conforme si veda anche: T.A.R. Milano, Sentenza 19 maggio 2009, n. 3758).

La natura giuridica e il contenuto del bando di gara.

La natura giuridica del bando di gara è controversa. Secondo la concezione privatistico – negoziale, infatti, il bando si configurerebbe come un'offerta al pubblico ovvero come un invito ad offrire. Posto che in esso non è indicato il prezzo, se ne esclude, infatti, la natura di proposta contrattuale.

Secondo la concezione pubblicistica, invece, il bando è un tipico atto amministrativo, volto a dare inizio e a regolare la fase procedimentale diretta alla stipula di un contratto. Nell'ambito della c.d. concezione pubblicistica si contrappongono, peraltro, due opposti indirizzi giurisprudenziali. Per il primo, il bando è assimilabile ad un atto amministrativo; per il secondo, invece, ad esso va riconosciuta la particolare qualificazione di atto normativo. Secondo quest'ultima impostazione, esso si configura come *lex specialis* della procedura ad evidenza pubblica.

L'impostazione che qualifica il bando come *lex specialis*, fatta propria dalla giurisprudenza maggioritaria, ha un'importante implicazione: le prescrizioni del bando di gara, infatti, non vincolano solo i concorrenti, ma anche l'Amministrazione, la quale non dispone, quindi, di margini di discrezionalità nella loro concreta attuazione.

In tale prospettiva è stato affermato che **“nelle procedure per l'affidamento di appalti pubblici, la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento; pertanto, qualora il bando commini espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, la p.a. è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tale previsione, anche nel caso che con tale “lex specialis” la p.a. si sia illegittimamente autovincolata, mediante esplicito rinvio ad una fonte normativa (erroneamente richiamata), attesa la sua non disapplicabilità”** (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 12 gennaio 2005, n. 43).

Ne deriva che le prescrizioni del bando di gara non possono neppure essere disapplicate dalla PA, ancorché ritenute genericamente “inopportune”; esse, infatti, “costituiscono la *lex specialis* della gara stessa, la quale vincola non solo i concorrenti ma anche la stessa amministrazione, la quale non dispone di alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione né può disapplicarle neppure nel caso in cui talune di esse risultino inopportune, salva la possibilità di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento d'ufficio del bando” (Cons. Stato, Sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 263).

A conferma della non disapplicabilità, per il caso in cui il bando predisposto dalla stazione appaltante richiami disposizioni normative che erano state abrogate al momento della sua emanazione, è stato affermato che “è illegittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante, in sede di verifica dell'anomalia delle offerte, abbia applicato i nuovi criteri contenuti nel Codice dei contratti pubblici, disattendendo l'applicazione della normativa già abrogata prima dell'indizione della gara, ed erroneamente richiamata nel bando. Una volta ravvisata l'illegittimità, la stazione appaltante avrebbe dovuto disporre l'annullamento della procedura ed, eventualmente, l'indizione di una nuova gara nel rispetto della normativa vigente” (Tar Lazio, Sez. II ter, 29 gennaio 2007, n. 616).

Quanto agli effetti dello *jus superveniens*, l'applicazione del principio di immodificabilità del bando, discendente dal suo inquadramento come *lex specialis* di gara, implica che, una volta adottato, il bando di gara continui a regolare le fasi della procedura anche se medio tempore è sopravvenuta una difforme normativa.

Va tenuto presente che, a seconda dell'adesione alla concezione privatistica o a quella pubblicistica, scaturiscono effetti differenti in relazione alla possibilità di integrazione del bando, nonché al rapporto intercorrente tra il bando stesso e l'aggiudicazione.

Se si considera il bando come *lex specialis* di gara, infatti, deve, ad esempio, tendenzialmente escludersi la possibilità di integrazione negoziale del bando.

Va, infatti, rilevato che gli atti autoritativi non sono suscettibili di integrazioni ad opera dell'autonomia privata.

Con riguardo, poi, **all'aggiudicazione**, è opportuno evidenziare che, considerando il bando di gara come *lex specialis* (o, comunque, come atto amministrativo generale) l'aggiudicazione della gara si presenterebbe come provvedimento amministrativo che definisce la procedura ad evidenza pubblica, con cui la PA individua, in via autoritativa, l'altro contraente.

Al contrario, aderendo alla concezione privatistica – negoziale, l’aggiudicazione si configurerebbe come atto negoziale con il quale la PA accetta la proposta formulata dal privato e manifesta la volontà di addivenire alla conclusione del contratto.

il raffronto con l’articolo 11, comma 7, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ai sensi del quale **“l’aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell’offerta. L’offerta dell’aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 9”**, pone in luce, peraltro, i punti di debolezza della concezione privatistica./così testualmente i commi 8 e 9:

8. L’aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti. si veda quanto disposto dall’art. 31 comma 4 lett. b del D.L. 69/2013 in vigore dal 22/06/2013, convertito senza ulteriori modifiche dalla L. 98/2013 9. Divenuta efficace l’aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l’esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell’invito ad offrire, ovvero l’ipotesi di differimento espressamente concordata con l’aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all’articolo 12, comma 3, non avviene nel termine ivi previsto, l’aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All’aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all’esecuzione del contratto in via d’urgenza, l’aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l’esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisorie. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all’esecuzione del contratto in via d’urgenza, l’aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell’esecuzione. L’esecuzione di urgenza di cui al presente comma non è consentita durante il termine dilatorio di cui al comma 10 e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal comma 10-ter, salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all’interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari. comma modificato dal D.Lgs. 113 del 31/07/2007 in vigore dal 01/08/2007, e dall’art. 1, comma 1, Decreto Legislativo n.53 del 20/03/2010 in vigore dal 27/04/2010.)

La disposizione introdotta dal Codice chiarisce, infatti, che l’aggiudicazione definitiva si limita a realizzare, sul piano negoziale, soltanto l’effetto di rendere irrevocabile la proposta fino al termine indicato per la stipulazione del contratto e, pertanto, sembra esaltare la connotazione autoritativa che connota la fase di scelta del contraente, piuttosto che quella privatistica.

Per ciò che riguarda, infine, il contenuto del bando di gara, il già richiamato articolo 64 del codice degli appalti, al comma 4, così come modificato dal decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152, stabilisce che: **4. Le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara o nell’avviso di indizione di gara le loro esigenze e i requisiti richiesti e li definiscono nel bando stesso, nell’avviso di indizione o in un documento descrittivo.**

L’amministrazione, dunque, può inserire nel bando elementi ulteriori e più restrittivi rispetto a quelli previsti dalla legge, purché venga rispettato il limite della logicità, della ragionevolezza e della pertinenza rispetto allo scopo perseguito. Ciò soprattutto quando la PA decide di ricorrere al dialogo competitivo (art. 64. Dialogo competitivo **1. Il provvedimento con cui le stazioni**

appaltanti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), decidono di ricorrere al dialogo competitivo deve contenere specifica motivazione, i cui contenuti sono richiamati nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139 sulla sussistenza dei presupposti previsti per il ricorso allo stesso. L'appalto è aggiudicato unicamente sulla base del criterio dell'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo conformemente all'articolo 95, comma 6. 2. Nel dialogo competitivo qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare in risposta a un bando di gara, o ad un avviso di indizione di gara, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante, per la selezione qualitativa)

In questi casi deve essere garantita la parità di trattamento fra tutti i partecipanti e non possono essere rivelati ai partecipanti le soluzioni proposte e/o le offerte comunicate da ciascun partecipante al dialogo) Durante il dialogo le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento di tutti i partecipanti. A tal fine, non possono fornire informazioni che possano avvantaggiare determinati partecipanti rispetto ad altri. (art. 64 : 7. **Conformemente all'articolo 53 le stazioni appaltanti non possono rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte o altre informazioni riservate comunicate da un candidato o da un offerente partecipante al dialogo, senza l'accordo di quest'ultimo. Tale accordo non assume la forma di una deroga generale ma si considera riferito alla comunicazione di informazioni specifiche espressamente indicate. 8. I dialoghi competitivi possono svolgersi in fasi successive in modo da ridurre il numero di soluzioni da discutere durante la fase del dialogo applicando i criteri di aggiudicazione stabiliti nel bando di gara, nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo. Nel bando di gara o nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo le stazioni appaltanti indicano se sceglieranno tale opzione. 9. La stazione appaltante prosegue il dialogo finché non è in grado di individuare la soluzione o le soluzioni che possano soddisfare le sue necessità. 10. Dopo aver dichiarato concluso il dialogo e averne informato i partecipanti rimanenti, le stazioni appaltanti invitano ciascuno a presentare le loro offerte finali in base alla soluzione o alle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo. Tali offerte contengono tutti gli elementi richiesti e necessari per l'esecuzione del progetto. Su richiesta della stazione appaltante le offerte possono essere chiarite, precisate e perfezionate. Tuttavia le precisazioni, i chiarimenti, i perfezionamenti o i complementi delle informazioni non possono avere l'effetto di modificare gli aspetti essenziali dell'offerta o dell'appalto, compresi i requisiti e le esigenze indicati nel bando di gara, nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo, qualora le variazioni rischino di falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio.)**

11. Le stazioni appaltanti valutano le offerte ricevute sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel bando di gara, nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo e applicano, altresì, le seguenti disposizioni:

a) i documenti alla base delle offerte ricevute possono essere integrati da quanto emerso nel dialogo competitivo;

b) su richiesta della stazione appaltante possono essere condotte negoziazioni con l'offerente che risulta aver presentato l'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo al fine di confermare gli impegni finanziari o altri termini contenuti nell'offerta attraverso il completamento dei termini del contratto.

12. Le disposizioni di cui alle lettere a) e b) del comma 11 si applicano qualora da ciò non consegua la modifica sostanziale di elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto, comprese le esigenze e i requisiti definiti nel bando di gara, nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo, ovvero che non si rischi di falsare la concorrenza o creare discriminazioni.

13. Le stazioni appaltanti possono prevedere premi o pagamenti per i partecipanti al dialogo.

Anche il Consiglio di Stato, con la sentenza 15 dicembre 2005, n. 7139, ha riconosciuto “la legittimità di tutti quei requisiti richiesti dalla P.A. che, pur essendo ulteriori e più restrittivi di quelli previsti dalla legge, comunque rispettino il limite della logicità e della ragionevolezza e, cioè, della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito. La P.A., infatti, nella predisposizione del bando, esercita un potere attinente al merito amministrativo, laddove inserisce disposizioni ulteriori rispetto al contenuto minimo ex lege previsto; queste ultime, quindi, saranno censurabili in sede giurisdizionale, solo allorché appaiano viziate da eccesso di potere, ad esempio per illogicità o per incongruenza rispetto al fine pubblico della gara” (in senso conforme si veda anche: T.A.R. Genova, Sez. II, 15 maggio 2008, n. 1009; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 19 marzo 2007, n. 2934;).

Occorre, tuttavia, precisare che il disposto letterale dell’articolo 64, comma 4, non si applica in tema di concessione di servizi, anche se il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza n. 16 giugno 2009, n. 3844, ha precisato che: “per dette procedure si applica il principio generale che impone un’adeguata comunicazione delle notizie relative a data, luogo ed ora delle operazioni, in modo da consentire l’effettiva pubblicità e la concreta possibilità di partecipazione da parte dei soggetti interessati. I parametri di adeguatezza e proporzionalità delle misure informative non sono rispettate dalla mera affissione all’albo pretorio.”

Requisiti di ammissione e criteri di selezione delle offerte.

Art. 38. Requisiti di ordine generale

ABROGATO DAL 19-04-2016 (ART. 217 DLGS 50-2016)

1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni; comma così modificato dal DL 83/2012 in vigore dal 26/06/2012 convertito senza modificare ulteriormente la presente lettera. [n.d.r. Il D.L. 22 giugno 2012, n. 83, ha disposto, con l'art. 33, comma 3, che "Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano ai procedimenti di concordato preventivo e per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti introdotti dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, nonché ai piani di cui al comma 1, lettera a), n. 1) elaborati successivamente al predetto termine."]

b) nei cui confronti é pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società; lettera così modificata dall'art.4, comma 2, lett.b) del DL 13/05/2011 n. 70 in vigore dal 14/05/2011, e ulteriormente modificato dalla legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106, in vigore dal 13/07/2011

c) nei cui confronti é stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su



richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima; lettera così modificata dall'art.4, comma 2, lett.b) del DL 13/05/2011 n. 70 in vigore dal 14/05/2011, e ulteriormente modificato dalla legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106, in vigore dal 13/07/2011

d) che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55; l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa; lettera così modificata dall'art.4, comma 2, lett.b) del DL 13/05/2011 n. 70 in vigore dal 14/05/2011, convertito con la legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106, in vigore dal 13/07/2011

e) che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio; lettera sostituita dall'art.4, comma 2, lett.b) del DL 13/05/2011 n. 70 in vigore dal 14/05/2011, successivamente la modifica è stata soppressa dalla legge di conversione Legge 12 luglio 2011, n. 106, in vigore dal 13/07/2011

f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante;

g) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti; lettera così modificata dall'art.4, comma 2, lett.b) del DL 13/05/2011 n. 70 in vigore dal 14/05/2011, convertito con la legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106, in vigore dal 13/07/2011

h) nei cui confronti, ai sensi del comma 1-ter, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti. lettera modificata dall'art. 2, comma 1, lett. h), d.lgs. n. 152 del 11/09/2008 in vigore dal 17/10/2008 e successivamente così sostituita dall'art.4, comma 2, lett.b) del DL 13/05/2011 n. 70 in vigore dal 14/05/2011, convertito con la legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106, in vigore dal 13/07/2011

i) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti; si veda quanto disposto dall'art.31 comma 4 lett. a del D.L. 69/2013 in vigore dal 22/06/2013, convertito senza ulteriori modifiche dalla L. 98/2013

l) che non presentino la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2. lettera sostituita dall'art.4, comma 2, lett.b) del DL 13/05/2011 n. 70 in vigore dal 14/05/2011, successivamente la modifica è stata soppressa dalla legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106, in vigore dal 13/07/2011

m) nei cui confronti é stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 36-bis, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006 n. 248; lettera modificata dal D.Lgs. 113 del 31/07/2007 in vigore dal 01/08/2007

m-bis) nei cui confronti, ai sensi dell'articolo 40, comma 9-quater, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA. lettera aggiunta dall'art. 3, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 113 del 2007, poi modificata dall'art. 2, comma 1, lett. h), d.lgs. n. 152 del 11/09/2008 in vigore dal 17/10/2008, successivamente così sostituita dall'art.4, comma 2, lett.b) del DL 13/05/2011 n. 70 in vigore dal 14/05/2011, convertito con la legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106, in vigore dal 13/07/2011

m-ter) di cui alla precedente lettera b) che pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti alla autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio. lettera aggiunta dall'art. 2, comma 19, lett. a), Legge 94 del 15/07/2009 in vigore dall'08/08/2009, successivamente così modificata dall'art.4, comma 2, lett.b) del DL 13/05/2011 n. 70 in vigore dal 14/05/2011, e ulteriormente modificato dalla legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106, in vigore dal 13/07/2011

m-quater) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale. lettera aggiunta dall'art. 3, comma 1, Decreto Legge 135 del 25/09/2009 in vigore dal 26/09/2009

1-bis. Le cause di esclusione previste dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o della legge 31 maggio 1965, n. 575, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento, o finanziario. comma introdotto dall'art. 2, comma 19, lett. b), Legge 94 del 15/07/2009 in vigore dall'08/08/2009, e successivamente così

modificato dall'art.4, comma 2, lett.b) del DL 13/05/2011 n. 70 in vigore dal 14/05/2011, convertito con la legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106, in vigore dal 13/07/2011

1-ter. In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lettera h), fino ad un anno, decorso il quale l'iscrizione é cancellata e perde comunque efficacia. comma introdotto dall'art.4, comma 2, lett.b) del DL 13/05/2011 n. 70 in vigore dal 14/05/2011, convertito con la legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106, in vigore dal 13/07/2011, quindi modificato dal Decreto-legge 5/2012 in vigore dal 10/02/2012, convertito dalla Legge di conversione 4 aprile 2012, n. 35 in vigore dal 07/04/2012

2. Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del comma 1, lettera c), il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione. Ai fini del comma 1, lettera g), si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'articolo 48 bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602; costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili. Ai fini del comma 1, lettera i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266; i soggetti di cui all'articolo 47, comma 1, dimostrano, ai sensi dell'articolo 47, comma 2, il possesso degli stessi requisiti prescritti per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva. Ai fini del comma 1, lettera m-quater), il concorrente allega, alternativamente:

a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile rispetto ad alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta autonomamente;

b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente;

c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente.

Nelle ipotesi di cui alle lettere a), b) e c), la stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica. comma modificato dall'art. 3, comma 2, Decreto Legge 135 del 25/09/2009 in vigore dal 26/09/2009, e successivamente così sostituito dall'art.4, comma 2, lett.b) del DL 13/05/2011 n. 70 in vigore dal 14/05/2011, e ulteriormente modificato dalla legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106, in vigore dal 13/07/2011, e dal Decreto-Legge n. 16 del

02/03/2012, in vigore dal 02/03/2012, convertito in legge, senza apportare ulteriori modifiche al codice, dalla Legge 26/04/2012 n. 44, in G.U. n.99 del 28/4/2012, in vigore dal 29/04/2012

2-bis. La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte. comma introdotto dall'art. 39, comma 1, DL 90/2014 in vigore dal 25/06/2014, quindi integrato dalla L 114/2014 in vigore dal 19/08/2014

3. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l'articolo 43 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445; resta fermo per le stazioni appaltanti e per gli enti aggiudicatori l'obbligo di acquisire d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva. In sede di verifica delle dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2 le stazioni appaltanti chiedono al competente ufficio del casellario giudiziale, relativamente ai candidati o ai concorrenti, i certificati del casellario giudiziale di cui all'articolo 21 del decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, oppure le visure di cui all'articolo 33, comma 1, del medesimo decreto n. 313 del 2002. modificato dal D.L. 69/2013 in vigore dal 22/06/2013, convertito senza ulteriori modifiche dalla L. 98/2013

4. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, nei confronti di candidati o concorrenti non stabiliti in Italia, le stazioni appaltanti chiedono se del caso ai candidati o ai concorrenti di fornire i necessari documenti probatori, e possono altresì chiedere la cooperazione delle autorità competenti.

5. Se nessun documento o certificato é rilasciato da altro Stato dell'Unione europea, costituisce prova sufficiente una dichiarazione giurata, ovvero, negli Stati membri in cui non esiste siffatta dichiarazione, una dichiarazione resa dall'interessato innanzi a un'autorità giudiziaria o amministrativa competente, a un notaio o a un organismo professionale qualificato a riceverla del Paese di origine o di provenienza.

Il citato articolo, rubricato "requisiti di ordine generale", individua, dunque, quelle condizioni di natura soggettiva del concorrente che, qualora sussistenti, potrebbero precludere la partecipazione alla gara e, qualora sopravvenute a procedura in corso, potrebbero giustificare il rifiuto a contrarre dell'amministrazione aggiudicatrice. E' lo stesso candidato a dover attestare il possesso dei requisiti de quibus attraverso una dichiarazione sostitutiva rilasciata ai sensi del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, fermo restando l'obbligo di verifica per le stazioni appaltanti prima di procedere all'aggiudicazione definitiva.

Sul punto, il Consiglio di Stato ha chiarito che "l'articolo 38 del d.lgs. n. 163/06 prevede ipotesi per le quali la situazione ostativa, per essere tale, deve avere carattere di gravità: (lett. e), in materia di sicurezza del lavoro, lett. f) negligenza e malafede nell'esecuzione delle prestazioni, lett. i)

irregolarità contributiva), ed altre situazioni per le quali il requisito della gravità non è richiesto, e, tra queste, la irregolarità di cui alla lett. g), che interessa la fattispecie.

Ne discende che il legislatore ha inteso attribuire all'Amministrazione il potere di valutare l'entità dell'infrazione, ai fini della sussistenza del requisito di affidabilità, soltanto nelle ipotesi caratterizzate dalla gravità, mentre nelle altre la sussistenza dell'infrazione è di per sé sufficiente ad impedire la partecipazione alla procedura." (Consiglio di Stato, 23 marzo 2009, n. 1755).

Il codice dei contratti pubblici, poi, agli articoli 40, 41 e 42, disciplina i requisiti di capacità tecnica ed economica concernenti il grado di esperienza e la capacità professionale del concorrente; il possesso di detti requisiti, in sostanza, attesta l'idoneità, sotto il profilo tecnico e finanziario, ad espletare l'attività oggetto di gara.

TESTO

Art. 40. Qualificazione per eseguire lavori pubblici

ABROGATO DAL 19-04-2016 (ART. 217 DLGS 50-2016)

1. I soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati e improntare la loro attività ai principi della qualità, della professionalità e della correttezza. Allo stesso fine i prodotti, i processi, i servizi e i sistemi di qualità aziendali impiegati dai medesimi soggetti sono sottoposti a certificazione, ai sensi della normativa vigente.

2. Con il regolamento previsto dall'articolo 5, viene disciplinato il sistema di qualificazione, unico per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici, di importo superiore a 150.000 euro, articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori stessi. Con il regolamento di cui all'articolo 5 possono essere altresì periodicamente revisionate le categorie di qualificazione con la possibilità di prevedere eventuali nuove categorie. comma modificato dal D.Lgs. 113 del 31/07/2007 in vigore dal 01/08/2007

3. Il sistema di qualificazione è attuato da organismi di diritto privato di attestazione, appositamente autorizzati dall'Autorità. L'attività di attestazione è esercitata nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori. Le SOA nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici svolgono funzioni di natura pubblicistica, anche agli effetti dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20. In caso di false attestazioni dalle stesse rilasciate si applicano gli articoli 476 e 479 del codice penale. Prima del rilascio delle attestazioni, le SOA verificano tutti i requisiti dell'impresa richiedente. Agli organismi di attestazione è demandato il compito di attestare l'esistenza nei soggetti qualificati di: alinea modificato dall'art. 3, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 113 del 2007, poi dall'art. 2, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 152 del 11/09/2008 in vigore dal 17/10/2008

a) certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla vigente normativa nazionale, rilasciata da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000; I soggetti accreditati sono tenuti a inserire la certificazione di cui alla presente lettera relativa alle imprese esecutrici di lavori pubblici nell'elenco ufficiale istituito presso l'organismo nazionale italiano di accreditamento di cui all'articolo 4, comma 2, della legge 23 luglio 2009, n. 99; lettera così modificata dall'art.4, comma 2, lett.c) del DL 13/05/2011 n. 70 in vigore dal 14/05/2011, e ulteriormente modificato dalla legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106, in vigore dal 13/07/2011

b) requisiti di ordine generale nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione. Tra i requisiti tecnico organizzativi rientrano i certificati rilasciati alle imprese esecutrici dei lavori pubblici da parte delle stazioni appaltanti. Gli organismi di attestazione acquisiscono detti certificati unicamente dall'Osservatorio, cui sono trasmessi, in copia, dalle stazioni appaltanti.

Gli articoli 41 e 42, invece, rubricati rispettivamente “capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi” e “capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi”, prendono in considerazione gli appalti di servizi e forniture, ai quali non si applica il sistema di qualificazione appena descritto in tema di lavori pubblici.

Anche per questo tipo di procedure, tuttavia, è prevista una verifica, effettuata dalla stazione appaltante, della solidità economica e della capacità professionale dei concorrenti.

L'articolo 41, in particolare, si occupa dell'aspetto economico-finanziario della verifica, imponendo ai candidati o di fornire idonee referenze bancarie, cioè dichiarazioni prive di natura fidejacenti in grado di fornire un indizio circa la solidità economica del concorrente, o di produrre i propri bilanci, oppure di documentare il fatturato registrato negli ultimi tre esercizi.

La Stazione appaltante, in ogni caso, deve precisare nel bando i requisiti necessari per l'ammissione, e può prevederne altri rispetto a quelli previsti dalla norma in esame, fermo restando l'obbligo di rispettare i principi di adeguatezza e proporzionalità riferiti all'oggetto dell'appalto.

Anche il Consiglio di Stato, con la sentenza 12 giugno 2007, n. 3103, ha ribadito tale principio precisando che: “non può dubitarsi che l'amministrazione aggiudicatrice abbia il potere discrezionale di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara, anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge, e che possa pertanto pretendere l'attestazione di requisiti di capacità diversi ed ulteriori dalla semplice iscrizione nell'elenco, le previsioni indicate nelle accennate disposizioni normative limitandosi a stabilire una semplice presunzione di possesso dei requisiti minimi per la partecipazione alla gara, che pertanto ben possono essere derogati (o meglio incrementati, sotto l'aspetto qualitativo e quantitativo) dall'amministrazione in relazione alle peculiari caratteristiche del servizio da appaltare.

L'esercizio di detto potere discrezionale costituisce in realtà precipua attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'articolo 97 della Costituzione, e si sostanzia quindi nel potere – dovere assegnato all'amministrazione di apprestare (proprio attraverso la specifica individuazione degli specifici requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara) gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare: le scelte così operate da un'amministrazione aggiudicatrice, ampiamente discrezionali, impingono nel merito dell'azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano *ictu oculi* manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie, sproporzionate, illogiche e contraddittorie” (nello stesso senso si veda anche Consiglio di Stato, 15 febbraio 2007, n. 647; 10 gennaio 2007, n. 37; 15 marzo 2006, n. 1387).

L'articolo 42, invece, prende in considerazione i requisiti di capacità tecnica e professionale dei concorrenti, proponendo un'elencazione dettagliata degli elementi che possono essere richiesti per dimostrare il possesso dei requisiti tecnici e di professionalità. Appare, tuttavia, opportuno precisare che il comma 2 della norma in questione ("La stazione appaltante precisa nel bando di gara o nella lettera d'invito, quali dei suindicati documenti e requisiti devono essere presentati o dimostrati") sembra precludere alla stazione appaltante la possibilità di richiedere nella *lex specialis* ulteriori elementi rispetto a quelli elencati.

Per ciò che attiene ai criteri di selezione delle offerte, rileva l'articolo 81 del codice, il quale stabilisce che **"1. Nei contratti pubblici, fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative alla remunerazione di servizi specifici, la migliore offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.**

2. Le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara quale dei due criteri di cui al comma 1 sarà applicato per selezionare la migliore offerta.

3. Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto."

Dall'esame della norma richiamata si evince che sono i criteri che possono essere utilizzati per la scelta dell'offerta migliore sono due: il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa. Nel primo caso, la gara sarà aggiudicata al concorrente che avrà offerto il prezzo più basso, nel secondo caso, al concorrente che avrà ottenuto il migliore punteggio a seguito della valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica presentata. Esiste, dunque, un principio di tassatività/esclusività che può essere derogato solo in specifiche ipotesi espressamente previste dalla legge, come ad esempio nel caso in cui occorra selezionare un servizio intellettuale fornito da un professionista, la cui attività non può essere valutata esclusivamente sotto l'aspetto economico.

Ciò posto, bisogna precisare che la stazione appaltante deve scegliere il criterio da utilizzare, indicandolo nel bando di gara, tenendo conto delle caratteristiche dell'oggetto del contratto. L'articolo 81, infatti, sancisce una sorta di equipollenza tra i due criteri, di conseguenza la scelta non può che essere rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante, la quale, di volta in volta, deve optare per la soluzione ritenuta più adeguata ai fini del perseguimento dell'interesse pubblico. Tale discrezionalità, dunque, incontra il limite interno dell'adeguatezza, da valutare tenendo conto delle prescrizioni contenute nel bando di gara, ed il limite esterno della trasparenza. L'indicazione del criterio selezionato nel bando, infatti, da un lato consente agli imprenditori di effettuare per tempo una programmazione relativa alle procedure di aggiudicazione cui partecipare, dall'altro impedisce alla stazione appaltante di mutare il criterio in corso di gara con conseguente pregiudizio per i partecipanti. Per concludere non va dimenticato che il terzo comma della norma in questione consente all'amministrazione di non aggiudicare l'appalto qualora nessuna offerta risulti idonea a soddisfare le esigenze sottese alla procedura di gara.

La documentazione complementare al bando di gara: disciplinare e capitolati speciali.

Il disciplinare di gara ed il capitolato speciale d'appalto integrano il bando di gara a cui rinviano; per questo motivo costituiscono la documentazione complementare al bando di gara.

Il c.d. disciplinare di gara è un documento che contiene norme integrative del bando relativamente alle modalità di partecipazione alla gara e di presentazione dell'offerta nonché alle procedure di aggiudicazione.

La prima parte del disciplinare specifica i requisiti di ordine generale e di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria previsti per la partecipazione alla gara. Vengono, inoltre, illustrate in maniera più dettagliata le modalità di presentazione dell'offerta economica. La seconda parte del disciplinare, invece, serve a garantire la trasparenza della procedura e la "par condicio" dei concorrenti. Viene, infatti, illustrato dettagliatamente il procedimento di aggiudicazione e vengono elencati i documenti da presentare nel caso di verifica a campione ex articolo 10, comma 1- quater della legge 109/94. Vengono, inoltre, fornite alcune precisazioni per chiarire a quale voci del bilancio o delle dichiarazioni dei redditi ci si deve riferire per individuare la cifra d'affari, l'ammortamento ed il costo del personale.

Nell'ultima parte, infine, vengono illustrate le modalità attraverso cui verranno valutate le offerte anomale in relazione all'importo dell'appalto.

La definizione dei capitoli d'appalto, invece, viene fornita dal regolamento di contabilità generale, contenuto nel R.D. n. 827 del 1924, il quale all'articolo 45 dispone: "I capitoli d'onere per ogni genere di contratti possono dividersi, ove sia necessario, in generali e speciali e sono approvati da ciascun ministero. I capitoli generali d'onere contengono le condizioni che possono applicarsi indistintamente ad un determinato genere di lavoro, appalto o contratto, e le forme da seguirsi per le gare. Quelli speciali riguardano le condizioni che si riferiscono più particolarmente all'oggetto proprio del contratto.

Nei capitoli d'onere sono determinate la natura e l'importanza delle garanzie che i concorrenti devono produrre per essere ammessi agli incanti, e per assicurare l'adempimento dei loro impegni; come pure le clausole penali e l'azione che l'amministrazione può esercitare sopra le cauzioni nel caso d'inadempimento ai detti impegni non che il luogo in cui l'aggiudicatario, il suo fideiussore o l'approbatore, garante del fideiussore, devono eleggere il domicilio legale".

Si distinguono, dunque, due diverse categorie di capitoli d'appalto: quelli generali e quelli speciali. I capitoli generali d'appalto sono predisposti dall'amministrazione o dalla singola stazione appaltante per regolare in maniera uniforme quella serie di contratti "propri" attraverso la predisposizione di una disciplina generale, vale a dire non riferita solo all'oggetto del contratto.

L'esempio più importante è costituito dal capitolato generale dei lavori pubblici, contenuto nel D.M. 9 aprile 2000, n. 145.

I capitoli speciali d'appalto, invece, sono di norma predisposti da ciascuna amministrazione in vista di un determinato contratto da concludere. Detti disciplinari contengono tutti gli elementi necessari per una completa definizione tecnica ed economica dell'oggetto dell'appalto.

I principi che reggono la gara pubblica: pubblicità, tecnicità, par condicio, continuità.

I principi che reggono la gara pubblica sono espressamente elencati dall'articolo 2 del Codice degli appalti

TESTO

Art. 2. Principi

ABROGATO DAL 19-04-2016 (ART. 217 DLGS 50-2016)

1. L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice.

1-bis. Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese. Nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti. comma introdotto dall'art. 44, comma 7, del decreto-legge n. 201/2011 in vigore dal 06/12/2011, poi convertito senza modifiche dalla Legge di conversione 214/2011, in vigore dal 28/12/2011, quindi modificato dalla L.135/2012, in vigore dal 15/08/2012, di conversione del D.L. 95/2012 - modificato dalla Legge 96/2013 di conversione del D.L.69/2013, entrata in vigore dal 21/08/2013

1-ter. La realizzazione delle grandi infrastrutture, ivi comprese quelle disciplinate dalla parte II, titolo III, capo IV, nonché delle connesse opere integrative o compensative, deve garantire modalità di coinvolgimento delle piccole e medie imprese. comma introdotto dall'art. 44, comma 7, del decreto-legge n. 201/2011 in vigore dal 06/12/2011, poi convertito senza modifiche dalla Legge di conversione 214/2011, in vigore dal 28/12/2011

2. Il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile.

3. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni.

4. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'articolo 1 si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile

Tra i principi che operano con riguardo alla fase dell'affidamento dell'appalto, vengono in rilievo i principi fondamentali del Trattato CE, quelli, cioè, di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, proporzionalità e pubblicità. In particolare, si può osservare che il principio di pubblicità, il quale appartiene tanto al diritto comunitario quanto a quello nazionale, assume, nella materia delle procedure di aggiudicazione, una valenza decisiva. Per un verso, infatti, esso è strumentale alla realizzazione della parità di trattamento e di massima partecipazione alla procedura; per altro verso, esso è finalizzato a realizzare la massima trasparenza, in ossequio ai principi costituzionali di imparzialità e buona amministrazione. Al riguardo, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito che nel contesto della disciplina comunitaria il riferimento alla pubblicità nelle gare pubbliche indica l'obbligo per la stazione appaltante di rendere nota la propria intenzione di procedere all'assegnazione della concessione in modo da consentire ai soggetti interessati di partecipare alla selezione (Sez. V, 19 settembre 2008, n. 4520). In ogni caso, al fine di dare attuazione ai principi comunitari di concorrenza, continuità, parità di trattamento e non discriminazione, la disciplina dell'evidenza pubblica è informata al principio di pubblicità delle

gare che opera, particolarmente, nella fase preliminare alla indizione della gara (si pensi all'obbligo di pubblicazione del bando che costituisce il livello minimo inderogabile di pubblicità imposto all'Amministrazione), funzionale a garantirne la conoscibilità e la partecipazione al maggior numero di imprese interessate.

Il principio connota, altresì, l'espletamento della gara, onde assicurare la massima trasparenza delle operazioni di scelta del contraente. Infatti, "è principio inderogabile in qualunque tipo di gara quello secondo cui devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa che di documentazione riguardante l'offerta tecnica ovvero l'offerta economica, e conseguentemente è illegittima l'apertura in segreto di plichi. Il predetto principio di pubblicità delle gare pubbliche impone che il materiale documentario trovi correttamente ingresso con le garanzie della seduta pubblica; ciò anche in applicazione del più generale principio di imparzialità dell'azione amministrativa" (in tal senso: Cons. Stato, Sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856).

Ne deriva che la violazione del principio di pubblicità di talune fondamentali fasi della gara pubblica, quale quella relativa all'apertura della busta contenente la documentazione di gara e l'offerta dell'aggiudicataria, comporta l'invalidità di tutti gli atti della procedura selettiva senza che rilevi l'assenza di prova in ordine all'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 (da ultimo: T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 18 luglio 2009, n. 2048).

Infine, il principio di pubblicità informa anche la fase successiva all'aggiudicazione, stante l'obbligo di comunicare l'esito della gara a tutti i partecipanti entro un termine ragionevole.

Occorre precisare che il principio in parola, che è funzionale all'effettività della concorrenza, ha valenza generalizzata ed opera anche con riferimento ai contratti sottratti all'applicazione delle direttive comunitarie (cfr. la comunicazione interpretativa della Commissione europea 2006/C179/02 del 1° agosto 2006 che ha chiarito che, anche per gli appalti non coperti dalle direttive, debba essere assicurata una adeguata forma di pubblicità).

Per quanto concerne il principio della par condicio fra i potenziali partecipanti alle gare pubbliche, anch'esso opera prioritariamente nella fase preliminare all'indizione della gara. Infatti, secondo recente giurisprudenza in materia, esso "non osta a che venga dato rilievo, anche in sede di fissazione delle regole di gara, al vantaggio competitivo derivante da capacità operative e da referenze legittimamente acquisite sul mercato, atteso che la sollecitazione di condizioni particolarmente vantaggiose per l'Amministrazione, sostenibili da parte di imprese già radicate sul mercato e capaci di economie di scala, dà la stura ad un'asimmetria virtuosa che, lungi dal mortificare i canoni europei di parità di condizioni di accesso, rappresenta l'esaltazione della logica premiale del mercato posta alla base del sistema comunitario in tema di concorrenza nei pubblici appalti" (Cons. Stato, Sez. V, 16 giugno 2009, n. 3848).

Con riguardo al principio di continuità, esso “in sede di gara pubblica, (...) ha carattere meramente tendenziale ed è pertanto suscettibile di deroga laddove esistano circostanze oggettive, non necessariamente richiamate nei verbali, che impongano, proprio per il rispetto dei principi di buon andamento e par condicio, una ponderata attività di valutazione in relazione alla complessità dell’oggetto di gara e ai requisiti richiesti” (Cons. Stato, Sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5372).

Occorre segnalare che la giurisprudenza ha opportunamente rilevato che “ciò che rileva al fine della salvaguardia della par condicio, della segretezza e della trasparenza delle operazioni di una procedura concorsuale, non è la circostanza che la violazione dei suddetti principi si sia effettivamente verificata o che sussistono concreti indizi in tale direzione, bensì l’astratta possibilità che le offerte prodotte dalle altre ditte partecipanti pervenissero a conoscenza della società esclusa, ammessa poi alla gara in un momento successivo in esecuzione di una pronuncia ad essa favorevole del Tar così che la ditta riammessa potesse modificare la propria offerta una volta presa cognizione di quelle avversarie; in tale evenienza si rende necessario il rinnovo della procedura di gara” (Cons. Stato, Sez. V, 20 marzo 2008, n. 1219).

L’integrabilità documentale. Differenza tra irregolarità ed illegittimità.

Nei procedimenti di gara preordinati alla scelta del contraente, alla regolarizzazione o integrazione documentale in relazione a dichiarazioni o documenti osta, tendenzialmente, il principio della par condicio tra i concorrenti, in virtù del quale i documenti richiesti per la partecipazione alla gara devono essere validamente prodotti entro il termine concesso per la presentazione dell’offerta.

L’istituto dell’integrabilità documentale previsto dall’articolo 46 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, fa sì che la partecipazione alla gara non possa essere, tuttavia, compromessa da carenze di ordine meramente formale nella documentazione; ciò, in vista dell’esigenza di assicurare la massima partecipazione alle gare d’appalto.

La predetta norma, che riproduce il contenuto degli articoli 16 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 e 15 del decreto legislativo 24 luglio 1992, n. 358 e, contestualmente, recepisce l’articolo 43 della direttiva CE 2004/18, prevede che **“nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati”**. Secondo la giurisprudenza più recente, si tratta di una facoltà riconosciuta alla stazione appaltante, e non di un obbligo su di essa gravante: “nelle procedure a evidenza pubblica indette per l’aggiudicazione di un appalto di opere pubbliche l’amministrazione non ha – si è affermato – l’obbligo di invitare i concorrenti a regolarizzare la documentazione esibita, ma soltanto la facoltà, nell’ambito dei propri poteri discrezionali, di rivolgere detto invito se ritenuto confacente con l’irregolarità riscontrata, con i tempi del procedimento e nel rispetto del principio della parità di trattamento” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17 settembre 2008, n. 4397).

Va, peraltro, tenuto presente che, in presenza di un indizio del possesso di un requisito richiesto, l’Amministrazione, nella vigenza del precedente codice degli appalti, aveva stabilito che la PQA non poteva pronunciare l’esclusione dalla procedura, ma era tenuta a richiedere al partecipante di integrare o chiarire il contenuto di un documento già presente. Secondo questo indirizzo, infatti “l’invito rivolto dall’amministrazione aggiudicatrice ai concorrenti a regolarizzare la

documentazione dei requisiti di partecipazione ad una gara, previsto dall'art. 16 d.lg. n. 157 del 1995, non costituisce esercizio di una mera facoltà o di un potere eventuale ma piuttosto configura un ordinario "modus procedendi" cui l'amministrazione può ricorrere nei limiti in cui non contrasti con il rispetto della "par condicio" tra i concorrenti e sempre che l'integrazione non intervenga sugli elementi essenziali della domanda (in tal caso tuttavia la regolarizzazione è consentita qualora gli atti prodotti costituiscano un principio di prova del possesso dei requisiti di partecipazione)" (cfr. ex multis Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2006, n. 1068).

Era stato pertanto precisato che "il dovere di cooperazione tra stazione appaltante e imprese nella fase procedurale della gara, con conseguente obbligo della prima di consentire la integrazione della documentazione mancante o incompleta, sussiste soltanto in presenza di una regolarità sanabile. E tale non può essere considerata la mancanza di un requisito discendente direttamente da un complesso di norme imperative nonché da principi generali, posto che una diversa soluzione si risolverebbe in una violazione delle regole concorrenziali e dei connessi interessi pubblici « interni » e « comunitari » che devono essere rispettati nello svolgimento delle procedure concorsuali" (T.A.R. Calabria, Sez. II, 28 luglio 2008, n. 1101).

Costituiva perciò giurisprudenza consolidata del giudice amministrativo quella per cui la facoltà di integrazione della documentazione allegata all'offerta era consentita, quindi, solo nelle ipotesi in cui occorra chiarire il contenuto di una domanda presentata ritualmente e tempestivamente e non anche per sopperire a carenze strutturali della documentazione (Cons. Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4047).

Di conseguenza, l'articolo 46 del Codice non poteva essere invocato nel caso in cui:

- a) il documento (o la dichiarazione) non era stato presentato dal concorrente (Cons. Stato, Sez. V, 17 settembre 2008, n. 4408);
- b) il documento presentato era scaduto, dovendosi lo stesso considerare tamquam non esset (Tar Puglia, Lecce, 3 agosto 2005, n. 3946);
- c) il documento presentato era diverso da quello richiesto nella lex specialis di gara.

Questi principi giurisprudenziali devono essere rivisti alla luce delle norme introdotte dal nuovo codice degli appalti che ha sancito all'art. 1 bis l'esclusione dal bando in tutte le ipotesi di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento oltre che nelle ipotesi in cui si sia determinata una seria e insanabile incertezza sulla provenienza e il contenuto dell'offerta. Inoltre la possibilità di integrazione documentale è stata definitivamente esclusa nell'ipotesi di incompletezza, mancanza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge o al bando o al disciplinare di gara.

TESTO

1-bis. 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, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle. comma introdotto dall'art.4, comma 2, lett.d) del DL 13/05/2011 n. 70

in vigore dal 14/05/2011, convertito con la legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106, in vigore dal 13/07/2011

1-ter. Le disposizioni di cui articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara. comma aggiunto dall'art. 39, comma 2, DL 90/2014 in vigore dal 25/06/2014, quindi integrato dalla L 114/2014 in vigore dal 19/08/2014

Giurisprudenza e Prassi

REQUISITI SPECIALI - SOCCORSO ISTRUTTORIO - ESCLUSIONE - SANZIONE LEGITTIMITÀ (83.9)

ANAC DELIBERA 201

E' legittima l'esclusione e l'escussione della cauzione in caso di mancato pagamento della sanzione quando il concorrente che abbia richiesto di applicare la procedura di soccorso istruttorio, nel termine assegnatogli non abbia poi provveduto a presentare le dichiarazioni essenziali ai fini della dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica.

OGGETTO: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016 presentate da ANCE Ragusa/ Consorzio di bonifica 3 di Agrigento.

Procedura aperta per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori per la realizzazione della centrale idroelettrica nodo 1B lungo l'adduttore Garcia-Arancio in territorio di Castelvetro. Criterio di aggiudicazione minor prezzo. Importo a base di gara: 1.248.711,25.

Procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori per la realizzazione di una centrale idroelettrica nella Vasca Pizzo Corvo lungo l'adduttore alle zone irrigue dipendenti dalla diga Castello. Criterio di aggiudicazione: minor prezzo. Importo a base di gara: 897.235,41 euro.

TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE - RISPETTO DEGLI STANDARD DI QUALITÀ - INOSSERVANZA - ESCLUSIONE

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2017

In base al principio in questione non sono infatti consentite nei bandi di gara "clausole espulsive" che non siano conformi alle regole previste dal codice, dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti (la disposizione ora in esame fa inoltre salvi i casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, nonché di violazione dei principi di segretezza o di manomissione delle buste e comunque di cause elencate dalla norma, che tuttavia non rilevano nella presente fattispecie).

Come precisato dalla giurisprudenza amministrativa al riguardo, il principio di tassatività delle cause di esclusione è quindi finalizzato a favorire la massima partecipazione alle gare ed in particolare a ridurre gli oneri formali gravanti sulle imprese, quando questi non siano strettamente necessari a raggiungere gli obiettivi perseguiti dall'amministrazione pubblica attraverso gli schemi dell'evidenza pubblica (in questo senso: Cons. Stato, VI, 15 settembre 2017, n. 4350). Per contro, la violazione di un adempimento doveroso in base al codice dei contratti pubblici rende l'esclusione

dalla gara legittima (in questo senso: Cons. Stato, V, 20 luglio 2016, n. 3275, 3 dicembre 2014 n. 5972; VI, 13 ottobre 2015 n. 4703, 2 febbraio 2015 n. 462).

Ebbene, il rispetto degli standard di qualità previsti per una specifica procedura di affidamento da parte di una stazione appaltante costituisce un «adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice» ai sensi del medesimo art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006, e precisamente previsto dall' art. 43, il cui mancato rispetto legittima ai sensi della prima delle disposizioni in esame l'esclusione dalla gara.

VERSAMENTO DEL CONTRIBUTO INTEGRATIVO - OBBLIGO NORMATIVO DI CARATTERE IMPERATIVO - ESCLUSIONE

ANAC DELIBERA 2017

E' legittima l'esclusione disposta in danno del concorrente che non abbia ottemperato entro il termine assegnato dalla stazione appaltante per integrare con soccorso istruttorio la documentazione carente producendo ricevuta di versamento del contributo integrativo all'Autorità.

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016 presentata da A/ Regione Siciliana. Cottimo fiduciario per l'affidamento dei lavori di "manutenzione straordinaria della Casa di Guardia della diga di Rosamarina nel territorio di Caccamo – Palermo". Criterio di aggiudicazione: minor prezzo. Importo a base di gara: 170.943,45 euro.

TASSATIVITÀ DELLE CLAUSOLE DI ESCLUSIONE - OBBLIGO DI DICHIARAZIONE DEI REQUISITI MORALI - SOLO PER LE CONSORZIATE ESECUTRICI

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2017

L'ordinamento ammette nei casi di raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari la sostituzione in caso di fallimento, e, per analogia, anche di liquidazione coatta amministrativa, nonché in caso di interdittiva antimafia. Inoltre la ammissibilità della sostituzione dell'impresa consorziata (connotantesi alla stregua di impresa mandante, laddove impresa mandataria è il consorzio stesso) trova un ulteriore fondamento di razionalità nel fatto che il consorzio tra società di cooperative di produzione e lavoro partecipa alla procedura di gara utilizzando requisiti suoi propri, e, nell'ambito di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle cooperative che costituiscono articolazioni organiche del soggetto collettivo, e cioè suoi interna corporis. Ciò significa che il rapporto organico che lega le cooperative consorziate, ivi compresa quella incaricata dell'esecuzione dei lavori, è tale che l'attività compiuta dalle consorziate è imputata unicamente al consorzio (in termini Cons. Stato, Ad. plen., 20 maggio 2013, n. 14). Detto in altri termini, nei consorzi di cooperative, quale è C.C.C., la sostituzione della consorziata esecutrice è sempre possibile, stante il rapporto organico tra consorziata e consorzio. Il che ovviamente non esclude che, pur nella peculiarità del consorzio fra società cooperative di produzione e lavoro, il possesso dei requisiti generali e morali debba essere verificato non solo in capo al consorzio, ma anche alle consorziate, dovendosi ritenere cumulabili in capo al consorzio i soli requisiti di idoneità tecnica e finanziaria. Le norme suindicate richiedono la sostituzione dell'impresa non mandataria interessata dall'interdittiva antimafia in relazione alla gara in corso. D'altro canto, anche a prescindere dal fatto che l'interdittiva è poi stata revocata, le dichiarazioni sul possesso dei requisiti morali si presentano solo con riguardo alle consorziate esecutrici, e neppure è consentito, alla stregua del principio di tassatività delle cause di esclusione inferibile dall'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs n. 163 del 2006, addivenire ad un'interpretazione estensiva della disciplina legislativa.

TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE - LEGALIZZAZIONE SOTTOSCRIZIONE FIDEIUSSORE - OBBLIGO FORMALE

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2017

La clausola della lettera di invito sopra menzionata, nel richiedere che la polizza fideiussoria avrebbe dovuto essere resa «con firma legalizzata ai sensi degli artt. 1, lett. 1), e 30 del D.P.R. n. 445/00 che attesti il possesso dei necessari poteri di firma», si pone in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici di cui all'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006.

Tale principio – che legittima le sole esclusioni motivate dal «mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti» e ai casi «di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta» - viene inteso dalla costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato nel senso di ritenere contrastanti con esso le clausole dei bandi di gara con cui gli oneri formali gravanti sulle imprese partecipanti a procedure di affidamento siano incrementati per finalità non necessarie a raggiungere gli obiettivi perseguiti attraverso gli schemi dell'evidenza pubblica (in questo senso: Cons. Stato, V, 23 settembre 2015, n. 4460, 12 novembre 2013, n. 5375; VI, 15 settembre 2017, n. 4350). In questa prospettiva, il principio di tassatività delle cause di esclusione comporta che l'esclusione dalla gara può essere disposta in modo legittimo solo quando il concorrente abbia violato previsioni poste a tutela degli interessi sostanziali dell'amministrazione o a protezione della par condicio tra i concorrenti (cfr. Cons. Stato, V, 3 febbraio 2016, n. 424, 21 luglio 2015, n. 3611, 17 gennaio 2014, n. 193, 10 gennaio 2012, n. 31).

Più in generale, il principio è inteso come correttivo rispetto a soluzioni che sfociava in esclusioni derivanti da violazioni puramente formali e che pertanto si pongano in contrasto con le esigenze di ordine imperativo di massima concorrenzialità delle procedura di gara (in questo senso: Cons. Stato, Ad. plen. 25 febbraio 2014, n. 9; di recente: Cons. Stato, III, 29 luglio 2015 n. 3750; V, 30 gennaio 2017, n. 371; IV, 12 settembre 2016, n. 3487). Tutto ciò precisato, tra gli oneri formali ingiustificatamente aggravatori degli oneri a carico dei concorrenti può essere incluso anche quello della legalizzazione della sottoscrizione apposta dal fideiussore che rilascia la cauzione provvisoria ai sensi dell'art. 75 d.lgs. n. 163 del 2006.

TASSATIVITÀ DELLE CLAUSOLE DI ESCLUSIONE - MANCATO POSSESSO DEL TITOLO DI STUDIO - ILLEGITTIMA ESCLUSIONE

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2017

Il principio della tassatività delle cause di esclusione, stabilito dall'art. 46, co. 1-bis D.L.vo 163/06 è chiaramente ispirato al principio del favor participationis. La norma, infatti, stabilisce che è causa di esclusione la violazione delle prescrizioni imposta dal Codice, dal Regolamento o da altre leggi statali, dovendosi intendere per quest'ultime, come già detto, necessariamente soltanto quelle imperative e cogenti. Inoltre, nella specie, pare in ogni caso doversi escludere che la previsione del paragrafo 9.2, lett. f) della parte 1 del capitolato speciale (che prevede l'esclusione per il concorrente “che non abbia i requisiti e le caratteristiche minime stabilite dal capitolato tecnico, dalla documentazione di gara o dalla schema di contratto, ovvero preveda l'esecuzione delle prestazioni contrattuali con modalità difformi, in senso peggiorativo, da quanto stabilito nei predetti documenti della procedura”) possa considerarsi clausola idonea a prevedere l'esclusione in caso di mancato possesso del titolo di studio di cui all'art. 6, co. 4, L. 43/06, dal momento che il possesso di tale titolo non è previsto *expressis verbis* (nel capitolato speciale si parla soltanto di “possesso di adeguato titolo di studio”), e – qualora si dovesse ritenere applicabile tale clausola al caso di specie

– si violerebbe comunque il principio della necessaria chiarezza e puntualità della clausola di esclusione (“secondo la regola della massima partecipazione in tema di gare di appalto per lavori e servizi pubblici, nonché in virtù dell’applicabilità del principio del ‘favor participationis’, le clausole del bando richieste a pena di esclusione devono essere chiare e puntuali e, in caso di oscurità o non chiarezza, devono essere interpretate nel modo meno restrittivo” – in questo senso, Cons. St. 15/07/2013, n. 3.811), oltre al principio di affidamento dei concorrenti. A ciò si aggiunge che, anche qualora la previsione dell’art. 6, co. 4 e 5, L. 43/2006 dovesse essere considerata norma imperativa nel senso sopra indicato, la stazione appaltante, prevedendo soltanto “il possesso di un adeguato titolo di studio”, si sarebbe, in ogni caso, posta in consapevole contrasto con detta norma imperativa, dettando una disciplina incompatibile (il fatto che il capitolato speciale non pare ammettere soltanto il possesso del titolo di studio ex art. 6, co. 4, L. 43/2006 risulta, infatti, anche dall’art. 13, punto “C” della parte 1 del capitolato speciale che, nello stabilire “gli elementi di valutazione dell’offerta” tecnica introduce una griglia con il sottocriterio “curriculum vitae formativo e professionale del coordinatore infermieristico con indicazione della tipologia di formazione ed esperienza e relativa quantificazione temporale”, lasciando così intendere chiaramente che ritiene ammissibile una variegata tipologia di titoli di studio). Conseguentemente, sarebbe stata necessaria l’impugnativa diretta della clausola del bando illegittima (non avvenuta nel caso di specie) per poter reclamare utilmente l’esclusione dell’impresa asseritamente non in possesso del requisito in contestazione (cfr. in questo senso, Cons. St. Ad. Plen. 25/02/2014, n. 9, paragrafo 6.2.1, lett. d): “legge di gara che, in violazione dei precetti inderogabili stabiliti a pena di esclusione dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali, espressamente si pone in contrasto con essi ovvero detta una disciplina incompatibile; in tal caso occorre una impugnativa diretta della clausola invalida per potere dedurre utilmente l’esclusione dell’impresa che non abbia effettuato il relativo adempimento”).

CARENZA DICHIARAZIONE REQUISITI GENERALI - SOCCORSO ISTRUTTORIO

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2017

Osserva il Collegio che l’estensione propter tenorem rationis degli obblighi dichiarativi sui requisiti di moralità dell’art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 alla fattispecie della cessione del ramo d’azienda è stata in principio chiarita in via nomofilattica dalla giurisprudenza dell’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato (Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012, n. 10), a tenore della quale nella cessione di azienda o di un ramo di essa, dove si verifica una successione a titolo particolare, passano all’avente causa tutti i rapporti attivi e passivi in cui l’azienda o il suo ramo si sostanziano, il che comporta la continuità tra la precedente e la nuova gestione imprenditoriale. La dichiarazione controversa, nell’attestare, in termini generali, l’inesistenza di soggetti cessati dalla carica, non compie alcun riferimento (in assenza di previsione del bando) alla intervenuta cessione del ramo d’azienda; la stessa dichiarazione quindi è da considerare, al più, solo incompleta, parziale o limitata: e, come tale, non avrebbe potuto, anche sotto questo ulteriore profilo, condurre all’automatica esclusione dalla gara, vista la doverosità del soccorso istruttorio ai sensi del combinato disposto degli artt. 38, comma 2bis, e 46, comma 1 bis, d.lgs. n. 163 del 2006 (cfr. Cons. Stato, V, 7 agosto 2017, n. 3914). Non c’è dubbio che l’incompletezza della dichiarazione relativa al possesso dei requisiti generali, non attenendo all’offerta tecnica o a quella economica, ma solo al pur necessario corredo documentale, rientri tra le “irregolarità formali essenziali ma sanabili”, per le quali è, appunto, previsto il soccorso istruttorio. Il quale, ove esperito, avrebbe nella specie condotto all’accertamento della effettiva sussistenza dei requisiti generali, che non sono contestati.

TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE - RIDUZIONE DELLA DISCREZIONALITÀ DELLA STAZIONE APPALTANTE

Il principio di tassatività in esame è finalizzato a ridurre gli oneri formali gravanti sulle imprese partecipanti a procedure di affidamento, quando questi non siano strettamente necessari a raggiungere gli obiettivi perseguiti attraverso gli schemi dell'evidenza pubblica, conducendo a privare di rilievo giuridico, attraverso la sanzione della nullità testuale, tutte le ragioni di esclusione dalle gare, incentrate non già sulla qualità della dichiarazione, ma piuttosto sulle forme con cui questa viene esternata, in quanto non ritenute conformi a quelle previste dalla stazione appaltante nella *lex specialis* (cfr. ex plurimis: sez. V, 23 settembre 2015, n. 4460; Sez. V, 12 novembre 2013, n. 5375; Sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4663). Il legislatore ha così ridotto la discrezionalità della stazione appaltante nella c.d. (auto)regolamentazione del soccorso istruttorio, atteso che essa non ha più il potere di inserire nel bando, al di fuori della legge, la previsione che un determinato adempimento sostanziale, formale o documentale sia richiesto a pena di esclusione. In quest'ottica è stata eliminata in radice la possibilità per l'Amministrazione di prescindere dall'onere di una preventiva interlocuzione e di escludere il concorrente sulla base della riscontrata carenza documentale, indipendentemente da ogni verifica sulla valenza "sostanziale" della forma documentale risultata carente (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 9 del 2014).

SOTTOSCRIZIONE DELL'OFFERTA - TASSATIVITA' DELLA CAUSE DI ESCLUSIONE

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2017

In coerenza con la ragione giustificativa del principio di tassatività, è sufficiente che venga sottoscritta la sola offerta tecnica e che il requisito formale della sottoscrizione dell'offerta cui ha riguardo l'art. 74 del d.lgs. n. 163/2006 deve intendersi rispettato già con il fatto stesso dell'apposizione della formalità di cui si tratta in calce al relativo documento (cfr. C.d.S., V, 20 aprile 2012 n. 2317; VI, 18 settembre 2013, n. 4663). Nell'ambito delle gare pubbliche per "sottoscrizione dell'offerta" deve intendersi, infatti, proprio la firma in calce alla corrispondente dichiarazione, con la quale solo si esprime, del resto, la consapevole assunzione della paternità di un testo e della responsabilità in ordine al suo contenuto (C.d.S., V, 15 giugno 2015, n. 2954; IV, 19 marzo 2015, n. 1425). Questo adempimento, inoltre, soddisfa anche l'esigenza di certezza sul contenuto e la provenienza dell'offerta che è perseguita dall'art. 46, comma 1 bis, d.lgs. cit. (cfr. C.d.S., VI, n. 4663/2013 cit.), valore la cui lesione integra una delle cause di esclusione operanti anche nel vigente regime di tassatività delle circostanze escludenti.

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, prima ancora della novella dell'art. 46 comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006, aveva precisato che nelle gare pubbliche la funzione della sottoscrizione della documentazione e dell'offerta è di renderla riferibile al presentatore dell'offerta vincolandolo all'impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulta in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell'Amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni formali delle prescrizioni di gara (Cons. Stato, VI, 15 dicembre 2010, n. 8933; V, 27 aprile 2015, n. 2063; Consiglio di Stato, sez. V, 21/11/2016, n. 4881; Consiglio di Stato, sez. V, 03/05/2016, n. 1687) E' stato quindi ritenuta illegittima l'esclusione da una gara nel caso di inosservanza della regola della firma dell'offerta tecnica in ogni pagina, ove l'offerta sia stata sottoscritta in calce alla stessa e la prescrizione della *lex specialis* non sia assistita da una clausola di esclusione dall'appalto nel caso di inosservanza (Consiglio di Stato, sez. V, 30/10/2015, n. 4971). Consiglio di Stato sez. V, 15 giugno 2015 n. 2954). La sottoscrizione della relazione tecnica costituisce elemento sufficiente a garantire la sua riferibilità al presentatore vincolandolo all'impegno assunto, sicchè la mancata sottoscrizione di alcuni allegati non può giustificare l'esclusione dalla gara in via normativa.

**PROGETTO QUALE ELEMENTO COSTITUTIVO DELL'OFFERTA TECNICA -
DIFETTO DI SOTTOSCRIZIONE - MANCANZA DI UN ELEMENTO ESSENZIALE
DELL'OFFERTA - ESCLUSIONE**

TAR CAMPANIA NA SENTENZA 2017

Con riferimento a precedenti arresti giurisprudenziali sulla questione, questa Sezione, tra l'altro in adesione di un orientamento da cui non vi è ragione di discostarsi (Consiglio di Stato, Sez. V, 10 luglio 2012 n. 4061; TAR Campania I Sezione 19 marzo 2014 n. 1578; TAR Puglia Lecce, Sez. I, 21 giugno 2013 n. 1466; TAR Sardegna, Sez. I, 21 giugno 2012 n. 634; TAR Lombardia Milano, Sez. I, 23 febbraio 2012 n. 595) ha già ritenuto che «qualora il progetto rappresenti elemento costitutivo dell'offerta tecnica, il difetto di sottoscrizione da parte del tecnico abilitato non solo priva di giuridica rilevanza il medesimo, ma si traduce anche nella mancanza di un elemento essenziale dell'offerta, con conseguente legittimità dell'esclusione del concorrente che abbia prodotto l'offerta tecnica carente e della corrispondente clausola espulsiva della lex specialis di gara, meramente esplicativa di una delle ipotesi di esclusione tassativamente delineate dall'art. 46 comma 1 bis, d.lg. n. 163 del 2006. E' evidente che anche la carenza di sottoscrizione del singolo elaborato di cui si compone il progetto è capace di infirmare tutta la documentazione progettuale prodotta in gara, attesa la stretta connessione funzionale esistente tra i vari elaborati, con analoghe ripercussioni in termini di estromissione del concorrente inadempiente». (T.A.R. Campania Napoli Sezione I, 13 aprile 2015 n. 2088).

**DICHIARAZIONE REQUISITI MANCANTE - VIETATO SOCCORSO ISTRUTTORIO
CONSIGLIO DI STATO SEGNALAZIONE 2017**

Non c'è possibilità che l'omissione possa essere sanata attraverso il soccorso istruttorio, il quale non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni (riguardanti elementi essenziali) radicalmente mancanti - pena la violazione della par condicio fra concorrenti - ma soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara (cfr. Cons. Stato, A. P. n. 9/2014; V, n. 4219/2016 e n. 927/2015). Il reato di frode processuale è tale da incidere sulla moralità, trattandosi di reato, a dolo specifico, commesso contro l'amministrazione della giustizia; la depenalizzazione del reato presupposto non rileva, in quanto, ai sensi dell'art. 170, primo comma, c.p., la causa di estinzione del reato presupposto non si estende all'altro reato.

**OFFERTA TECNICA - MANCATA SOTTOSCRIZIONE ALCUNE PAGINE - NON
PREGIUDICA PATERNITÀ' DELL'OFFERTA**

TAR CAMPANIA SA SENTENZA 2017

Non pregiudica la mancata sottoscrizione di alcune pagine dell'offerta tecnica la paternità della stessa, secondo quanto statuito, alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione, dall'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006. Si afferma, infatti, in giurisprudenza, che nelle gare pubbliche il requisito della sottoscrizione dell'offerta, richiesto dall'art. 74, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, deve intendersi rispettato con l'apposizione della formalità in questione in calce al relativo documento, atteso che per «sottoscrizione dell'offerta» s'intende proprio la firma in calce alla corrispondente dichiarazione, con la quale solo si esprime la consapevole assunzione della paternità

di un testo e della responsabilità in ordine al suo contenuto (Consiglio di Stato, sez. V, 30 ottobre 2015, n. 4971).

SEGRETEZZA DELL'OFFERTA ECONOMICA - DIVIETO DI COMMISTIONE TRA OFFERTA TECNICA ED ECONOMICA - NON IN SENSO ASSOLUTO

TAR CAMPANIA SA SENTENZA 2017

Infondato è il primo mezzo, col quale si assume la violazione del principio di segretezza delle offerte. Evidenzia, sul punto, parte ricorrente che nella busta n. 2, deputata a contenere l'offerta progettuale-qualitativa, Alfa ha inserito anche il computo metrico estimativo "nel quale erano riportati i prezzi offerti per le singole lavorazioni, confortato anche dell'elenco prezzi unitari e l'analisi giustificative dei nuovi prezzi" in modo da rendere conoscibile l'offerta economica. Di tale irregolarità avrebbe dato conferma la stessa aggiudicataria avendo inserito nella busta n. 3, relativa all'offerta tecnica, i piani di sicurezza proprio per il fatto che in questi erano indicati dati economici e temporali e pertanto al dichiarato fine di dare compiuto rispetto alla legge di gara ove impone il divieto di indebita commistione di elementi tecnici ed economici. La censura non può essere condivisa. Va in primis rilevato che l'esito dell'invocato scrutinio sulla censura in esame non può non prescindere dal comportamento assunto dall'impresa offerente in sede di gara, dovendosi verificare, sulla base di un riscontro oggettivo, se si abbia o meno una indebita commistione di elementi di natura economica nell'offerta tecnica, tali da rendere conoscibile l'offerta economica. Va premesso, infatti, che l'importanza tassonomica del principio di segretezza dell'offerta economica, invocato da parte ricorrente, non può essere trascurata, ma nemmeno enfatizzata al punto da escludere tout court che l'offerta tecnica presenti elementi ed indicazioni di natura economica. Il Massimo Consesso di GA (Consiglio di Stato, sez. III, 03 aprile 2017, n. 1530) ha invero avuto modo di rilevare che, se da un lato, la violazione del principio di segretezza dell'offerta, è in grado di giustificare l'esclusione dalla gara - ai sensi dell'art. all'art. 46 comma 1-bis, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 - atteso che la conoscenza di elementi economici dell'offerta da parte della Commissione aggiudicatrice è di per sé idonea a determinare un condizionamento, anche in astratto, da parte dell'organo deputato alla valutazione dell'offerta, alterandone la serenità ed imparzialità valutativa, dall'altro ha affermato che "Nelle gare pubbliche il divieto di commistione dell'offerta tecnica e di quella economica non va inteso in senso assoluto, ben potendo nell'offerta tecnica essere inclusi singoli elementi economici resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché siano elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica o consistano nell'assunzione di costi di prestazioni diverse da quelle apprezzate nell'offerta economica, anche se comunque da rendere a terzi in base al capitolato e remunerate dalla stazione appaltante". La semplice presenza, nella busta relativa all'offerta tecnica, di indicazioni aventi contenuto intrinsecamente economico non costituisce, quindi, inammissibile vulnus al ridetto principio, ed in particolare quando la loro ostensione non è in grado di dare contezza dell'offerta economica, secondo i parametri contemplati dalla disciplina di gara. Vi è nel caso di specie che il disciplinare di gara (pag. 8 e ss.) prevede che l'offerta economica sia tarata non sul costo di realizzazione dell'intervento bensì sulla percentuale di ricavi riconosciuta al concedente a titolo di canone di concessione (oltre che, tra l'altro, sul valore residuo delle opere realizzate e sul contributo di utenza per l'allacciamento) ovverosia su elementi non ritraibili dal computo metrico estimativo nonché dall'elenco prezzi unitari e dalle analisi giustificative dei nuovi prezzi.

PREVISIONE DEL GIOVANE PROFESSIONISTA A PENA DI ESCLUSIONE - LIMITI

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2017

Nell'ambito della definizione delle «modalità per promuovere la presenza anche di giovani professionisti nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione» demandata dall'art. 90, comma 7, del previgente codice dei contratti pubblici al regolamento di esecuzione, l'art. 253, comma 5, di quest'ultimo richiede la sola «presenza» di almeno un professionista laureato abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione. Nessuna delle due disposizioni in esame richiede ulteriori specificazioni ed in particolare che già in sede di gara siano indicate le prestazioni che tale professionista dovrà svolgere. Quindi, la pretesa di un adempimento non previsto dal codice appalti e dal regolamento di esecuzione e l'ulteriore pretesa che alla sua mancata osservanza consegua l'esclusione dalla gara si pone in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006.

IRREGOLARITA' CAUZIONE PROVVISORIA - SANABILI CON SOCCORSO ISTRUTTORIO

TAR CAMPANIA NA SENTENZA 2017

Nelle gare pubbliche, ai sensi dell'art. 46 comma 1 bis, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, la carenza della cauzione provvisoria ovvero la mancata proroga dalla validità della stessa costituiscono mere irregolarità sanabili (cfr. anche T.A.R. Umbria, sez. I, 2 agosto 2014, n. 427, ove è stato ritenuto che, in base al principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche, introdotto dall'art. 46 comma 1 bis, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, non costituisce causa di esclusione dalla gara la presentazione, da parte di un'impresa partecipante, di una cauzione provvisoria d'importo insufficiente o deficitario rispetto a quello richiesto dalla lex specialis, ovvero di una cauzione incompleta, atteso che in questi casi l'impresa deve essere previamente invitata dalla stazione appaltante ad integrare o emendare la cauzione); nella fattispecie, le irregolarità della cauzione provvisoria, riferite alla durata della polizza, alla mancata previsione di rinuncia alle eccezioni, alla mancata previsione del pagamento a semplice richiesta, alla mancata rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore, sono tutte agevolmente sanabili mediante l'applicazione dell'articolo 46, comma 1 del decreto legislativo numero 163 del 2006, il cosiddetto soccorso istruttorio, che consente alle stazioni appaltanti di invitare, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati; il limite del soccorso istruttorio è dato dalle cause di esclusione tassativamente previste dalla legge; tra queste ultime potrebbe essere compresa la causa di esclusione prevista dal comma 8 dell'articolo 75 del codice dei contratti pubblici, in relazione alla cauzione provvisoria, laddove si dispone che "l'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario"; tale causa di esclusione, per altro, deve essere applicata qualora l'impegno al rilascio della garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva risulti carente anche dopo la richiesta di integrazione documentale proveniente dalla stazione appaltante e non per la semplice dimenticanza o carenza del documento all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara; deve essere considerato, infatti, che la cauzione provvisoria non è parte dell'offerta; va confermata, dunque, la legittimità, al riguardo, della applicazione dell'istituto del cosiddetto soccorso istruttorio.

MANCATA FIRMA CONGIUNTA - SOTTOSCRIZIONE OFFERTA - SOCCORSO ISTRUTTORIO

TAR TOSCANA SENTENZA 2017

Nel caso di specie i documenti concernenti l'offerta sono stati firmati da uno dei due soci amministratori, mentre è indubbio che, in forza dello Statuto societario, la sottoscrizione doveva provenire da entrambi. La firma di uno solo di essi ha concretato una incompleta sottoscrizione

dell'offerta e dei relativi allegati, originando una non corretta spendita del potere, in una sorta di fattispecie a formazione progressiva che avrebbe dovuto concludersi con la firma dell'altro socio amministratore e che invece si è interrotta con la sottoscrizione apposta da uno solo dei due. Tale situazione non è assimilabile alla mancanza della sottoscrizione, o alla sottoscrizione di un soggetto privo di procura, costituendo invece un caso di mancato perfezionamento di una fattispecie a formazione progressiva o di incompleta sottoscrizione che non preclude la riconoscibilità della provenienza dell'offerta e non comporta un'incertezza assoluta sulla stessa (ai fini di cui all'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006), il che induce a ritenere il vizio sanabile mediante il soccorso istruttorio e non idoneo a cagionare l'immediata ed automatica estromissione dalla procedura selettiva (Cons. Stato, V, 10.9.2014, n. 4595; TAR Lazio, Roma, I, 16.6.2016, n. 6923).

ONERI SICUREZZA AZIENDALI - MANCATA INDICAZIONE - OBBLIGO INDICAZIONE SEPARATA NON SPECIFICATO NELLA LEX SPECIALIS - REGOLARIZZAZIONE MEDIANTE SOCCORSO

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2017

L'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato (sentenza 27 luglio 2016, n. 19), ha affermato che, alla luce dei principi europei di certezza e trasparenza, per le gare bandite prima del nuovo Codice degli appalti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), laddove l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara e non sia contestato 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 del potere di soccorso istruttorio. In applicazione dei principi espressi dall'Adunanza plenaria si è in seguito affermato modo costante e univoco (Cons. Stato, III, 9 gennaio 2017, n. 30; V, 28 dicembre 2016, n. 5475, 23 dicembre 2016, n. 5444, 22 dicembre 2016, n. 5423, 15 dicembre 2016, n. 5283, 17 novembre 2016, n. 4755, 7 novembre 2016, n. 4646, 11 ottobre 2016, n. 4182) che la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza presenta i caratteri di un errore scusabile che non giustifica la sua immediata esclusione dalla gara, ovvero l'annullamento dell'aggiudicazione, quando non è in contestazione sotto il profilo sostanziale il rispetto dei costi minimi imposti dagli obblighi in materia di sicurezza del lavoro. Nella medesima linea, si è statuito che è illegittima l'esclusione per effetto della mancata indicazione degli oneri aziendali per la sicurezza senza prima avere consentito alla concorrente di regolarizzare la mancanza mediante il potere di soccorso istruttorio (Cons. Stato, V, 24 ottobre 2016, n. 4414), da ultimo, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha affermato che è contraria ai principi di parità di trattamento e di trasparenza sanciti dalla direttiva 2004/18/CE l'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per via dell'inosservanza dell'obbligo di scorporare nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, quando questo obbligo - il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura - non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa diretta a colmare, attraverso l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti (Corte di giustizia UE, ord. 10 novembre 2016, in C-140/16, in C-697/15 e C-162/16) La Corte di giustizia ha soggiunto che i principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che essi non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice.

CAUZIONE PROVVISORIA - IRREGOLARITA' CAUZIONE PRESTATATA COMUNQUE NEI TERMINI - SANABILITA' MEDIANTE SOCCORSO ISTRUTTORIO



CONSIGLIO INGEGNERI SENTENZA 2017

Le irregolarità concernenti la cauzione provvisoria comunque prestata nei termini previsti dalla lex specialis sono sanabili mediante il potere di soccorso istruttorio, in applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163/2006: Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2016, n. 1175; sez. V, 15 ottobre 2015, n. 4764; sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781; sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 147; sez. V, 10 febbraio 2015, n. 687; 22 maggio 2015, n. 2563).

ONERI SICUREZZA AZIENDALI - OMESSA RICHIESTA INDICAZIONE SEPARATA NELLA LEX SPECIALIS - INVITO A REGOLARIZZARE - VA DISPOSTA - DOVEROSO ESERCIZIO SOCCORSO ISTRUTTORIO

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2017

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza del 27 luglio 2016 n. 19 (e, conformemente, Corte di Giustizia Europea, Sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15), ha affermato che per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del c.d. nuovo Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), 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.

RTI - QUOTE DI PARTECIPAZIONE - INDICAZIONE QUOTE DI PARTECIPAZIONE CHE CUMULATIVAMENTE NON RAGGIUNGONO IL 100% - VIOLAZIONE ART. 37, C.14 E 13 DLGS. 163/2006 - INCERTEZZA ASSOLUTA SUL CONTENUTO DELL'OFFERTA - PRECLUDE ESERCIZIO POTERE DI SOCCORSO

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2017

L'indicazione delle quote di partecipazione che cumulativamente non raggiungono il 100% viola l'art. 37, commi 4 e 13, d.lgs n. 163/06 a mente del quale: "Nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati.... I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento." L'incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta preclude l'esercizio del potere di soccorso istruttorio di cui all'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163/06. Lungi da operare una mera rettifica, nel caso in esame, il soccorso istruttorio si tradurrebbe nell'integrazione postuma di uno degli elementi costitutivi dell'offerta in palese violazione della par condicio concorrenti (cfr., Cons. Stato, sez. III, 1 marzo 2012, n. 493; Id., sez. V., 8 febbraio 2011 n. 846).

CAUSE DI ESCLUSIONE - TASSATIVITA' - MANCATA SOTTOSCRIZIONE SINGOLA PAGINA - NO INCERTEZZA ASSOLUTA SU CONTENUTO E PROVENIENZA OFFERTA

TAR PUGLIA BA SENTENZA 2017

Il tenore letterale dell'art. 46, comma 1 bis dlgs n. 163/2006 e la giurisprudenza amministrativa formatasi sul punto (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2015, n. 1601) confermano che possono essere escluse solo le offerte per le quali sussista l'incertezza assoluta sul loro contenuto e sulla loro provenienza. Pertanto, alla luce del suddetto principio e di quello di generale sanabilità delle irregolarità ex artt. 38, comma 2 bis e 46, comma 1 ter dlgs n. 163/2006, la mancanza di una singola sottoscrizione (i.e. in relazione ad una sola pagina) del rappresentante di una sola ditta, su centinaia di pagine regolarmente sottoscritte da tutti i soggetti obbligati, non può comportare l'esclusione di un intero raggruppamento.

AFFIDAMENTO SERVIZIO RISTORO - MANCATA INDICAZIONE MARCA SINGOLI PRODOTTI - NON PUÒ COMPORTARE ESCLUSIONE DALLA GARA PER MANCANZA DI UN ELEMENTO ESSENZIALE

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2017

L'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. 163 del 2006 ha previsto il principio di tassatività della cause di esclusione, stabilendo 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, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione».

L'assenza (in una gara per affidamento di un servizio ristoro) della marca di singoli prodotti non può comportare esclusione dalla gara per mancanza di un elemento essenziale. Tale aspetto può incidere sulla qualità del prodotto ma non sulla identificazione strutturale dell'offerta.

VERIFICA A CAMPIONE REQUISITI SPECIALI - SOCCORSO ISTRUTTORIO - INAMMISSIBILITA'

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2017

Non ricorrono i presupposti per il riconoscimento del beneficio del c.d. 'soccorso istruttorio a pagamento' di cui agli articoli 38, comma 2-bis e 46, comma 1-ter del previgente 'Codice dei contratti', laddove si ammettesse la possibilità di comprovare i requisiti anche oltre il termine perentorio di cui all'articolo 48, in quanto si porrebbe a una sorta di interpretatio abrogans della stessa disposizione per la parte in cui stabilisce con adeguato grado di certezza che il termine in questione presenta, appunto, carattere perentorio.

SOCCORSO ISTRUTTORIO REQUISITI PROGETTAZIONE ESECUTIVA

E' legittimo il ricorso al soccorso istruttorio per permettere al RTI la regolarizzazione del possesso dei requisiti speciali per la progettazione, dichiarati, in sede di offerta, con riguardo alla progettazione definitiva, anziché alla progettazione esecutiva, così come era richiesto da Bando e Disciplinare di gara, fermo restando che la sussistenza del possesso dei requisiti deve essere valutata al momento fissato dalla lex specialis di gara, quale termine per la presentazione dell'offerta.

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata da A srl (Capogruppo in ATI con B sas di B Roberto & c ed E srl) - Comune dell'Aquila - Procedura aperta per l'affidamento del progetto esecutivo ed esecuzione di lavori e forniture occorrenti per la realizzazione del Parco Urbano in Piazza d'Armi - Importo a base di gara: € 18.619.713,84 - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Controinteressato: ditta coop. F

GRAVE NEGLIGENZA - OMESSA DICHIARAZIONE NOTA PA - NO ESCLUSIONE GARA

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2016

La dichiarazione dell'esistenza delle vicende o situazioni elencate nel richiamato art. 38 è strumentalmente preordinata a mettere in grado la stazione appaltante di espletare la "motivata valutazione" (cfr. comma 1) della loro incidenza sulla fiducia, sull'affidamento che essa deve poter riporre, ex ante, nell'impresa partecipante alla gara.

Avendo ad oggetto fatti, accadimenti storici da portare a conoscenza del destinatario, la dichiarazione è l'antecedente in fatto del giudizio di valore demandato alla stazione appaltante.

La quale, alla luce di concetti giuridici indeterminati, quali la grave negligenza, la malafede e l'errore grave, deve valutare se la condotta tenuta dall'impresa nell'esecuzione delle prestazioni affidatele in passato mini, pregiudicandola, la sua affidabilità. Il rapporto fra la dichiarazione del concorrente e il giudizio della stazione appaltante è dunque quello di mezzo a fine, informato al principio di idoneità allo scopo il quale – trattandosi di dichiarazione di scienza e non di volontà in cui l'effetto giuridico consegue dalla legge e non dalla volontà del dichiarante – è per l'appunto circoscritto a quello previsto dalla norma: la conoscenza di fatti. Vale a dire che l'eventuale inadempimento all'onere collaborativo di dichiarare i fatti richiesti ai sensi della previsione dell'articolo 38, comma 1, lett. f) del d. lgs. n. 163 del 2006, ivi comprese le inadempienze nell'esercizio dell'attività professionale, non è sanzionato ex se, ma solo in quanto costituisca un effettivo impedimento alla valutazione della stazione appaltante. Del resto la clausola di esclusione di cui alla lettera f) non ha carattere sanzionatorio (cfr. Cons. Stato, sez. V del 22 ottobre 2015 n. 4870, ma persegue il diverso obiettivo di salvaguardare l'elemento fiduciario che deve necessariamente essere presente nei confronti dell'impresa con cui contrarre e la cui valutazione non può prescindere dalla conoscenza di inadempienze contrattuali in precedenti rapporti. Va al riguardo data continuità all'indirizzo giurisprudenziale a mente del quale le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto devono essere definite in anticipo e rese pubbliche con particolare riguardo agli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi possano conoscere ex ante esattamente i vincoli procedurali e gli oneri dichiarativi previsti a pena d'esclusione.

L'omesso adempimento di un obbligo dichiarativo non espressamente previsto, la cui dichiarazione non sarebbe comunque necessaria a perseguire lo scopo preso in considerazione dalla norma,

traducentesi in un'esclusione automatica, lede l'affidamento e la certezza del diritto, e si risolve in una misura sproporzionata e iniqua (cfr., Cons. Stato, ad. plen. n. 19 del 2016).

IRREGOLARITA' CAUZIONE PROVVISORIA - AMMESSO SOCCORSO ISTRUTTORIO

TAR PUGLIA LE SENTENZA 2016

Quand'anche voglia ritenersi che l'esistenza di una valida garanzia provvisoria incida sul contenuto dell'offerta, privandola di un suo elemento essenziale, deve richiamarsi quanto espresso dalla giurisprudenza amministrativa, sia pur non univocamente (Cons. Stato Sez. III, 27-10-2016, n. 4528) affermandosi che "In caso di assenza o irregolarità della cauzione provvisoria o della dichiarazione di impegno alla costituzione della cauzione definitiva la stazione appaltante deve ricorrere all'istituto del soccorso istruttorio, ex artt. 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter, del D.Lgs. n. 163/2006 , trattandosi di irregolarità sanabili, e non può disporre immediatamente l'esclusione"(riforma T.A.R. Friuli Venezia Giulia Trieste, Sez. I, n. 109/2016 e n. 110 del 2016). Inoltre (Cons. Stato Sez. VI, 18-07-2016, n. 3198). "L'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006, in tema di garanzie, non prevede l'esclusione per la mancanza ed i vizi della cauzione provvisoria, a differenza di quanto stabilisce, al comma 8, per la carenza dell'impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto (cauzione definitiva)".

ASSENZA CONDANNE – DUE SOCI AL 50% - OBBLIGO DICHIARATIVO PER ENTRAMBI CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2016

L'Adunanza Plenaria ha stabilito che l'espressione socio di maggioranza di cui alle lett. b), c) e m-ter) dell'art. 38, comma 1, d.lgs. n. 163/2006 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 sociale o, se i soci sono tre, al socio titolare del 50%, muovendo dal presupposto che, attraverso l'obbligo delle dichiarazioni per il socio di maggioranza, la norma vuole garantire che non partecipino alla gara concorrenti in forma societaria i cui soci idonei ad influenzare, in termini decisivi e ineludibili, le decisioni societarie, non posseggano i requisiti morali minimi previsti dalla legge. Pertanto, in specifico, l'obbligo dichiarativo incombe su entrambi i soci partecipanti al 50% del capitale, poiché entrambi hanno un potere decisionale condizionante, dal momento che in nessuno caso le decisioni societarie possono essere adottate senza i rispettivi apporti, sia in negativo che in positivo. Pertanto, la mancata dichiarazione da parte di tali soggetti si configura quale ragione di esclusione per "mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice" (art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163/2006).

Ritiene, tuttavia, il Collegio che nei casi come quello in esame, ove la decisione dell'Adunanza Plenaria sopraggiunga a poca distanza dalla data di indizione del bando e dove il tenore letterale della lex specialis non è inequivocabile nello statuire l'esclusione in un caso come quello di specie relativo ai due soci titolari ciascuno del 50% del capitale sociale, sia possibile, e anzi auspicabile, il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio ex art. 46 d.lgs. n. 163/2006 per sanare le omissioni delle dichiarazioni di entrambi i soci al 50% (..).

CARENZA DOCUMENTALE FORMALE – SOCCORSO ISTRUTTORIO – NO ESCLUSIONE

ANAC PARERE 2016

E' illegittimo l'operato della stazione appaltante, la quale, dopo aver attivato la doverosa procedura di soccorso istruttorio ha poi deciso di non tener conto delle integrazioni documentali pervenute e pertanto non ha permesso all'impresa di sopperire a una carenza documentale di tipo formale e non sostanziale

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs.163/2006 presentata da RTI Acanto Restauri- MdM Costruzioni S.r.l./ Ministero dei beni culturali e del Turismo del Lazio. Procedura aperta per l'affidamento di un appalto di progettazione ed esecuzione di tutti i lavori necessari per la realizzazione del restauro e la valorizzazione del Passetto del Borgo sulla base del progetto preliminare, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. Importo a base di gara eu. 1.693.000,30.

SOTTOSCRIZIONE POSTUMA CONTRATTO AVVALIMENTO - SOCCORSO ISTRUTTORIO - NON AMMESSO

TAR TOSCANA SENTENZA 2016

Il contratto di avvalimento, lungi dall'essere un mero documento da allegare alla domanda per dimostrare il possesso di un requisito, è il presupposto stesso per la partecipazione alla gara, fornendo all'avvalente il requisito mancante: sicché, in ogni caso, il soccorso istruttorio non può essere strumentalmente utilizzato per l'acquisizione, ex post, di un requisito di partecipazione mancante alla data di presentazione dell'offerta, poiché, in questo modo, si altererebbe la par condicio tra i concorrenti. Nel caso di specie le firme sono state apposte sul contratto di avvalimento dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, con la conseguenza che il medesimo non era esistente al momento della partecipazione alla gara, ma solo successivamente, allorquando era già scaduto il termine di presentazione delle offerte. La produzione del suddetto contratto da parte della ricorrente si è quindi tradotta nell'acquisizione tardiva di un requisito di partecipazione, non sanabile nemmeno attraverso il soccorso istruttorio, stante la preminenza del principio di par condicio dei concorrenti.

OMESSA SOTTOSCRIZIONE OFFERTA TECNICA – ESCLUSIONE

TAR LAZIO RM SENTENZA 2016

Ha (...) chiarito la giurisprudenza che «la sottoscrizione dell'offerta, prescritta ai sensi dell'art. 74 d.lgs. n. 163 del 2006, si configura come lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nel documento, serve a renderne nota la paternità ed a vincolare l'autore alla manifestazione di volontà in esso contenuta. Essa assolve la funzione di assicurare provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta e costituisce elemento essenziale per la sua ammissibilità, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale, potendosi solo ad essa riconnettere gli effetti dell'offerta come dichiarazione di volontà volta alla costituzione di un rapporto giuridico. La sua mancanza inficia, pertanto, la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta senza che sia necessaria, ai fini dell'esclusione, una espressa previsione della legge di gara (Cons. St. Sez. V, 7.11.2008, n. 5547). Non può ritenersi equivalente alla sottoscrizione dell'offerta l'apposizione della controfirma sui lembi sigillati della busta che la contiene» (così C.d.S. 25 gennaio 2011, n. 528). Inoltre, l'art. 46 comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006, relativo all'incertezza sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, va letto nel senso che può essere sanzionata con l'esclusione dalla gara l'offerta che presenti un margine di incertezza significativo, sia per il contenuto intrinseco della stessa, sia in relazione all'oggetto dell'appalto: analogamente, sono da ritenere essenziali quegli elementi dell'offerta atti ad incidere in

maniera significativa sul contenuto della stessa, tanto che la loro mancanza renda l'offerta non soddisfacente rispetto alle richieste della stazione appaltante. Pertanto, va escluso il concorrente il quale abbia omissa la sottoscrizione dell'offerta tecnica – la quale non è negozialmente imputabile ad alcuno – mentre la mancata esplicita previsione di tale carenza tra le cause di esclusione è irrilevante "trattandosi di mancanza di un elemento essenziale dell'offerta che anche nell'attuale assetto normativo disegnato dall'attuale art. 46, comma 1-bis, del Codice appalti, in cui è stato codificato il principio di tassatività delle cause di esclusione, rileva quale causa di estromissione del concorrente dalla gara d'appalto (in questi termini Consiglio di Stato, 21 giugno 2012 n. 3669 e 8 agosto 2013, n. 727).

CLAUSOLE BANDO ILLEGITTIME - LIMITE AL SOCCORSO ISTRUTTORIO - IMPUGNAZIONE

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2016

Non viene in rilievo l'art. 46 comma 1 bis, *ratione temporis* applicabile, che sanziona con la nullità «le prescrizioni dettate dal bando a pena di esclusione che non riguardino casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi».

Né viene in rilievo l'art. 38, comma 2 bis, richiamato dall'art. 46, comma 1 ter, in materia di sanatoria della mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, evidente com'è che, nel caso di specie, la contestazione cada non già sulla conformità della produzione alle indicazioni della lex di gara, quanto, più in radice, sulla stessa legittimità della clausola del disciplinare che detta prescrizioni circa il modo di dimostrazione del possesso di sedi operative.

L'amministrazione si è infatti limitata ad applicare le previsioni della gara, pretendendo, ai fini dell'attribuzione del punteggio, una certificazione camerale riportante l'indicazione della sede operativa, oltre che di quella legale.

MANCATA QUALIFICAZIONE PER LE QUOTE DI ESECUZIONE - NON AMMESSO SOCCORSO ISTRUTTORIO

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2016

Se da un lato era venuto meno l'obbligo della corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione dei lavori, con l'abrogazione del comma 13 dell'art.37 del d.lgs. n. 163 del 2006 - per effetto dell'art. 12, comma 8, del d.-l. 28 marzo 2014, n. 47 - dall'altro ciò non aveva modificato l'ulteriore condizione del possesso della quota di qualificazione necessaria per eseguire la quota dell'appalto dichiarata nell'offerta, almeno secondo quanto affermato dalla più recente giurisprudenza, secondo cui "resta fermo che ciascuna impresa va qualificata per la parte delle prestazioni che si impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara", così come precisato anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (28 agosto 2014, n. 27) secondo cui – anche dopo la riforma di liberalizzazione delle quote esecutive – (con riferimento agli appalti di servizi e forniture, ma principio applicabile anche agli appalti di lavori, a seguito della nuova disciplina introdotta nel 2014). Il soccorso istruttorio non può intervenire nel caso dell'assenza di un requisito di qualificazione, visto che non consiste nell'integrazione tardiva della documentazione che doveva essere acquisita con la domanda di partecipazione, e concretizzerebbe la sanatoria di un vizio di documentazione mancante in origine:

tale operazione risulterebbe contraria al principio di par condicio dei concorrenti e di tassatività dei termini per la presentazione delle offerte, nonché alla stessa disciplina di gara ed alle norme in materia di possesso del requisito di qualificazione, quindi realizzerebbe una vera modifica sostanziale degli elementi dell'offerta stessa avvenuta oltre la scadenza del termine per la partecipazione alla gara.

TASSATIVITÀ CAUSE DI ESCLUSIONE - OFFERTA TECNICA CON MAGGIOR NUMERO PAGINE -ESCLUSIONE - ILLEGITTIMA

TAR LOMBARDIA MI SENTENZA 2016

La previsione della *lex specialis*, che delimita il numero delle pagine di cui deve essere composta l'offerta tecnica, non è assistita da alcuna previsione di esclusione, in coerenza con il principio di tassatività delle cause di esclusione, ex art. 46, comma 1 bis, del d.l.vo 2006, n. 163, né da altro tipo di sanzione. Sul punto, la giurisprudenza, del tutto prevalente e condivisibile, ha chiarito che, in virtù del principio di tassatività della cause di esclusione dalle gare, sancito dall'art. 46, comma 1 bis, del D. Lgs. n. 163 del 2006, l'esclusione può essere disposta solo in applicazione di una specifica causa indicata nel codice dei contratti, del regolamento o di altre disposizioni di leggi vigenti, ma nessuna disposizione normativa correla l'esclusione dalla gara o altro tipo di sanzione al fatto che l'offerta sia formulata in un numero di pagine superiore a quello stabilito dalla *lex specialis* (cfr. tra le tante: T.A.R. Puglia Lecce, sez. III, 21 gennaio 2016, n. 176; Consiglio di Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565; Consiglio di Stato, sez. III, 21 novembre 2014, n. 5752).

VIZI CAUZIONE PROVVISORIA - SOCCORSO ISTRUTTORIO - LIMITI

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2016

L'art. 75 d.lgs. 163/06, in tema di garanzie, non prevede l'esclusione per la mancanza ed i vizi della cauzione provvisoria, a differenza di quanto stabilisce, al comma 8, per la carenza dell'impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto (cauzione definitiva).

SOCCORSO ISTRUTTORIO - PAGAMENTO SANZIONE AMMINISTRATIVA NEL DLGS 163/2006 E NEL DLGS 50/2016

TAR LOMBARDIA MI SENTENZA 2016

Il comma 2 bis dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, infatti, chiarisce che è la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale nelle dichiarazioni sostitutive volte ad accertare i requisiti di partecipazione alle procedure di gara, in sé per sé considerate, ad obbligare il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara.

Qualora l'irregolarità in cui è incorso il concorrente sia essenziale, infatti, la disposizione prevede, da un lato, il pagamento della sanzione pecuniaria nell'importo stabilito dal bando di gara e garantito dalla cauzione provvisoria, dall'altro, che la stazione appaltante assegni al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Se poi il termine decorre inutilmente, senza che il concorrente provveda alla regolarizzazione o integrazione richiesta, questi verrà altresì escluso dalla procedura di gara. In conclusione, appare evidente dalla lettera della disposizione che l'essentialità dell'irregolarità determina in sé per sé l'obbligo del concorrente di pagare la sanzione pecuniaria prevista dal bando, a prescindere dalla circostanza che questi aderisca o meno all'invito, che la stazione appaltante deve necessariamente fargli, di sanare detta

irregolarità. Deve osservarsi, invero, che il nuovo codice degli appalti (d.lgs. n. 50/2016), adottato in attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, e pubblicato in Gazz. Uff., S.O., 19 aprile 2016, n. 91, prevede, ora, all'art. 83, comma 9, che: "Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa". La nuova disciplina del soccorso istruttorio in materia di appalti pubblici risulta, dunque, emendata proprio nel senso di non prevedere più l'obbligo del pagamento della sanzione nel caso di mancata regolarizzazione. In tale parte, quindi, la norma risulta del tutto conforme alla direttiva succitata. Tale testo normativo non può, peraltro, ricevere applicazione nella fattispecie all'esame del collegio, atteso che la procedura concorsuale in questione è stata bandita prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016.

CAUZIONE PROVVISORIA INCOMPLETA - SOCCORSO ISTRUTTORIO

ANAC DELIBERA 2016

È legittimo l'operato della S.A. che ha consentito la regolarizzazione del documento rappresentativo della cauzione provvisoria, pervenuto incompleto, a fronte del pagamento della sanzione pecuniaria.

OGGETTO: Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs.163/2006 presentata da ACP - Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (SUA Stazione Unica Appaltante Lavori) e da RTI VILNAI Spa/Immobiliare 3A Srl – Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di costruzione di alloggi militari – Caserma Battisti Merano - Importo euro 9.724.104,06 S.A. ACP-SUA Stazione Unica Appaltante Lavori.

SOCCORSO ISTRUTTORIO PER DICHIARAZIONE INCOMPLETA - LIMITI ALLA SANZIONE AMMINISTRATIVA COMMUNATA

ANAC DELIBERA 2016

In merito alla documentazione a corredo dell'offerta si richiedeva la compilazione e sottoscrizione dell'All. B.2. "dichiarazione di accettazione documentazione" in cui era necessario dichiarare di

aver preso visione e accettare «tutte le note di Trenitalia (quali, a titolo esemplificativo, le risposte ai chiarimenti richiesti dai concorrenti in sede di gara) pubblicati sul Portale durante il procedimento nell'area "Allegati" o nell'area "Messaggi" della gara e di seguito così richiamati: 1. [...] 2. [...], ecc...»;

La "dichiarazione di accettazione documentazione" dell'odierno istante è stata compilata in maniera generica, non riportando esattamente gli estremi delle risposte ai quesiti inviate dai concorrenti e, dopo aver ritenuto tali elementi essenziali, la stazione appaltante ha richiesto al concorrente l'integrazione, applicando la sanzione pecuniaria di cui all'articolo 38, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006; integrazione che il concorrente ha effettuato, pagando la prevista sanzione. Il provvedimento di richiesta di integrazione della documentazione incompleta, con relativa applicazione pecuniaria di cui all'articolo 38, comma 2-bis, del d.lgs. n. 163/2006 è conforme all'ordinamento.

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata dal Consorzio Nazionale Cooperative di produzione e lavoro Ciro Menotti Spca – Progettazione esecutiva e realizzazione di impianti fotovoltaici presso gli impianti di Trenitalia – IMC ES Roma San Lorenzo – IMC Milano Martesana – OMC Santa Maria La Bruna – Lotto 1 e lotto 3 - Importo a base di gara: euro 11.495.000,00 - S.A.: Trenitalia SpA

MODULO OFFERTA IN BIANCO - INSERITO IN BUSTA ERRATA - NO ESCLUSIONE

TAR LAZIO RM SENTENZA 2016

L'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 prescrive (..) l'esclusione delle concorrenti ad una gara esclusivamente "in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte". In ragione di quanto riportato, risulta evidente che la circostanza denunciata – ossia la presenza di tale "modulo bianco" in una busta diversa da quella prescritta – non è riconducibile nell'ambito delle cause di esclusione tassativamente prescritte dal legislatore, tanto più ove si consideri che la ricorrente si limita ad addurre il "sospetto di una possibile manomissione della documentazione di gara presentata" e, dunque, si astiene dal rappresentare elementi precisi ed inequivoci, idonei a comprovare o, comunque, adeguatamente supportare un'effettiva violazione delle regole che presidiano l'integrità dei plichi e, ancora, la segretezza delle offerte Pur essendo ben a conoscenza che – secondo l'orientamento pressoché unanime della giurisprudenza – l'obbligo di fornire un'adeguata motivazione dei punteggi attribuiti alle concorrenti ad una procedura di gara, espletata in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è inversamente proporzionale alla specificità dei criteri all'uopo fissati dalla Stazione appaltante, tanto da poter affermare la sufficienza del mero punteggio numerico nei casi in cui i criteri di valutazione siano stati prefissati "con chiarezza e adeguato grado di dettaglio" (cfr., tra le altre, C.d.S., Sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1556; C.d.S., Sez. V, 15 marzo 2016, n. 1024; C.d.S., Sez. III, 7 marzo 2016, n. 921), il Collegio non può, infatti, esimersi dal rilevare che – in ogni caso – la Commissione di gara deve operare in stretta aderenza alle prescrizioni del disciplinare di gara e, in particolare, deve procedere all'attribuzione dei punteggi alle singole concorrenti in piena conformità ai criteri all'uopo predisposti, pena – in caso contrario – il venire meno della possibilità per il privato di comprendere il percorso logico seguito

dalla Commissione de qua ai fini dell'assunzione delle proprie determinazioni e, dunque, della possibilità per lo stesso di operare un'effettiva verifica della correttezza dell'operato di quest'ultima

CLAUSOLE DEL DISCIPLINARE DI GARA - INTERPRETAZIONE

ANAC DELIBERA 2016

Le prescrizioni del disciplinare di gara riferite alla predisposizione dell'offerta devono interpretarsi alla luce dei principi espressi all'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. 163/2006 ai sensi del quale: «La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal (...) codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle». Come indicato nella determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015 «la ratio della disposizione in esame è rinvenibile nell'intento di garantire un concreto rispetto dei principi di rilievo comunitario di massima partecipazione, concorrenza e proporzionalità nelle procedure di gara, evitando che le esclusioni possano essere disposte a motivo della violazione di prescrizioni meramente formali, la cui osservanza non risponda ad alcun apprezzabile interesse pubblico».

Con riferimento alla predisposizione dei documenti di gara occorre richiamare il consolidato orientamento dell'Autorità che riconosce la sussistenza, in capo alle stazioni appaltanti, dell'onere di redigere in modo chiaro la documentazione di gara, evidenziando gli adempimenti posti a pena di esclusione; come indicato nel parere n. 85 del 27.05.2015, «tutte le disposizioni che in qualche modo regolano la gara, siano esse contenute nel bando, nella lettera d'invito ovvero negli altri documenti di gara, concorrono a formarne la disciplina e ne costituiscono, nel loro insieme, la lex specialis, con l'effetto che, in caso di oscurità ed equivocità, un corretto rapporto tra amministrazione e privato, che sia rispettoso dei principi generali del buon andamento dell'azione amministrativa e di imparzialità, del favor participationis, nonché del dovere di buona fede delle parti nello svolgimento delle trattative impone che di quella disciplina sia data una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati (cfr., in tal senso, determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012)».

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata da I. S.r.l. – Procedura di gara aperta per l'affidamento di un appalto per l'esecuzione di opere connesse al Programma operativo nazionale “Ambienti per l'apprendimento” FESR 2007/2013 Asse II Qualità degli ambienti scolastici Obiettivo C – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo complessivo a base di gara: euro 536.949,00 – S.A.: M

SOCCORSO ISTRUTTORIO - POST FASE DI AMMISSIONE - NO RIDETERMINAZIONE CALCOLO SOGLIA.

TAR PUGLIA LE SENTENZA 2016

Dalla novella normativa introdotta dall'art. 39 del d.l. 90/2014 conv. in l. 114/2014, con riferimento alle previsioni di cui all'art. 46 del d.lgs. 163/2006, emerge come sia consentito in sede di gara procedere alla sanatoria di ogni omissione o incompletezza documentale, superando il limite della

sola integrazione e regolarizzazione di quanto già dichiarato e prodotto in gara- così come si prende - atto della formulazione dell'art. 38, comma 2 bis, d.lgs.163/2006, secondo il quale ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo delle medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.

SOCCORSO ISTRUTTORIO - ERRORE TRASMISSIONE DOCUMENTAZIONE - LEGITTIMO

ANAC DELIBERA 2016

In linea generale, in tema di sottoscrizione dei documenti di gara, con la determinazione n. 4 del ottobre 2012 l'Autorità di vigilanza osservava: «ai sensi degli artt. 73 e 74 del Codice, le domande di partecipazione e le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare il candidato ed il suo indirizzo, nonché la procedura a cui la domanda di partecipazione si riferisce; esse sono, inoltre, corredate dei documenti prescritti dal bando; le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando o dall'invito ovvero dal capitolato d'onori e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare l'offerente ed il suo indirizzo, nonché la procedura cui si riferiscono, le caratteristiche ed il prezzo della prestazione offerta, unitamente alle dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi di partecipazione. Con dizione sostanzialmente identica, il comma 3, dell'art. 73 ed comma 5, dell'art. 74 prevedono che le stazioni appaltanti richiedano gli elementi essenziali menzionati, nonché gli altri elementi e documenti necessari ovvero utili, nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto ed alle finalità dell'offerta». Sulla base degli artt. 73, comma 3 e 74, comma 5, d.lgs. 163/2006, l'Autorità ha configurato la facoltà della stazione appaltante di richiedere, a pena di esclusione, ad integrazione della domanda di partecipazione e dell'offerta, anche la sottoscrizione dei documenti quali il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto (parere n. 97 del 26.11.2014).

Nel caso in esame, l'art. 11 del disciplinare di gara prevedeva l'onere per il concorrente di inserire nella busta amministrativa, a pena di esclusione, la «Copia del Capitolato Speciale d'Appalto, sottoscritto per accettazione in ogni singolo foglio dal legale rappresentante delle ditte partecipanti» e «Copia del Disciplinare di gara, sottoscritto per accettazione in ogni singolo foglio dal legale rappresentante delle ditte partecipanti». La sottoscrizione del disciplinare di gara e del capitolato speciale d'appalto era richiesta ad integrazione dell'offerta insieme alla dichiarazione, resa in sede di presentazione della domanda, «di accettare, senza condizione o riserva alcuna, tutte le norme e disposizioni contenute nel bando di gara, nel disciplinare di gara, negli elaborati progettuali e specificamente nel capitolato speciale d'appalto, ed in particolare di essere chiaramente edotto di tutte le circostanze che accompagnano l'appalto».

In linea generale le rettifiche apportate al disciplinare e al capitolato speciale d'appalto non sembrerebbero essere state pubblicate in Gazzetta Ufficiale dell'UE né è chiara la rilevanza delle stesse sotto il profilo degli obblighi assunti dai concorrenti con l'offerta presentata; inoltre, sul sito sono state mantenute entrambe le versioni dei documenti di gara cosicché era prevedibile che i concorrenti potessero confondersi nella estrazione e sottoscrizione degli stessi.

Pertanto, l'errore in cui è incorsa la società potrebbe ritenersi in parte imputabile alla condotta tenuta dalla stazione appaltante né è chiaro in che misura le rettifiche apportate possano inficiare quanto oggetto di dichiarazioni rese in sede di gara dal concorrente, l'esclusione di quest'ultimo non appare legittima ritenendosi che il Comune di Carsoli possa, in ragione delle circostanze

specifiche enunciate, procedere nell'ambito del procedimento del soccorso istruttorio, a richiedere nuovamente i documenti sottoscritti nella versione da ultimo rettificata.

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata dal Comune di C. — Procedura aperta per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto, avvio a smaltimento RSU nei Comuni di C., O., R., P. - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: 6.446.178,32 — S.A.: Comune di C.

ONERI SICUREZZA AZIENDALI - OBBLIGO DI INDICAZIONE - NON E' SANABILE MEDIANTE SOCCORSO ISTRUTTORIO

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2016

La previsione della lex specialis circa la necessaria indicazione, nell'ambito dell'offerta economica, degli oneri di sicurezza c.d. interni o aziendali deve ritenersi conforme alla disciplina legislativa di cui al combinato disposto degli artt. 86, comma 3 bis, 87, comma 4, d.lgs. n. 163/2006 e 26, comma 6, d.lgs. n. 81/2008, la quale, espressamente riferita agli appalti di servizi e forniture, prescrive tale obbligo (v. Ad. Plen. n. 3/2015, che, nel statuire tale obbligo per gli appalti lavori, muove dal presupposto interpretativo della sua espressa previsione legislativa per il settore dei servizi e delle forniture, con conseguente manifesta infondatezza della tesi del r.t.i. appellante circa l'inapplicabilità di tale disciplina al settore degli appalti di servizi); pertanto, per un verso, la lex specialis e' legittima e, per altro verso, sarebbe impossibile +per la stazione appaltante attivare il soccorso istruttorio in quanto l'offerta e' mancante di un elemento essenziale, pena altrimenti la violazione del principio della par condicio competitorum (v. Ad. Plen. n. 3/2015 e n. 9/2015).

SOCCORSO ISTRUTTORIO - OFFERTA TECNICA - NON AMMESSO

TAR SICILIA PA SENTENZA 2016

Quanto (...) all'invocato soccorso istruttorio, venendo in rilievo elementi essenziali dell'offerta tecnica, può richiamarsi anche quanto precisato dall'ANAC nella determinazione 08.01.2015 con riferimento ai limiti del soccorso istruttorio, a tenore della quale "Dal dato letterale della norma, emerge chiaramente come sia consentito in sede di gara procedere alla sanatoria di ogni omissione o incompletezza documentale, superando l'illustrato limite della sola integrazione e regolarizzazione di quanto già dichiarato e prodotto in gara. Inoltre, il riferimento ivi contenuto anche agli elementi e non solo alle dichiarazioni, consente un'estensione dell'istituto del soccorso istruttorio a tutti i documenti da produrre in gara, in relazione ai requisiti di partecipazione ma non anche per supplire a carenze dell'offerta. L'ampliamento dell'ambito applicativo del soccorso istruttorio – tale da consentire il completamento o l'integrazione dell'offerta – infatti, altererebbe la par condicio, il libero gioco della concorrenza, violerebbe il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, eluderebbe la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura (Ad. Pl. Cons. St. n. 9/2014 cit.), non ultimo, implicherebbe la violazione del principio di segretezza delle offerte." Pertanto, nessuna ulteriore interlocuzione avrebbe potuto essere ammessa, a pena di violare la par condicio competitorum (v. Consiglio di Stato, Sez. V, 14 aprile 2016, n. 1504; Sez. III, 26 febbraio 2016, n. 801; T.A.R. Lombardia, Brescia, II, 22 marzo 2016, n. 435).

SOCCORSO ISTRUTTORIO - CARENZA REQUISITO - NON AMMESSO

ANAC DELIBERA 2016

Non può ritenersi ammissibile l'applicazione della procedura di soccorso istruttorio per l'allegazione della relazione tecnica dopo la presentazione dell'offerta in quanto la produzione tardiva del documento violerebbe il principio di par condicio, salvo che la stessa sia da ritenersi presente in ogni suo elemento all'interno dell'offerta come documento in essa integrato;

Ai sensi dell'art.38 comma 2 bis e dell'art. 46 comma 1 ter del Codice, l'integrazione della documentazione relativa ai curricula dei dipendenti prodotti in formato non elettronico è ammissibile in quanto vizio di forma non essenziale. Non è ammissibile l'adozione del soccorso istruttorio e implica esclusione dalla procedura di gara l'indicazione di un organico previsto in misura inferiore al numero minimo richiesto nel disciplinare di gara, se quest'ultimo è stato stabilito dalla stazione appaltante in modo proporzionato e ragionevole rispetto al servizio da affidare. OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs.163/2006 presentata da A. S.p.a./C.S.p.a. e M S.r.l. Procedura aperta per l'affidamento di un appalto di forniture di soluzioni e servizi di contact center. Importo a base di gara: 350.000,00 Euro. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa.

DICHIARAZIONE MENDACE - ILLEGITTIMO SOCCORSO ISTRUTTORIO

TAR SARDEGNA SENTENZA 2016

In caso di "omissioni" vi è spazio per il soccorso istruttori, ma il limite, per la possibile attivazione del potere integrativo, resta sempre e comunque in caso di riscontro di "falsità" e non di mera "omissione" di dichiarazioni. Ne consegue l'impossibilità di attivazione del soccorso istruttorio, anche nella nuova versione (introdotta dall'art. 39 comma 1 DL 90/2014) in caso di "omessa" dichiarazione delle risoluzioni gravi (cfr. CS 11.4.2016 n. 1412 oltretutto controversia riferita proprio alla stessa società Alfa e alle medesime risoluzioni impeditive), in quanto la dichiarazione va assimilata alla dichiarazione "falsa" e infedele, dovendo la parte consentire, come si è già osservato, alla stazione appaltante la valutazione del precedente professionale negativo. Dunque in caso di dichiarazione mendace (come quella che è rinvenibile nella fattispecie) non è applicabile il soccorso istruttorio. Ci si discosta, quindi, dall'orientamento (allora diffuso), a cui il Comune ha aderito, espresso da parere ANAC 15.7.2015; C.S., IV, 2589 del 25.5.2015; Tar Campania Salerno 1066/2015; Tar FVG 571/2015. La sussistenza di 12 risoluzioni (ancorchè differenziate fra loro, sia per tipologia che per cause) implicano e rappresentano la sussistenza di inadempimenti rilevanti e, come tali, significativi ai fini dell'individuazione della non idonea professionalità del soggetto. Con conseguente obbligo di dichiarazione, pena la carenza di un passaggio essenziale del sistema, posto che la richiesta istruttoria implica, quanto meno, la conoscenza dell'esistenza di vizi/errori. In definitiva occorre, come si è già evidenziato, i giudizi delle altre Amministrazioni, anche per rendere il procedimento più snello; celerità che costituisce un valore che deve essere anch'esso considerato, al pari della tutela del concorrente.

SOCCORSO ISTRUTTORIO – ERRORE LETTURA DOCUMENTI GARA TELEMATICA - AMMESSO

TAR LOMBARDIA MI SENTENZA 2016

E' (..) pacifico - in giurisprudenza - che non sussiste un onere di immediata impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria dell'appalto, essendo una simile impugnativa rivolta contro un atto di natura endoprocedimentale, non conclusivo del procedimento, e dunque, di norma, non immediatamente lesivo; a differenza – ovviamente – dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, che è invece necessaria (sul carattere facoltativo dell'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria, si vedano: Consiglio di Stato, sez. IV, 19.3.2015, n. 1512 e 7.11.2014, n. 5497, oltre a TAR Calabria, Reggio Calabria, 26.2.2015, n. 188) Le disposizioni di cui agli (..) articoli 38 comma 2 bis e 46 comma 1 ter – per le quali in dottrina e giurisprudenza si è talora parlato di “nuovo soccorso istruttorio” – sono applicabili in un ampio ventaglio di ipotesi, compresa quella di eventuali documenti di gara incompleti o irregolari, come del resto statuito dalla più recente giurisprudenza amministrativa. Sulla questione si vedano: Consiglio di Stato, sez. V, 19.5.2016 n. 2106, secondo cui la novella legislativa può applicarsi anche a casi di mancanza di dichiarazioni previste dalla legge di gara; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 22.3.2016, n. 434, per cui le norme succitate consentono di sanare lacune nella produzione documentale, purché il concorrente sia in possesso dei requisiti; TAR Puglia, Lecce, sez. III, 18.5.2016, n. 829, che espressamente consente il soccorso istruttorio nei casi di omessa produzione di una delle due referenze bancarie richieste dalla disciplina di gara e TAR Lazio, Roma, sez. II bis, 23.6.2016, n. 7249, che ammette il soccorso istruttorio in caso di omessa presentazione della cauzione provvisoria o di presentazione di una cauzione insufficiente.

SOCCORSO ISTRUTTORIO - COSTO DELLA SICUREZZA - INTEGRAZIONE POSTUMA ALL'AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA - AMMESSA

ANAC DELIBERA 2016

La giurisprudenza successiva all'Adunanza Plenaria n. 3 del 2015 ha confermato come termine ultimo per l'indicazione dei costi della sicurezza il momento della verifica dell'anomalia, anche in considerazione dell'eventualità che la comminatoria dell'esclusione non sia espressa nel bando e quindi risulti maggiormente penalizzante un'esclusione tout court dell'impresa che non abbia allegato l'indicazione alla presentazione dell'offerta (cfr. TAR Piemonte, sez. I, sent. n. 1170 del 2015). L'assenza di scorporo nel quantum fin dalla fase di presentazione delle offerte non può risolversi in causa di esclusione dalla gara, anche alla luce dei criteri di tassatività delle cause espulsive previsti dall'art. 46 comma 1 bis del Codice” (Cons. di Stato V, 2 ottobre 2014 n.4907); A proposito alla misura della partecipazione alla dimostrazione dei requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi del raggruppamento di tipo orizzontale, si fa presente che, per i servizi di ingegneria e architettura, valgono le disposizioni generali dettate dal Regolamento, oltre le norme specifiche per gli affidamenti sotto i 100.000 euro di cui all'art. 267 DPR 207/2010 e art. 91 co.2 D.lgs. 163/2006 da essa richiamata.

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs.163/2006 presentata da RTP “F”/ Comune di N. Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per l'affidamento di un appalto di servizi di progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva, direzione lavori, misura e contabilità, coordinamento in materia di salute e sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, e redazione studio di compatibilità geologica geotecnica per l'intervento denominato “Lavori di messa in sicurezza della via Figari”. Importo a base di gara: eu. 75.029,51. Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso. S.A. Comune di N. Controinteressata: RTP P.

SOCCORSO ISTRUTTORIO- PRINCIPIO DELLA MASSIMA PARTECIPAZIONE ALLE GARE

TAR LAZIO RM SENTENZA 2016

L'orientamento giurisprudenziale sostanzialistico che si è andato via via affermando, (...) tende ad attribuire, in modo certamente condivisibile, rilievo sempre più centrale al principio del favor participationis, secondo cui solamente la reale mancanza di un requisito generale legittima l'esclusione dalla gara, al punto che non appare né giusto né equo che un soggetto che possa dimostrare, eventualmente anche attraverso il c.d. soccorso istruttorio, di avere tutti i requisiti sia escluso dalla gara, ha ricevuto il definitivo avallo dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 2014, che indica la volontà univoca del legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie (cfr. CGA Regione Siciliana, 20 aprile 2016, n. 116). Sulla base di tale evoluzione, è possibile ritenere che sia stato superato la precedente concezione che escludeva la possibilità di ricorrere al "soccorso istruttorio" nei casi di omessa produzione di un documento prescritto a pena di esclusione e che limitava la possibilità di utilizzo dell'istituto ai soli casi di avvenuta produzione di documenti contenenti errori, lacune o ambiguità, mentre non è possibile inferirne la diversa e più radicale regola che consentirebbe alla stazione appaltante di intervenire anche in caso di dichiarazione mendace. In altri termini, il percorso sostanzialistico che mira ad attribuire assoluto rilievo al principio della massima partecipazione alle gare se determina la possibilità di chiedere all'impresa concorrente l'ostensione di un documento omesso, non può spingersi a legittimare l'intervento anche nel caso di dichiarazione mendace. Le valutazioni sulla gravità della condanna e l'effettiva incidenza sulla moralità professionale, inoltre, come già esposto, esulano dalle ragioni che possono giustificare la dichiarazione di non sussistenza della pronuncia di condanna e sono riservate all'amministrazione appaltante, sicché la legittimità del provvedimento di revoca non può essere contestato in ragione della ritenuta tenuità dei fatti che hanno determinato l'emissione dei provvedimenti penali.

SOCCORSO ISTRUTTORIO - NON PUÒ ESSERE UTILIZZATO PER SUPPLIRE AD UNA CARENZA SOSTANZIALE DELL'OFFERTA

CONSIGLIO DI STATO SEGNALAZIONE 2016

Si rimarca il divieto per l'Amministrazione, sia a seguito di dichiarazioni correttive del partecipante, sia in conseguenza della sua attività interpretativa volta a riscontrare la reale volontà dell'offerente, di sottoporre l'offerta ad operazioni manipolative e di adattamento non previste nella lex specialis della procedura, restando altrimenti violata la par condicio dei concorrenti e l'affidamento da essi riposto nelle regole di gara per modulare la rispettiva offerta, nonché il principio di buon andamento, speditezza e trasparenza dell'azione amministrativa, in quanto la procedura ne risulterebbe caratterizzata da incertezze e rallentamenti, con conseguente incidenza sulla sostanza e non solo sulla forma (pp. 12-13 della sentenza impugnata). Né, infine, potrebbe ritenersi che la ricorrente avrebbe dovuto essere ammessa ad un chiarimento, in ordine all'effettiva portata della sua offerta economica, perché, a mente dell'art. 46, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006, è possibile attivare il rimedio del c.d. soccorso istruttorio per completare dichiarazioni o documenti già presentati (senza però introdurre documenti nuovi) solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione dell'impresa, mentre quel rimedio non può invece essere utilizzato per supplire a carenze dell'offerta o a radicali omissioni dichiarative, sicché non può essere consentita

al concorrente negligente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di semplici errori materiali o di refusi, pena la violazione del principio di par condicio tra i partecipanti alla gara.

MANCATO PAGAMENTO TASSA AUTORITY - NO SOCCORSO ISTRUTTORIO

TAR LAZIO RM SENTENZA 2016

L'art. 1, comma 67 della legge n. 266/2005 stabilisce che il versamento del contributo all'AVCP è obbligatorio e costituisce "condizione di ammissibilità dell'offerta". Al riguardo si veda pure la pronuncia della sezione in data 8 gennaio 2015, n. 213 nella quale è stato espressamente chiarito che l'esclusione comminata per il mancato adempimento dell'onere del versamento del contributo AVCP, in quanto recato da disposizioni imperative di legge, non comporta neppure la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1 bis del d.lgs. n. 163/2006. E la ridetta condizione di ammissibilità non viene meno neppure per la circostanza fatta valere col quarto e col quinto mezzo del ricorso principale secondo cui, qualora la deliberazione AVCP del 5 marzo 2014, fosse interpretata come opera la stazione appaltante, allora si produrrebbe una manifesta illegittimità della stessa, in quanto integrativa della disposizione di cui al ridetto articolo 1, comma 67/legge n. 266 che prevede l'obbligo di pagamento del contributo esclusivamente per i contratti di appalto di lavori pubblici e non anche per i servizi. Tale interpretazione offerta da parte ricorrente è essa stessa manifestamente infondata laddove l'art. 1 comma 67 della Legge finanziaria 2006 stabilisce che l'AVCP, cui è riconosciuta autonomia organizzativa e finanziaria, ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento di cui al comma 65, determina annualmente l'ammontare delle contribuzioni ad essa dovuti dai soggetti, pubblici e privati, "ivi compreso l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche". La disposizione era rivolta all'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici che, nata nel 1994 con la cd. Legge Merloni sugli appalti di lavori pubblici, venne modificata assumendo la denominazione di "Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture" (cioè AVCP) nel 2006 con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, di modo che quando nel 2014 ha determinato il contributo ad essa spettante per le gare in materia di lavori, servizi e forniture, *ratione temporis*, ne aveva tutte le competenze, con conseguente rigetto dei due ultimi profili di censura fatti valere dalla ricorrente avverso la deliberazione del 5 marzo 2014. A ciò si aggiunga che, come rilevato dall'Azienda, tutta la giurisprudenza e le deliberazioni dell'AVCP citate da parte ricorrente e volte a sostenere che l'omissione del pagamento del contributo non sarebbe causa di esclusione, sono proprio inconferenti poiché si riferiscono tutte ad ipotesi di ritardato pagamento del contributo e non di completa omissione dello stesso, come avvenuto nel caso in esame. E anche se si volesse sostenere, come effettuato dalla stessa, che la ricorrente non è stata in grado di versare il contributo per disguidi del sistema di pagamento presso uno sportello di Lottomatica, anche tale giustificazione non appare plausibile, atteso che sin dalla prima riunione del 26 settembre 2014 la Commissione di gara aveva rilevato la irregolarità ed ammesso con riserva la ricorrente, che ben avrebbe potuto dunque regolarizzare la sua posizione; nonostante ciò, per come risulta dal verbale della seduta del 28 ottobre 2014, la ricorrente si è nuovamente presentata senza avere effettuato il pagamento, di modo che la Commissione di gara non ha avuto altra possibilità che escluderla in applicazione dell'art. 1, comma 67 della legge n. 266/2005, stante il cui primo

periodo il versamento del contributo costituisce condizione di ammissibilità dell'offerta, come sopra chiarito.

**DIFFORMITÀ OFFERTA TECNICA - SOCCORSO ISTRUTTORIO -
INAPPLICABILITA'**

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2016

Secondo la costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, le difformità dell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla stazione appaltante per il contratto da affidare legittimano l'esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto (da ultimo: Sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4804, 1 luglio 2015, n. 3275; Sez. V, 17 febbraio 2016, n. 633, 23 settembre 2015, n. 4460). Il collegio condivide ed intende dare continuità a questo orientamento, sottolineando che nell'ambito di un procedimento di manifestazione di volontà contrattuale scandito da fasi predefinite a livello normativo l'esclusione dalla gara di un concorrente per difformità essenziali dell'offerta esprime il dissenso dell'amministrazione rispetto ad un prodotto o servizio giudicato non rispondente alle caratteristiche tecniche minime previste nel progetto o nel capitolato posto a base della selezione. A fronte di ciò, l'amministrazione legittimamente può quindi non riconoscere alcun punteggio all'esito della fase di valutazione tecnica ed escludere l'impresa dalla gara, manifestando il proprio dissenso impeditivo della conclusione del contratto per mancanza nell'oggetto delle qualità attese. Ciò precisato, in questa ipotesi rientra pacificamente quella oggetto della presente controversia, in cui all'esito dell'attività valutativa la commissione giudicatrice nominata dal Comune di P. per l'affidamento del servizio di illuminazione pubblica ha enucleato quattro specifici profili di inadeguatezza dei prodotti offerti dall'odierna appellante per l'adeguamento tecnologico degli impianti di illuminazione, comportanti, secondo la prospettazione della stazione appaltante, una diminuzione qualitativa di questi ultimi. Non vi è pertanto dubbio che la stessa amministrazione potesse disporre l'esclusione dalla gara di un'impresa autrice di un'offerta giudicata inidonea dal punto di vista tecnico.

Inoltre, contrariamente a quanto sostiene la C, tale causa di esclusione non si pone in contrasto con il principio di tassatività sancito dall'art. 46, comma 1-bis, cod. contratti pubblici atteso che tale norma riguarda il mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali o privi, comunque, di una base normativa espressa, e non già l'accertata mancanza dei necessari requisiti dell'offerta che erano stati richiesti per la partecipazione alla gara (in questo senso si è espresso questo Consiglio di Stato, nelle seguenti sentenze: Sez. III, 17 novembre 2015, n. 5261; Sez. V, 17 febbraio 2016, n. 633, citata). Infine, non è conferente il richiamo al principio di equivalenza delle specifiche tecniche sancito dall'art. 68 cod. contratti pubblici, dal momento che esso presuppone la corrispondenza delle prestazioni offerte dal prodotto offerto e non già un'inidoneità di quest'ultimo rispetto alle specifiche indicate dall'amministrazione e poste a base di gara.

OFFERTA DIFFORME DALLA LEX SPECIALIS - ESCLUSIONE - LIMITI

TAR TOSCANA SENTENZA 2015

L'offerta della ricorrente, al contrario, non manca soltanto dell'indicazione della percentuale di ribasso, ma anche e soprattutto del prezzo complessivamente offerto, che, come chiarito dalla stessa legge di gara, non rappresenta il solo costo del personale ottenuto dal prodotto del costo unitario orario del lavoro per il monte ore lavorate, bensì l'insieme di tutti gli oneri dovuti all'appaltatore. Basti osservare che il prezzo uomo/ora [...] riportato nella casella dell'allegato "E" dedicata all'importo complessivo dell'appalto è pari a euro 16,80, risultante dell'importo di euro 16,30 indicato come costo orario del personale e di quello di euro 0,50 indicato come importo dei costi per la sicurezza aziendale, con la conseguenza che, anche moltiplicando tale importo complessivo per il monte ore annuo determinato ai sensi dell'art. 2 del capitolato (sul punto, deve convenirsi con la ricorrente sul fatto che il monte orario annuo costituisca un parametro implicito, ma non per questo assente dalla legge di gara), se ne otterrebbe unicamente il costo del lavoro, e non il prezzo dell'appalto nel senso onnicomprensivo specificato dal disciplinare; e infatti, a contrario, applicando all'offerta dell'aggiudicataria i dati sul monte orario forniti dalla ricorrente è agevole verificare che il costo del lavoro comprensivo di oneri per la sicurezza è pari a (11.765 ore x 16,50 euro/ora =) euro 194.122,50, inferiore al prezzo totale dell'appalto indicato in euro 200.149,16. Per come formulata, in definitiva, l'offerta della società ricorrente è difforme dalle previsioni dettate dalla lex specialis su di un piano non tanto formale, quanto sostanziale. La sua incompletezza non permette, infatti, di ricostruirne l'ammontare complessivo, che finisce per risultare non compiutamente determinato. Ai sensi dell'art. 46 co. 1-bis del D.Lgs. n. 163/2006, l'esclusione disposta dalla stazione appaltante deve dunque ritenersi pienamente legittima, versandosi ben al di fuori delle ipotesi di praticabilità dell'invocato soccorso istruttorio.

OFFERTE LINEARI E CHIARE A PENA DI ESCLUSIONE

TAR TOSCANA SENTENZA 2015

Le offerte devono essere improntate alla massima linearità e chiarezza, onde prefigurare all'amministrazione un quadro certo dei rispettivi obblighi contrattuali: gli elementi che introducano profili di incertezza valgono a rendere indeterminata l'offerta, con conseguente sua esclusione dalla gara (TAR Piemonte, I, 14.7.2011, n. 785), mancando in tal caso il contenuto stesso dell'obbligazione contrattuale cui è preordinata la procedura selettiva e stante il disposto di cui all'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006.

GARA TELEMATICA - REGISTRAZIONE OFFERTE - MALFUNZIONAMENTO - LIMITI

Il mancato completamento della procedura telematica di registrazione delle offerte sul portale elettronico non appare comprovato come imputabile al malfunzionamento della piattaforma telematica con la conseguenza che lo stesso integra una mancata partecipazione alla procedura di gara non sanabile con l'esercizio dei poteri di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante ex art. 46, comma 1, d.lgs. 163/2006 non essendo pervenuta l'offerta.

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata da A S.p.A. – Procedura aperta in modalita' telematica mediante i servizi applicativi accessibili tramite il portale EmPulia (www.empulia.it) in unione d'acquisto tra ASL B e Azienda ospedaliero-universitaria "Ospedali Riuniti" di B per la fornitura in regime di somministrazione di materiale per suture (lotti 37) – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente piu' vantaggiosa - Importo a base d'asta complessivo per i 37 lotti: euro 13.007.512,45 (valore complessivo stimato per l'ipotesi di esercizio di facolta' di proroga: euro 28.616.527,39) – S.A.: Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di B.

IRREGOLARITA' ESSENZIALE - SOCCORSO ISTRUTTORIO - SANZIONE PECUNIARIA

TAR ABRUZZO AQ SENTENZA 2015

Il comma 2 bis dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, infatti, chiarisce che è la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarita' essenziale nelle dichiarazioni sostitutive volte ad accertare i requisiti di partecipazione alle procedure di gara, in se' per se' considerate, ad obbligare il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara. Qualora l'irregolarita' in cui è incorso il concorrente sia essenziale, infatti, la disposizione prevede, da un lato, il pagamento della sanzione pecuniaria nell'importo stabilito dal bando di gara e garantito dalla cauzione provvisoria, dall'altro, che la stazione appaltante assegni al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perche' siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Se poi il termine decorre inutilmente, senza che il concorrente provveda alla regolarizzazione o integrazione richiesta, questi verra' altresì escluso dalla procedura di gara. In conclusione, appare evidente dalla lettera della disposizione che l'essentialita' dell'irregolarita' determina in se' per se' l'obbligo del concorrente di pagare la sanzione pecuniaria prevista dal bando, a prescindere dalla circostanza che questi aderisca o meno all'invito, che la stazione appaltante deve necessariamente fargli, di sanare detta irregolarita'. Solamente quando l'irregolarita' non è essenziale, il concorrente non è tenuto al pagamento della sanzione pecuniaria e la stazione appaltante al soccorso istruttorio.

L'esclusione, invece, è una conseguenza sanzionatoria diversa e in parte autonoma da quella pecuniaria, nel senso che il concorrente vi incorrera' solamente in caso di mancata ottemperanza all'invito alla regolarizzazione da parte della stazione appaltante.

In secondo luogo, ritiene il Collegio che questa lettura ermeneutica sia avvalorata dalla ratio della disposizione esaminata, la quale, come si è detto, è da ravvisare, indubbiamente, nell'esigenza di superare le incertezze interpretative e applicative del combinato disposto degli artt. 38 e 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, mediante la procedimentalizzazione del potere di soccorso istruttorio, che è

diventato doveroso per ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni sostitutive, anche “essenziale”.

OBBLIGO DI PRESENTARE L’OFFERTA CON FIRMA DIGITALE E MARCATURA TEMPORALE

ANAC PARERE 2015

Le argomentazioni addotte dalla stazione appaltante a supporto della propria scelta di richiedere obbligatoriamente la marcatura temporale della firma digitale appaiono giustificate dalla garanzia di sicurezza sulla provenienza e sul contenuto dell’offerta e che, conseguentemente, la contestata prescrizione di cui alla *lex specialis*, è ascrivibile alle cause di esclusione di cui all’articolo 46 del d.lgs. n. 163/2006; Il provvedimento di esclusione adottato sia legittimo, in quanto, da un lato, non costituisce violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e, dall’altro, la mancata allegazione della prescritta marcatura temporale non possa costituire oggetto di soccorso istruttorio, secondo il costante orientamento espresso al riguardo sia dalla giurisprudenza amministrativa che da questa Autorità, in particolare nella determinazione n. 1 dell’8 gennaio 2015, in cui, nel definire i limiti dell’esercizio dell’istituto del soccorso istruttorio - così come riformulato a seguito dell’introduzione dell’articolo 38, comma 2 bis e dell’articolo 46, comma 1-ter del d.lgs. n. 163/2006 – si lasciano in ogni caso inalterate quelle cause di esclusione strettamente connesse al contenuto dell’offerta ovvero alla segretezza della stessa, in presenza delle quali, in ossequio al principio di parità di trattamento e di perentorietà del termine di presentazione dell’offerta, non si ritiene possa essere ammessa alcuna integrazione e/o regolarizzazione.

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 presentata dal geom. A. - “Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per i lavori di sistemazione idraulica del centro abitato.” - Importo a base di gara: € 448.000,00 - S.A. Comune di B.

SOCCORSO ISTRUTTORIO - POSSIBILITÀ DI CHIEDERE CHIARIMENTI SULLE OFFERTE AI CONCORRENTI

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2016

L’art. 46 del d.lgs. n. 163 espressamente consente, al comma 1, alle stazioni appaltanti di chiedere chiarimenti sulle offerte ai singoli concorrenti. È stato stabilito, a tale proposito, che “l’art. 2 della direttiva 2004/18 non osta a una disposizione del diritto nazionale..... secondo cui l’amministrazione aggiudicatrice può chiedere per iscritto ai candidati di chiarire la loro offerta, senza tuttavia chiedere o accettarne alcuna modifica. Nell’esercizio del potere discrezionale di cui dispone, l’amministrazione aggiudicatrice deve trattare i diversi candidati in maniera uguale e leale di modo che, all’esito della procedura di selezione delle offerte e tenuto conto del risultato di quest’ultima, non possa apparire che la richiesta di chiarimenti abbia indebitamente favorito o sfavorito il candidato o i candidati cui essa è rivolta” (Corte giustizia UE IV, 29 marzo 2012 n. 599). Non è quindi inibito alle stazioni appaltanti chiedere chiarimenti sulle offerte ai concorrenti in gara, fermo restando che nell’ambito di tale attività deve essere garantito il principio (basilare) di parità di trattamento.

**CAUZIONE PRIVA DELL'IMPEGNO DEL FIDEIUSSORE A STIPULARE LA
CAUZIONE DEFINITIVA**

ANAC PARERE 2015

Costituisce violazione del principio di segretezza delle offerte e quindi legittima causa di esclusione la presentazione di una cauzione provvisoria in cui siano stati indicati nel calcolo del deposito cauzionale provvisorio elementi relativi al prezzo unitario pro capite - pro die e al valore dell'appalto, tali da far presumere anticipatamente il valore dell'offerta economica. La mancata allegazione alla cauzione provvisoria dell'impegno del fideiussore a stipulare la cauzione definitiva possa essere oggetto di soccorso istruttorio e conseguentemente, qualora il concorrente produca l'impegno de quo nei termini indicati dall'amministrazione e la cauzione prodotta sia già stata costituita alla data di presentazione dell'offerta e decorra da tale data, lo stesso non possa essere escluso dalla procedura di gara senza incorrere nella violazione dei principi generali in materia di contratti pubblici e, in particolare, della disciplina del soccorso istruttorio, così come ridefinita dal legislatore;

Oggetto: istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 presentata dalla Prefettura di C. – “Procedura aperta per l'individuazione di più operatori economici ai quali affidare il servizio di «Prima accoglienza di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale e la gestione dei servizi connessi»” - Importo a base di gara: € 2.212.474,00 - S.A. Prefettura di C.

**RICHIESTA DI INTEGRAZIONE DOCUMENTALE PER IRREGOLARITÀ E
CONTRADDITTORIETÀ DELLE DICHIARAZIONI**

ANAC PARERE 2015

E' da ritenersi legittima l'esclusione a seguito dell'applicazione della procedura del soccorso istruttorio che abbia dato esito negativo in quanto le dichiarazioni prodotte siano state ritenute invalide e in contraddizione con i riscontri effettuati, oltre che per la ritenuta inidoneità del contratto di avvalimento a documentare il prestito dei requisiti attraverso l'effettivo trasferimento di mezzi e risorse. L'art. 38 comma 2 bis, secondo cui: «la stazione appaltante assegna un termine non superiore a dieci giorni alla concorrente perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere» e l'art.46 comma 1 ter del Codice il quale prevede che «Le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara». La lex specialis di gara risulta conforme al dettato normativo perché riporta il contenuto dell'art. 38 in ordine alle clausole di esclusione e prevede l'importo della sanzione da applicare in caso di mancata integrazione.

Nel merito delle contestazioni: le dichiarazioni amministrative rese sono risultate inidonee in quanto invalide e in contraddizione con i riscontri effettuati che dimostrano il perdurare del rapporto societario con il socio cedente; il contratto di avvalimento è risultato inidoneo ai sensi degli artt. 49 del Codice e 88 del Regolamento; in ordine alla violazione delle prescrizioni di cui all'art. 253 comma 5 del Regolamento, la questione può ritenersi assorbita dalle precedenti;

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs.163/2006 presentata da A. S.r.l./ Comune di Sant'D. (NA). Procedura aperta per l'affidamento

di un appalto di lavori pubblici di riqualificazione via .. Importo a base di gara: euro 2.112.509,71
Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente piu' vantaggiosa.

MANCATA SOTTOSCRIZIONE ELABORATI GRAFICI DA PARTE DEL PROGETTISTA - SOCCORSO ISTRUTTORIO

ANAC PARERE 2015

Nella fattispecie appare possibile procedere all'attivazione del soccorso istruttorio ex artt. 38, comma 2-bis e 46, comma 1-ter del Codice, nei limiti sopra indicati, sia con riferimento alla mera sottoscrizione degli elaborati progettuali – quali documenti costituenti l'offerta tecnica - sia con riferimento all'indicazione chiarificatrice dei nominativi dei progettisti, tenuto anche conto di quanto affermato dall'impresa concorrente in ordine all'esaustivita' dei dati e delle indicazioni a tal riguardo fornite nella documentazione prodotta in sede di gara;

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata dal Comune di A. – gara per l'affidamento della gestione del servizio di illuminazione pubblica, globale manutenzione, realizzazione degli interventi di efficienza, ammodernamento ed adeguamento normativo impianti a mezzo finanziamento tramite terzi - istanza presentata singolarmente dalla stazione appaltante. Importo dell'appalto: 62.200.500,00 di euro (IVA inclusa) - Durata complessiva dell'appalto: quindici anni.

SANZIONE AMMINISTRATIVA ANCHE SE NON CI SI AVVALE DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO

TAR ABRUZZO AQ SENTENZA 2015

Bene ha fatto la stazione appaltante ad esigere il pagamento della sanzione di cui al comma 2 bis dell'art. 38 citato, indipendentemente della volonta', manifestata dalla societa' concorrente, di non aderire al soccorso istruttorio. L'art. 39 del D.L. n. 90 del 2014, per le sole procedure bandite dopo la sua entrata in vigore, ha inserito il comma 2 bis all'art. 38 e il comma 1 ter all'art. 46 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, introducendo una sanzione pecuniaria per la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarita' essenziale delle dichiarazioni sostitutive, obbligando la stazione appaltante ad assegnare al concorrente un termine non superiore a dieci giorni per la produzione o l'integrazione delle dichiarazioni carenti e imponendo l'esclusione nel solo caso di inosservanza di tale ultimo adempimento. Cio' premesso in termini generali in ordine alla ratio della nuova disposizione, ritiene il Collegio di dover aderire all'orientamento interpretativo secondo cui la sanzione di cui agli artt. 38, comma 2 bis, e 46, comma 1 ter, del d.lgs. n. 163 del 2006 possa essere applicata non solo quando il concorrente che sia incorso in un'irregolarita' essenziale decida di avvalersi del soccorso istruttorio, integrando o regolarizzando la dichiarazione resa, ma anche nell'ipotesi in cui questi, non avvalendosi del soccorso istruttorio, venga escluso dalla procedura di gara.

OFFERTA INDETERMINATA - ESCLUSIONE OFFERENTE

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2015

Come chiarito dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria, in omaggio al principio di tassativita' delle cause di esclusione contenuto nel comma 1-bis dell'art. 46, d.lgs. n. 163/2006, tra le cause di esclusione vi è l'ipotesi di incertezza assoluta sul contenuto o provenienza dell'offerta. Il legislatore

con la novella del 2011 ha inteso selezionare e valorizzare solo le cause di esclusione rilevanti per gli interessi in gioco, a quel punto imponendole, del tutto logicamente, come inderogabili non solo al concorrente ma anche alla Stazione appaltante, stabilendo un novero delimitato di ipotesi la cui cogenza è tale da sottrarla anche alla discrezionalità della stessa stazione appaltante. Nella fattispecie è la stessa formulazione dell'offerta da parte dell'odierna appellante ad esporla ad un'incertezza, in quanto formulata nei seguenti termini: "per l'esecuzione del Servizio rispetto all'aggio posto a base di gara pari all'85% così come descritto nella Vs. documentazione di gara offre il 65,69% (diconsi sessantacinque virgola sessantanove per cento) da calcolarsi sull'importo complessivo dei proventi rinvenienti dalla riscossione dagli utenti delle tariffe per le prestazioni relative ai servizi oggetto del presente affidamento." Questa formulazione, però, risulta ambigua in quanto non si comprende se l'impresa offra un ribasso del 65,69 rispetto all'85% ovvero offra la differenza di percentuale tra l'85% ed il 65,69%, e comunque in entrambi i casi non segue le indicazioni contenute nel bando di gara che, per assicurare la certezza dell'offerta economica, chiedeva, invece, che la stessa constasse di una mera percentuale in ribasso rispetto a quella posta a base di gara. L'incertezza dell'offerta in questione è di immediata percezione, solo che si ponga attenzione alla condotta della commissione di gara che ha ritenuto di dover procedere ad un'interpretazione matematica per l'offerta per riportarla a conformità rispetto alla disciplina di gara, attraverso un'attività, però, non ammissibile a pena di violazione del principio di immodificabilità dell'offerta a tutela del principio di parità dei concorrenti.

PLICO - MANCATA INDICAZIONE DEL MITTENTE, DELL'OGGETTO DELLA GARA TAR LAZIO RM SENTENZA 2015

Le carenze rilevate dalla Commissione e relative alla mancata indicazione, nella parte esterna del plico inviato, del mittente, dell'oggetto della gara e dei lotti ai quali si intende partecipare, non risultano requisiti richiesti a pena di esclusione.

Sotto tale profilo, infatti, le carenze indicate non possono in alcun modo concretizzare alcuna delle ipotesi tassative di esclusione delineate nell'art. 46, comma 1 bis, D.Lgs. n. 106/2006, né quelle indicate nel Disciplinare di gara, nell'ambito del quale l'indicazione a pena di esclusione è riferita unicamente alle prescrizioni richieste al fine di garantire l'integrità del plico, in aderenza a quanto previsto dal citato art. 46 bis.

IRREGOLARITA' NELLA SIGILLATURA DELLE BUSTE - AMMISSIONE ALLA GARA TAR EMILIA BO SENTENZA 2015

La questione vertente è sulla legittimità o no dell'esclusione di una concorrente dalla gara pubblica, che si fonda sulla circostanza che essa non abbia sigillato la busta contenente la documentazione di gara, secondo le precise modalità indicate nella lex specialis va risolta nel senso – sul punto condividendo il rilevante orientamento giurisprudenziale affermatosi sulla questione – che in assenza di concreti elementi idonei a ritenere possibile la violazione del principio di segretezza dell'offerta, non possa che prevalere la soluzione sostanzialistica della questione, fornita, appunto, dall'art. 46, comma 1 bis, D. Lgs. n. 163 del 2006.

IRREGOLARITA' CAUZIONE PROVVISORIA - SOCCORSO ISTRUTTORIO - LIMITI CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2015

In applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, sancito dall'art. 46, comma 1 bis, del D. Lgs. n. 163 del 2006, devono ritenersi sanabili mediante il potere di soccorso istruttorio le irregolarità concernenti la cauzione provvisoria comunque prestata nei termini previsti dalla lex specialis, come è da ritenersi sia avvenuto nel caso di specie (Cons. Stato, sez. III, 5 dicembre 2013,

PRINCIPIO TASSATIVITA' CAUSE DI ESCLUSIONE - FINALITA'

CONSIGLIO DI STATO SENTENZA 2015

Il principio di tassativita' in esame è finalizzato a ridurre gli oneri formali gravanti sulle imprese partecipanti a procedure di affidamento, quando questi non siano strettamente necessari a raggiungere gli obiettivi perseguiti attraverso gli schemi dell'evidenza pubblica, conducendo a privare di rilievo giuridico, attraverso la sanzione della nullita' testuale, tutte le "cause amministrative" di esclusione dalle gare, incentrate non gia' sulla qualita' della dichiarazione, ma piuttosto sulle forme con cui questa viene esternata, in quanto non ritenute conformi a quelle previste dalla stazione appaltante nella lex specialis (Sez. V, 12 novembre 2013, n. 5375; Sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4663).

OFFERTA - SEGRETEZZA TUTELATA DALLA APPOSIZIONE DEL SIGILLO

TAR FRIULI SENTENZA 2015

Invero, pur non avendo la ditta ricorrente apposto la sottoscrizione sui lembi di chiusura della busta 3, tuttavia vi ha apposto il timbro della ditta, sotto il nastro adesivo, il che vale a garantire la segretezza dell'offerta sulla base del criterio di legge. In sostanza, nel caso concreto non vi era possibilita' di alterazione delle buste e di violazione della loro segretezza. In altri termini, la mancanza della sottoscrizione su tutti i lembi, non integra una causa di esclusione prevista dall'art. 46, c. 1 bis del codice appalti, anche se detta formalita' era prevista a pena di esclusione dal bando di gara, in presenza del timbro della ditta sui lembi stessi e del nastro adesivo sovrastante; infatti l'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti, ha previsto la tassativita' delle cause di esclusione, disponendo che la stazione appaltante puo' escludere i candidati o i concorrenti solo in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonche' nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrita' del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarita' relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; ma i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 1 febbraio 2012, n. 493). Ne deriva la nullita' delle clausole escludenti (TAR Catanzaro 10 settembre 2012 n 914). A sua volta il principio di tassativita' delle cause di esclusione, rappresenta la specificazione dei principi di proporzionalita' e del favor participationis, propri delle procedure ad evidenza pubblica, costituendo contemporaneamente anche un limite intrinseco alla discrezionalita' dell'amministrazione appaltante. Invero, il principio di tassativita' ha carattere cogente con conseguente illegittimita' delle clausole della lex specialis con esso contrastante (Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5155; 9 settembre 2013, n. 4471) laddove l'art. 46 del D. Lgs. n. 163 del 2006 è preordinato ad una verifica sostanziale dei requisiti soggettivi di partecipazione a gara, nella finalizzazione di una imparziale e non discriminatoria libera concorrenza, nonche' all'adesione alla giurisprudenza nazionale e comunitaria di effettivita', secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo (Cons. St, sez. VI, 26 novembre 2013, n 5631; sez. IV 22 dicembre 2014 n 6336; sez. V 22 gennaio 2015 n 255).

Nel caso di specie, il disciplinare di gara prevede testualmente che il plico contenente l'offerta e la documentazione amministrativa dovrà, pena l'esclusione dalla gara, essere controfirmato sui lembi di chiusura. Orbene, interpretando la citata clausola della lex specialis alla luce del criterio valutativo introdotto dal comma 1bis dell'art. 46 d.lgs. n. 163 del 2006, in maniera non formalistica al fine di garantire la massima partecipazione alla gara, deve ritenersi necessaria e sufficiente una modalità di sigillatura del plico tale da impedire che il plico potesse essere aperto e manomesso senza che ne restasse traccia visibile. Ne deriva che, anche in caso di mancata osservanza pedissequa e cumulativa di ciascuna delle singole modalità di chiusura contemplate dal disciplinare di gara, deve ritenersi preclusa l'esclusione di un'impresa concorrente in presenza di una modalità di sigillatura comunque idonea a garantire l'ermetica e inalterabile chiusura del plico (C d S n. 319 del 2013).

OMESSA INDICAZIONE QUOTE DI PARTECIPAZIONE ED ESECUZIONE - SANABILITA'

TAR PIEMONTE SENTENZA 2015

Per i raggruppamenti temporanei, l'omessa indicazione delle quote di partecipazione ed esecuzione risulta ormai sanabile, sulla base di quanto previsto dagli artt. 38 e 46 del Codice (nel testo successivo alle modifiche apportate dal d.l. n. 90 del 2014, temporalmente applicabile al procedimento in esame). In questo senso si è già espressa l'Autorità nazionale anticorruzione, affermando: "(...) Allo stato attuale, tenuto conto sia delle modifiche introdotte al comma 13 del citato art. 37, ad opera del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135 - che aveva limitato ai soli lavori la corrispondenza tra la quota di partecipazione al RTI e la quota di esecuzione - ma soprattutto dell'intervenuta abrogazione dell'intero comma, ad opera del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80, le indicazioni sopra richiamate devono ritenersi in parte superate. Infatti, l'obbligo dichiarativo in ordine alle quote di partecipazione al RTI non sussiste più per i servizi e le forniture ma permane esclusivamente per i lavori, in forza del novellato art. 92 del decreto del Presidente della Repubblica n. 207/2010 (così come modificato dall'art. 12, comma 9 della legge da ultimo citata). L'omissione di tale tipo di dichiarazione o eventuali carenze e/o incompletezza della stessa si ritiene che possano essere sanate, dietro pagamento della prevista sanzione" (cfr. Anac, determinazione 8 gennaio 2015 n. 1).

Ad uguale conclusione deve giungersi, per i raggruppamenti temporanei non ancora costituiti, nell'ipotesi di omessa allegazione dell'atto di impegno di cui all'art. 37, ottavo comma, del Codice. Si tratta, infatti, di dichiarazione "essenziale" prescritta da una specifica norma di legge che, proprio come tale, rientra nell'ampio spettro delle incompletezze documentali suscettibili di sanatoria con le modalità stabilite dall'art. 46, comma 1-ter, del Codice.

SOPRALLUOGO - ATTESTAZIONE MANCANTE - SOCCORSO ISTRUTTORIO

L'Autorità, con Determinazione 10 ottobre 2012, n. 4, ha dettato indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis, e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici, con espresso riferimento sia alla tassatività delle clausole di esclusione, sia alle problematiche che emergono dal sopralluogo, sia al dovere di soccorso istruttorio della stazione appaltante. Nel suddetto atto, l'Autorità ha affermato che “La mancata effettuazione tempestiva del sopralluogo non puo' che determinare l'esclusione del concorrente”, precisando ulteriormente che “diversa dall'ipotesi di mancata effettuazione del sopralluogo è quella della mancata allegazione della dichiarazione ai sensi dell'art. 106 del Regolamento, nel caso in cui il concorrente abbia, comunque, materialmente provveduto ad effettuare detto adempimento. In tale evenienza, essendo la dichiarazione un documento rilasciato dalla medesima stazione appaltante, nel caso di mancata produzione all'interno della documentazione amministrativa, la sanzione dell'esclusione si rivela sproporzionata, potendo l'amministrazione precedente facilmente verificare l'avvenuta effettuazione del sopralluogo, purché la copia del relativo certificato, conservato presso la stazione appaltante, sia stata debitamente sottoscritta dal soggetto che ha effettuato il sopralluogo”.

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata dalla ditta M– Affidamento del servizio in concessione della gestione del centro ippico comunale di V – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base d'asta: euro 1.000,00

OMESSA DICHIARAZIONE DI TUTTE LE CONDANNE PENALI

TAR TOSCANA SENTENZA 2015

Osserva, preliminarmente, il Collegio che non è contestato che il bando di gara e la dichiarazione cui esso rinviava, richiedessero - peraltro coerentemente con quanto disposto dall'art. 38, comma 2°, d. lgs. n. 163 del 2006 (“il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformita' alle previsioni (... omissis ...) di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione”) - che il concorrente dovesse dichiarare tutte le eventuali sentenze di condanna passate in giudicato, i decreti penali di condanna divenuti irrevocabili, oppure le sentenze di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, ed e' altrettanto pacifico che il legale rappresentante della ricorrente abbia omesso di indicare di aver riportato alcune condanne penali. (..). La giurisprudenza – dalla quale il Collegio non ha ragione di discostarsi – ha statuito che “quando il bando di gara non si limiti a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione ex art. 38, D.Lgs. n. 163/2006, ma specifichi che vanno dichiarate tutte le condanne penali, o tutte le violazioni contributive, si deve ritenere che il bando esiga una dichiarazione dal contenuto più ampio e più puntuale rispetto a quanto prescritto da detto art. 38, al fine di riservare alla stazione appaltante la valutazione di gravità o meno dell'illecito, per l'esclusione. In tal caso, quindi, la causa di esclusione non è solo quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione, ma anche quella, formale, di aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando” (così Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4906) e che ove – come nel caso

in esame - sia stato imposto al concorrente di dichiarare tutti i reati, per i quali fossero intervenute sentenze di condanna passate in giudicato o di applicazione della pena ex art. 444 e segg., c.p.p., affidando alla stazione appaltante ogni definitiva valutazione in proposito, qualora il concorrente abbia omesso di dichiarare alcuno di detti reati, si configura una falsa autocertificazione, con conseguente automatica esclusione dalla gara e salve le eventuali responsabilità penali riscontrabili da parte della competente autorità giudiziaria (TAR Toscana, sez. II, 23 dicembre 2014, n. 2115; Cons. St., Sez. V, 19 giugno 2009, n. 4082). In questa prospettiva, l'eventuale comunicazione di avvio del procedimento alla ricorrente, con la possibilità di partecipare al procedimento e di offrire chiarimenti ed informazioni, non avrebbe potuto condurre ad un diverso esito del procedimento medesimo, attesa la non contestata circostanza che il legale rappresentante della (...) abbia reso una dichiarazione nella quale non indicava i reati per i quali aveva riportato condanne passate in giudicato. Ne deriva che - ai sensi dell'art. 21 octies, comma 2°, della l. n. 241 del 1990 - l'eventuale vizio per la violazione delle norme sul procedimento non risulta rilevante, poiché quando anche [Alfa] avesse preso parte al procedimento, l'esito di quest'ultimo non sarebbe stato diverso (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2011, n. 2795; Cons. Stato, sez. VI, 23 febbraio 2012, n. 1015; Cons. Stato, sez. III, 4 giugno 2012, n. 3290; Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2012, n. 3344). Come già deciso da questa sezione in altro caso sostanzialmente analogo - «i provvedimenti impugnati poggiano sulla non veridicità della dichiarazione resa dal legale rappresentante della (... omissis...), risultando irrilevante sia la circostanza che la condanna subita rilevi o meno in ordine alla moralità professionale, sia che essa risalga a circa ventotto anni or sono, sia l'asserita tenuità della pena irrogata. Infatti, l'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 deve essere necessariamente coordinato con il suindicato comma 2 del medesimo art. 38 che impone la dichiarazione di tutte le condanne riportate. La giurisprudenza formata in proposito - e dalla quale il Collegio non ha ragione di discostarsi - è consolidata nel ritenere che debbano essere dichiarate tutte le condanne riportate (con la sola esclusione, espressamente prevista dalla norma, dei casi di depenalizzazione del reato o di estinzione del reato o di revoca della condanna), precludendo al privato dichiarante di svolgere una funzione di filtro. La finalità della norma è, appunto, di consentire alla stazione appaltante (... omissis...) di poter apprezzare l'incidenza degli eventuali reati commessi, sulla moralità professionale (in tal senso Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5524; TAR Sardegna, sez. I, 19 novembre 2014, n. 325; TAR Campania, sez. I, 19 novembre 2014, n. 5968; TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 10 novembre 2014, n. 539; TAR Lombardia. Milano, sez. I, 10 novembre 2014, n. 2710, (... omissis...). Infatti, come già evidenziato da questo Tribunale (sez. I, 28 ottobre 2013, n. 1465), l'art. 38, comma 2, del d. lgs. n. 163 del 2006 muove dalla necessità che siano presentate dichiarazioni complete e fedeli al fine di permettere la celere e consapevole decisione del Committente (... omissis ...), per cui una dichiarazione incompleta è lesiva degli interessi tutelati dalla norma, (... omissis...). Ne ha alcun rilievo l'art. 46, comma 1 bis, del d. lgs. n. 163 del 2006; (... omissis...) detta norma, pur circoscrivendo le cause di esclusione, non può essere utilmente invocata dal concorrente che non abbia soddisfatto l'obbligo di rendere le dichiarazioni prescritte dall'art. 38, comma 2, d. lgs. n. 163 del 2006, in quanto l'art. 46, comma 1 bis, legittima l'estromissione dal procedimento selettivo sia ove una norma di legge o di regolamento la commini espressamente, sia ove una norma di legge (in questo caso, l'art. 38, comma 2, d. lgs. n. 163 del 2006) imponga adempimenti doverosi, pur senza prevedere espressamente l'esclusione (cfr., TAR Toscana, sez. I, 28 ottobre 2013, n. 1465; Cons. Stato, sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471). Ne deriva che l'omessa dichiarazione di tutte le condanne penali riportate costituisce una causa autonoma di esclusione (... omissis...). Ciò trova conferma anche nell'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 - richiamato dall'art. 38, comma 2, del d. lgs. n. 163 del 2006 - in forza del quale la non veridicità della dichiarazione sostitutiva comporta la decadenza dai benefici eventualmente conseguiti in forza di essa, senza che rilevi in alcun modo la condizione soggettiva del dichiarante, la fondatezza delle giustificazioni da questi addotte e, pertanto, senza che

vi sia alcun margine di discrezionalità per il Committente (cfr., TAR Toscana, n. 1465/2013 cit.; TAR Toscana, sez. II, 9 maggio 2013, n. 782; Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2012, n. 2447).

Rileva, in altri termini, non già l'aver riportato una condanna penale, ma la sola circostanza oggettiva dell'omessa dichiarazione.

MANCATA SOTTOSCRIZIONE MODELLO GAP NON DETERMINA L'ESCLUSIONE DALLA GARA

ANAC PARERE 2015

La sottoscrizione del modello GAP, completo in ogni sua parte, non appare elemento essenziale, in quanto nel fac-simile predisposto dal Ministero non è previsto alcun campo per la firma e che comunque lo stesso risponde esclusivamente all'interesse dell'amministrazione di acquisire i dati idonei ad accertare che i concorrenti non abbiano precedenti in materia di criminalità organizzata e che conseguentemente eventuali carenze informative possono essere oggetto di una richiesta di integrazione della documentazione, apparendo sproporzionata e non rispondente agli specifici interessi pubblici perseguiti in una procedura di gara, la sanzione dell'esclusione dalla partecipazione alla gara in presenza di mere irregolarità suscettibili di essere sanate (parere n. 25 del 25 agosto 2014).

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 presentata dalla società A Srl– “Lavori di ristrutturazione, sostituzione porte e infissi, involucro esterno, adeguamento impianti, rifacimento spazi esterni e servizi Istituto Comprensivo Statale C – Plesso B” - Importo a base di gara: euro 272.500,00 – S.A.: Istituto Comprensivo Statale C di D.

OFFERTA E DOMANDA DI PARTECIPAZIONE - MANCANZA DI SOTTOSCRIZIONE

TAR LOMBARDIA MI SENTENZA 2015

Non può ritenersi di certa provenienza una domanda non sottoscritta, contrastando tale interpretazione, irrimediabilmente, con le pacifiche conclusioni in tema di inesistenza di un documento non sottoscritto, nonché con lo stesso disposto dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, che al comma 1-bis legittima la stazione appaltante all'esclusione, tra le altre ipotesi, proprio di un candidato nel caso di incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta e per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali della stessa. Mediante la possibilità di regolarizzazione, la ditta concorrente è stata abilitata alla produzione dell'offerta tecnica in violazione del termine di scadenza per la presentazione delle offerte previsto dalla lex specialis di gara. La sottoscrizione consta normalmente del nome e del cognome del sottoscrittore, per esteso. Essa svolge quattro funzioni: indicativa, servendo ad individuare l'autore del documento; dichiarativa, poiché essa consiste in una dichiarazione di assunzione della paternità del contenuto del documento; probatoria, per provare l'autenticità del documento; presuntiva, consentendo di risalire a determinate situazioni soggettive (che il sottoscrittore conosceva il testo della scrittura, che la dichiarazione sia definitiva, che la dichiarazione sia completa).

Dal complesso delle funzioni che svolge, la giurisprudenza è pervenuta all'affermazione consolidata che la sottoscrizione è elemento essenziale della scrittura privata. La scrittura carente di

sottoscrizione non può essere neppure definita scrittura privata e, pertanto non acquista alcun valore probatorio come scrittura. Inoltre, ai sensi dell'art. 74 del d.lgs. n. 163/2006: "1. Le offerte hanno forma di documento cartaceo o elettronico e sono sottoscritte con firma manuale o digitale, secondo le norme di cui all'articolo 77. 2. Le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando o dall'invito ovvero dal capitolato d'onori, e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare l'offerente e il suo indirizzo e la procedura cui si riferiscono, le caratteristiche e il prezzo della prestazione offerta, le dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi di partecipazione. (...)".

E' stato, quindi, affermato che l'offerta è l'impegno negoziale del concorrente ad eseguire l'appalto con prestazioni conformi al relativo oggetto; essa individua i caratteri del prodotto nella prospettiva comparativa e concorrenziale sottesa all'aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 7987/2010).

Nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici di appalto la sottoscrizione assolve la funzione di assicurare la provenienza, la serietà, l'affidabilità dell'offerta e costituisce elemento essenziale per la sua ammissibilità, sotto il profilo sia formale sia sostanziale, potendosi solo ad essa riconnettere gli effetti propri della manifestazione di volontà volta alla costituzione di un rapporto giuridico (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2011, n. 528).

La mancanza della firma, pertanto, non può considerarsi a guisa di mera irregolarità formale, sanabile nel corso del procedimento, ma inficia irrimediabilmente la validità e la ricevibilità dell'offerta, senza che sia necessaria una espressa previsione della *lex specialis* (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 5547/2008; sez. IV, n. 1832/2010; sez. V, n. 528/2011).

E', stato, inoltre, affermato nel parere dell'ex AVCP (ora ANAC) n. 92, del 22 maggio 2013, che, anche qualora la disciplina concorsuale risulti ambigua in merito ai documenti da sottoscrivere pena l'esclusione dalla gara, la sottoscrizione è richiesta alla luce dell'eterointegrazione legale del contratto (artt. 1339-1374 c.c.), ad opera dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006 (Tra la giurisprudenza che ritiene tassativa la sottoscrizione in calce (anche) all'offerta tecnica, cfr. pure Cons. Stato, sez. V, n. 2317/2012). Sul punto, peraltro, l'ANAC è nuovamente intervenuta con la determina n. 1 dell'8 gennaio 2015, con la quale si è cercato di fornire alcuni chiarimenti sull'interpretazione del combinato disposto degli artt. 38, comma 2-bis e 46, commi 1 ter e 1 bis, alla luce delle recenti modifiche normative operate dal d.l. n. 90/2014, così come convertito nella legge n. 114/2014. In particolare, in tema di mancanza di sottoscrizione della domanda e dell'offerta richiesta dagli artt. 73 e 74 del d.lgs. n. 163/2006, la delibera, dopo avere opportunamente citato tutta la giurisprudenza a favore della tesi per la quale tale assenza determina l'obbligatorietà dell'esclusione dalla gara per mancanza di un elemento essenziale della domanda o dell'offerta, avendo la funzione di ricondurre al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto del contratto verso il corrispettivo richiesto ed assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà e l'affidabilità dell'offerta stessa, costituendo un elemento essenziale che attiene propriamente alla manifestazione di volontà di partecipare alla gara, conclude, invece, per la possibilità di regolarizzazione della stessa, trattandosi di un elemento sì essenziale, ma sanabile, "non impattando sul contenuto e sulla segretezza dell'offerta". Si legge, invero, nella determina, che: "ferma restando la riconducibilità dell'offerta al concorrente (che escluda l'incertezza assoluta sulla provenienza), dal combinato disposto dell'art. 38, comma 2-bis e 46, comma 1-ter del Codice, risulta ora sanabile ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità (anche) degli elementi che devono essere prodotti dai concorrenti in base alla legge (al bando o al disciplinare di gara), ivi incluso l'elemento della sottoscrizione, dietro pagamento della sanzione prevista nel bando" (cfr. pagg. 13 e 14 della determina).



**TUTOR
MAGISTRALIS**

MARIA ROSARIA SODANO

OFFERTA TECNICA - ERRORE MATERIALE SCUSABILE

ANAC PARERE 2015

In ragione della sussistenza di una situazione di mero errore materiale facilmente riconoscibile, la commissione di gara deve interpretare l'offerta tecnica secondo i criteri di cui agli artt. 1363 e 1366 c.c. e secondo i chiarimenti offerti dal concorrente.

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata dal C – Procedura di gara aperta per l'affidamento dei lavori di "Irrigazione nella Bassa Pordenonese nei Comuni di D, M, S e R" di cui al progetto consorziale n. 75BP in data 25.11.2013 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente piu' vantaggiosa - Importo a base d'asta: euro 2.179.143,78 – S.A.:

MANCANZA OGGETTIVA DEL REQUISITO DI MORALITÀ - ESCLUSIONE

TAR LOMBARDIA MI SENTENZA 2015

La giurisprudenza piu' recente che si è pronunciata sul tema dell'interpretazione dell'art. 38 e, piu' in generale, dei requisiti di partecipazione, poi, si è mostrata incline ad avallarne una lettura secondo parametri piu' sostanzialistici che formalistici, giungendo cosi', mediante un approccio teleologicamente orientato, ad affermare anche che, nelle ipotesi in cui difetti un'espressa comminatoria di esclusione nel bando, solo la mancanza oggettiva del requisito di moralita', e non anche la sua omessa dichiarazione, giustifica l'esclusione (cfr. Cons. St., sez. III, 6 febbraio 2014, n.583; sez. V, 9 dicembre 2013, n.5883), dimodoche', in tali fattispecie, il soccorso istruttorio costituisce il doveroso strumento amministrativo per garantire il favor participationis ed evitare misure espulsive inappropriate e formalistiche (cfr. Cons. St., sez. V, 8 aprile 2014, n.1648; id., Sez. III, 14-12-2012, n. 6444, per cui: nell'ipotesi di appalto avente ad oggetto l'affidamento di servizi che rientrano nell'ambito dell'allegato II B della Direttiva n. 2004/18/CE e del corrispondente allegato II B del Codice dei contratti (D.Lgs. n. 163/2006), ai sensi dell'art. 20, in sede di aggiudicazione non trovano applicazione le puntuali disposizioni del Codice, fatta eccezione per gli artt. 65, 68 e 225, ma i principi derivanti dai Trattati e dalle direttive europee. La disciplina dei requisiti e delle modalita' di partecipazione è quindi, nei suoi elementi di dettaglio, rimessa essenzialmente alla lex specialis e puo' legittimamente ispirarsi a criteri di maggiore semplificazione e speditezza procedimentale. Pertanto, nel caso di specie, il tenore letterale dell'avviso pubblico poteva ragionevolmente autorizzare o comunque indurre i partecipanti a rendere dichiarazioni ispirate ad una maggiore sintesi rispetto agli standard consueti, fatto salvo naturalmente il potere-dovere della stazione appaltante di chiedere chiarimenti e procedere ai necessari controlli).

dei contratti pubblici, va escluso che possano essere oggetto di immediata impugnativa le clausole del bando o della lettera di invito che non incidano direttamente ed immediatamente sull'interesse del privato a partecipare alla gara e che, dunque, non determinino per lo stesso un immediato arresto procedimentale; ne consegue che non sono suscettibili di immediata impugnazione le clausole afferenti alle modalità di valutazione delle offerte e di attribuzione di punteggi nonché, in generale, alle modalità di svolgimento della gara ed alla composizione della Commissione giudicatrice" (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 10 marzo 2009, n. 1371).

29. Il regime di impugnazione dei bandi di gara

La questione della disapplicabilità dei bandi di gara.

Una questione di grande rilevanza, strettamente connessa all'onere di immediata impugnazione dei bandi di gara in presenza di clausole escludenti, inerisce alla dibattuta possibilità per il Giudice amministrativo di disapplicare il bando non tempestivamente impugnato. L'interrelazione tra le due questioni è resa evidente dalla circostanza che in tanto si pone il problema di individuare i casi in cui il bando di gara deve essere immediatamente oggetto di impugnazione, in quanto la *lex specialis* non può essere – decorso il termine decadenziale – successivamente disapplicata nell'ambito di un giudizio in cui si fa valere l'illegittimità delle relative clausole.

In dottrina, si rileva che la tesi contraria alla possibilità di disapplicare i bandi di gara fa leva sulla loro natura di atto amministrativo generale: essi, infatti, non sono rivolti a soggetti determinabili *ex ante* ma solo *ex post*, e sono privi di contenuto normativo perché non hanno capacità di innovare l'ordinamento giuridico: non regolamentano infatti l'attività amministrativa generalmente intesa, ma solo il singolo procedimento, fissando preventivamente le regole di svolgimento della gara o del concorso. Ne deriva che, in quanto atti provvedimenti e non normativi, i bandi sono soggetti al normale regime impugnatorio previsto per gli atti amministrativi. In questo senso si è pronunciata l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la storica decisione n. 1 del 2003.

L'orientamento favorevole alla disapplicabilità dei bandi, invece, fa leva sull'asserita natura normativa degli atti in questione: si pensi ai bandi di gara e di concorso, che sono valutati come *lex specialis* della correlata procedura.

In questo senso si è pronunciato il TAR Lombardia con la risalente decisione 2 aprile 1997, n. 354, che ha distinto tra disapplicazione normativa, utilizzabile sia all'interno della giurisdizione esclusiva che di quella di legittimità, e disapplicazione provvedimento che va riferita a singoli atti non normativi incidenti su diritti soggettivi ed è, quindi, possibile all'interno della sola giurisdizione esclusiva, con gli stessi poteri del giudice ordinario ex art. 5 della l. n. 2248/1865, all. E. Detto orientamento, tuttavia, è ormai recessivo, essendo prevalente l'orientamento che attribuisce al bando natura amministrativa (sia pur generale), con la conseguente giustiziabilità mediante impugnazione innanzi al G.A..

Nonostante si tratti di una posizione ormai ampiamente maggioritaria, essa ancora incontra talune resistenze all'interno della giurisprudenza del Consiglio di Stato: merita sul punto menzione Cons. St., Sez. V, 13 gennaio 2011, n. 172, che, riqualificando i bandi di gara come regolamenti, rivendica la possibilità per il G.A. di disapplicarne le clausole.

L'onere di immediata impugnazione del bando di gara. Profili introduttivi.

Va precisato, peraltro, che l'impossibilità di operare una disapplicazione del bando illegittimo non obbliga *tout court* l'interessato all'immediata impugnazione, dovendosi distinguere tra clausole immediatamente lesive e clausole non immediatamente lesive. Si tratta di un principio ampiamente accolto dalla giurisprudenza, alla cui stregua “ai fini dell'affermazione dell'esistenza di un onere di tempestiva impugnazione, rileva la sussistenza di una lesione concreta ed attuale della situazione soggettiva dell'interessato, che determina, a sua volta, la sussistenza di un interesse attuale

all'impugnazione; e quindi, con riferimento al bando di gara o di concorso o alla lettera di invito, l'attitudine (sua o di alcune clausole in essi contenute) a provocare una lesione di tal genere".

È proprio il carattere di immediata lesività della norma concorsuale, nonché la sua chiara interpretazione in termini preclusivi alla partecipazione degli interessati alla procedura di gara, che impone l'immediata impugnazione, onde consentirne il tempestivo annullamento.

Il Consiglio di Stato ha da ultimo affermato che, per principio pacifico, sussiste l'onere di immediata impugnazione delle clausole di un bando di gara qualora le stesse impediscano o rendano ingiustificatamente difficoltosa per i concorrenti la partecipazione alla gara, così violando principi cardine delle procedure ad evidenza pubblica, tra cui quelli della concorrenza e della par condicio tra i concorrenti.

Si è quindi posto in luce che, nelle gare pubbliche, l'onere di immediata impugnazione del bando è circoscritto al caso della contestazione di clausole escludenti riguardanti i requisiti di partecipazione, che siano ostative all'ammissione dell'interessato, o, al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura, dovendo le altre clausole essere ritenute lesive ed impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva che definisce la procedura ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva. Pertanto, di fronte ad una clausola ritenuta illegittima, ma non impeditiva della partecipazione, il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, poiché non sa ancora se l'astratta o potenziale illegittimità della clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura di gara, e quindi in un'effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare.

3. Le condizioni dell'azione: la legittimazione ad agire.

Un problema peculiare, interferente con l'onere di immediata impugnazione delle clausole escludenti, inerisce alla necessità che il ricorrente presenti comunque domanda di partecipazione alla gara, onde acquisire quella posizione differenziata che costituisce il sostrato sostanziale della legittimazione a ricorrere. È rilevante evidenziare come per l'orientamento maggioritario della giurisprudenza amministrativa deve riconoscersi la legittimazione a ricorrere avverso un bando di gara all'operatore economico che non abbia presentato la propria offerta, ogni qualvolta sia prospettata l'esistenza di clausole direttamente ed immediatamente lesive, tali da impedire ex se la partecipazione alla gara, ovvero l'utile presentazione dell'offerta, in quanto costituenti clausole impossibili[8].

Tale orientamento è stato condiviso dal Consiglio di Stato anche in sede consultiva, ove si è osservato che "non vale dunque eccepire, come invece fa l'Azienda ospedaliera, che la ricorrente non ha ancora domandato di partecipare alla gara: il detto elemento preclusivo avrebbe infatti dato comunque causa alla sua esclusione, sicché la domanda si sarebbe risolta in un adempimento formale inevitabilmente seguito da un atto di estromissione, con un risultato analogo a quello di un'originaria preclusione e perciò privo di una effettiva utilità pratica ulteriore: del resto, il dover attendere, per l'investitura del giudizio, la conseguente formalizzazione dell'esclusione sarebbe contrario al principio dell'economia dei mezzi e si risolverebbe in una lesione della superiore speditezza complessiva del procedimento ... omissis L'impresa ricorrente è dunque titolare dell'interesse concreto ed attuale alla impugnazione del bando in questione: dal che discende che il ricorso straordinario è da ritenere ammissibile".

L'indirizzo prevalente della giurisprudenza amministrativa ha trovato conferma anche da parte della Corte di Giustizia, la quale ha ritenuto che "nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche che asserisce discriminatorie nei documenti relativi al bando di gara o nel disciplinare, le quali le avrebbero proprio impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, essa avrebbe tuttavia il diritto di presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche, e ciò prima ancora che si concluda il procedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico interessato. Infatti, da un lato, sarebbe eccessivo esigere che un'impresa che asserisca di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti relativi al bando di gara, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 contro tali specifiche, presenti un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando persino le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza delle dette specifiche. Dall'altro, risulta chiaramente dal testo dell'art. 2, n. 1, lett.b), della direttiva 89/665 che le procedure di ricorso, che gli Stati membri devono organizzare in conformità a tale direttiva, devono consentire in particolare di "annullare (...omissis...) le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie (...omissis...)". Ad un'impresa dev'essere pertanto consentito presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche discriminatorie, senza attendere la conclusione del procedimento di aggiudicazione dell'appalto"[10].

L'interesse ad agire e la questione delle clausole escludenti.

Più delicata è la questione circa l'esatta individuazione della natura immediatamente lesiva della clausola del bando, tale da far sorgere l'interesse a ricorrere già prima della conclusione della gara. Secondo l'orientamento dominante, tra le prescrizioni immediatamente lesive rientrano le clausole contenenti requisiti di partecipazione tali da precludere ex ante la presentazione della domanda con esito favorevole a determinate categorie di soggetti. Tra le prescrizioni non immediatamente lesive, invece, la giurisprudenza fa tradizionalmente rientrare le clausole relative alla composizione della commissione o quelle che prevedono un certo criterio di valutazione delle offerte che dia rilievo illegittimamente al fattore prezzo a discapito del fattore tecnico: in questo caso la lesione, per il privato, si concretizzerà nel momento in cui l'Amministrazione, facendo applicazione dei criteri fissati nel bando, escluda o non dichiari vincitrice una determinata impresa. In tali casi, a pena di inammissibilità del ricorso, è necessaria l'impugnazione congiunta dell'atto applicativo e della prescrizione del bando che si assume illegittima. Vanno infine menzionate le prescrizioni plurivoche, caratterizzate da una sostanziale ambiguità interpretativa, e quindi da incertezza sul loro grado di lesività. In presenza di tali clausole, è possibile impugnare il provvedimento che vi dia applicazione in senso deteriore anche laddove non sia stato impugnato immediatamente il bando di gara o di concorso.

Tale soluzione non appare, però, aver sopito ogni dubbio. Infatti, il Consiglio di Stato, con ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria, ha fatto notare come "All'origine dell'orientamento (quello della Plenaria n. 1/2003, n.d.A.) vi è una volontà deflattiva del contenzioso (solo il non aggiudicatario avrà interesse ad impugnare), che si è dimostrata nei fatti del tutto fallace, a fronte di incontestabili costi aggiuntivi per la p.a. costretta a impegnativi e lunghi rinnovi procedurali. È comunque sul piano dei principi del processo amministrativo che la tesi lascia perplessi: se le clausole, escludenti o meno che siano, sono ritenute illegittime, non vi è giustificazione per superare i limiti temporali dell'azione di impugnazione, attesa comunque la loro lesività"[11] (per completezza va rammentato che la Plenaria, con decisione n. 4 del 2011, non ha tuttavia preso posizione su tale specifico profilo).

La questione assume particolare rilievo qualora il bando di gara non sia conforme al diritto europeo. Al riguardo, infatti, parte della dottrina ha affermato la sussistenza di un vero e proprio obbligo per il Giudice di disapplicare le disposizioni del bando contrarie al diritto eurounitario. Tale conclusione non è tuttavia condivisa dalla giurisprudenza amministrativa: si è infatti osservato che "negli appalti pubblici, la *lex specialis* non può essere disapplicata nel corso del procedimento, perché le clausole del bando e le sue prescrizioni hanno effetto vincolante anche per l'Amministrazione predisponente, di modo che le stesse non possono essere disapplicate e/o eluse, né dal giudice, né dalla P.A. e ciò anche quando risultino in contrasto con le previsioni dell'ordinamento giuridico vigente anche comunitario, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela".

La stessa Corte di Giustizia, con sentenza 27 febbraio 2003 resa nel procedimento C-327/00, ha escluso la presenza di un principio che impone la disapplicazione dei bandi di gara contrastanti con il diritto comunitario, rilevando che: "la 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 (che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi), deve essere interpretata nel senso che essa – una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità – impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità".

Una tesi eccentrica, invece, ritiene che anche le clausole illegittime che pongano uno sbarramento alla partecipazione non debbano essere impugnate immediatamente, perché si rivolgono a soggetti individuabili solo a posteriori, cioè al momento della presentazione della domanda di partecipazione, sicché l'amministrazione prima di questo momento ben potrebbe intervenire in autotutela per eliminare o correggere le clausole in questione.

Infine, altro orientamento dilata il novero delle clausole che devono essere impugnate immediatamente. Oltre alle clausole del bando che impediscono la partecipazione alla gara, fissando particolari requisiti soggettivi dei concorrenti, sono state considerate immediatamente lesive:

- le clausole che, stabilendo i criteri di aggiudicazione dell'appalto, influiscono sulla stessa determinazione dell'impresa relativa alla predisposizione della proposta economica o tecnica racchiusa nell'offerta. Ci si riferisce, in particolare, a quelle clausole che non consentono la formulazione dell'offerta poiché rendono impossibile quel calcolo di convenienza tecnica ed economica che è alla base della scelta dell'impresa di partecipare alla gara pubblica. In detta categoria rientrano tutte le prescrizioni che, producendo effetti distorsivi della concorrenza, incidono sulla sfera giuridica del soggetto economico che partecipa alla gara in un momento precedente quello della mancata aggiudicazione ed indipendentemente da essa. Secondo tale orientamento, nei pubblici appalti, la lesività delle norme del bando relative ai criteri di aggiudicazione ed alle modalità di svolgimento della gara non si manifesta per la prima volta con l'aggiudicazione, bensì nel momento anteriore nel quale sono assunte come regole con le quali la P.A. autolimita la propria libertà di apprezzamento.

- le prescrizioni del bando che impongono determinati oneri formali dell'offerta, a pena di esclusione, alle imprese partecipanti. Lo stesso orientamento si è poi affermato, talvolta, in relazione alle clausole riguardanti le modalità di presentazione dell'offerta.

le clausole del bando relative al modus operandi fissato per il funzionamento della commissione giudicatrice. In particolare, si è affermato l'onere d'immediata impugnazione della clausola del bando che individua le operazioni da svolgere, rispettivamente, in seduta pubblica od in riunione segreta, nonché delle clausole del bando concernenti il funzionamento della commissione giudicatrice con la presenza della maggioranza e non del plenum dei componenti.

I nuovi indirizzi interpretativi diretti, in varia misura, ad ampliare l'onere di immediata impugnazione delle clausole di bando non risultano ancora consolidati, prospettandosi oscillazioni tra pronunce fedeli all'orientamento "tradizionale", decisioni che sembrano generalizzare l'onere di immediata impugnazione e sentenze che fissano criteri selettivi più elaborati, idonei a circoscrivere notevolmente la portata dell'orientamento.

La dottrina ha assunto un atteggiamento assai critico nei confronti dell'impostazione volta ad allargare il novero delle clausole da impugnare immediatamente al di là della gamma tradizionale delle clausole preclusive o espulsive, che con certezza impediscono la partecipazione. Si può osservare, in chiave critica, che l'estensione dell'onere di impugnazione a clausole che non decretano l'esito sicuramente infausto della procedura è suscettibile di stravolgere i concetti di "interesse a ricorrere" e di "giudizio amministrativo": il primo, in antitesi con la visione sostanzialistica dell'interesse legittimo, viene identificato nell'interesse alla legittimità della procedura amministrativa piuttosto che nell'interesse al bene della vita dato dall'aggiudicazione; il giudizio amministrativo, d'altra parte, verrebbe per converso a perdere i suoi connotati soggettivi per trasformarsi in un mero giudizio oggettivo sulla legittimità dell'atto a prescindere dalla sua connotazione effettivamente lesiva degli interessi sostanziali del ricorrente.

A conferma del rilievo sistematico che riveste il problema, la VI Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 634/2013, ha nuovamente rimesso all'Adunanza Plenaria la questione, evidenziando come: a) la volontà deflattiva del contenzioso, sottostante all'indirizzo di immediata impugnabilità delle sole clausole escludenti, non ha trovato rispondenza nei fatti; b) i principi di buona fede e affidamento, di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c., dovrebbero implicare che le imprese, tenute a partecipare alla gara con attenta disamina delle prescrizioni del bando, siano non solo abilitate, ma obbligate a segnalare tempestivamente, tramite impugnazione del bando stesso, eventuali cause di invalidità della procedura di gara.

L'Adunanza Plenaria, con decisione n. 8 del 22 aprile 2013, nonostante sembri asseverare le osservazioni dell'ordinanza di remissione, ha tuttavia rilevato che la norma invocata in sede di impugnazione, che pone l'obbligo di apertura dei plichi con le offerte tecniche in seduta pubblica ove i medesimi non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012, non ha valenza ricognitiva di un principio già esistente.

Da ciò discende la legittimità *ratione temporis* della clausola del bando contemplante la verifica dei plichi in seduta riservata: essendosi quest'ultima tenuta, nella fattispecie, in data anteriore al 9 maggio 2012, essa rimane "...valida ed efficace...in conformità con la previsione del disciplinare di gara". La rilevata legittimità *ratione temporis* della clausola del bando ha consentito, quindi, all'Adunanza Plenaria di esimersi dall'affrontare l'aspetto relativo al *dies a quo* dell'impugnazione delle clausole del bando diverse da quelle "escludenti". Se pure la sentenza in motivazione afferma "l'obbligo delle imprese partecipanti a procedure contrattuali ad evidenza pubblica di impugnare

entro gli ordinari termini di decadenza qualsiasi clausola del bando ritenuta illegittima", manca tuttavia una presa di posizione su una questione spinosa, che avrebbe potuto in ipotesi condurre ad un ribaltamento dell'ormai granitico orientamento pretorio di segno opposto. Tanto è confermato dalla successiva giurisprudenza che sembra stemperare le indicazioni fornite in motivazione dall'Adunanza Plenaria, continuando ad uniformarsi al pregresso, consolidato orientamento interpretativo, alla cui stregua "nell'ordinamento vigente l'onere di immediata impugnazione del bando di gara pubblica deve intendersi circoscritto alle clausole escludenti riguardanti requisiti di partecipazione che siano ostative alla partecipazione o impositive ai fini della partecipazione di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, dovendo le altre clausole, se ritenute lesive, essere impugunate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva che definisce la procedura concorsuale e, quindi, in ipotesi di effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare; in conclusione soggiacciono all'onere della immediata e tempestiva impugnazione le sole clausole della lex di gara che stabiliscono requisiti di partecipazione escludenti, mentre per le altre previsioni, tra le quali rientrano quelle concernenti i criteri di valutazione e attribuzione dei punteggi vale il principio secondo cui l'interesse al ricorso nasce con l'aggiudicazione, perché solo in tale momento il concorrente può dolersi di una effettiva lesione della propria situazione giuridica".

In altri termini, le clausole del bando, quale lex specialis di ogni procedura concorsuale, sono predisposte dall'Amministrazione (anche) in funzione di autolimitazione della propria discrezionalità e si impongono anzitutto al rispetto della medesima Amministrazione (v., ex pluribus TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 30 settembre 2013 n. 2083).

30. Il termine per impugnare l'aggiudicazione definitiva

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 18/01/2016 n° 119

Pubblicato il 11/02/2016

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato conferma, con la sentenza n. 119 depositata il 18/01/2016, l'orientamento predominante a proposito del termine per impugnare gli atti relativi ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico. Nella fattispecie sottoposta al suo esame, infatti, il Supremo Organo di Giustizia Amministrativa ha respinto l'appello proposto da una società avverso la sentenza di primo grado (n. 4409/2015 emessa dal T.A.R. Napoli) mediante la quale il ricorso era stato dichiarato irricevibile per tardività.

A tale conclusione il Tribunale campano era giunto rilevando come l'atto introduttivo del giudizio fosse stato notificato oltre i ristretti termini previsti all'uopo dalla normativa (ossia, come noto, entro trenta giorni dal momento della conoscenza del provvedimento ritenuto lesivo) atteso che la ricorrente, poiché prima di ricevere la comunicazione formale che l'aveva resa edotta dell'esito della procedura di selezione cui aveva partecipato aveva chiesto alla stazione appaltante di operare in autotutela

rimuovendo il provvedimento di aggiudicazione definitiva, aveva con ciò implicitamente ammesso che l'impresa stessa avesse già avuto modo di conoscere almeno uno dei motivi per i quali riteneva illegittimo il provvedimento medesimo poi impugnato. In particolare, e la circostanza ha avuto effetto dirimente per decidere la controversia, è risultato che tra l'istanza inoltrata per procedere in autotutela e la notificazione del ricorso introduttivo innanzi al T.A.R. partenopeo fossero trascorsi più di trenta giorni.

Appurato ciò, sia in primo grado che in appello i Giudici Amministrativi hanno rigettato i ricorsi, aderendo all'orientamento giurisprudenziale che, in tema di applicazione dell'art. 79 D.Lgs. 163/2006, rubricato **“Informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni”**, combinato coi principi generali del processo amministrativo ed in particolare con quanto previsto dall'art. 41, comma 2, D.Lgs. 104/2010 (c.d. “codice del processo amministrativo”), suggerisce di far decorrere il termine a disposizione per l'impugnazione del provvedimento a partire dal momento in cui il soggetto ne ha avuto conoscenza, a prescindere dalle concrete modalità utilizzate dall'Amministrazione per renderlo noto. Su quest'ultimo punto si deve rammentare la disposizione riportata dall'art. 120, comma 5, c.p.a., dedicato proprio alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, il quale stabilisce che “per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto. Per il ricorso incidentale la decorrenza del termine è disciplinata dall'articolo 42”.

Occorre a questo punto sottolineare che i commi 5 e 5-bis dell'art. 79 suddetto prescrivono dei precisi adempimenti che le stazioni appaltanti debbono rispettare in tema di informazioni relative ai contratti pubblici, come ad esempio la necessità che queste siano effettuate secondo le modalità ivi stabilite (lettera raccomandata, fax o posta elettronica certificata) e, soffermandosi in particolare sulla comunicazione di avvenuta aggiudicazione definitiva, decretano che questa sia inoltrata ai partecipanti rimasti in gara entro cinque giorni dalla sua adozione.

Senonchè si è sviluppato un sostanzioso filone interpretativo, confermato da numerose statuizioni, in base al quale si è affermato, sulla scorta dell'art. 120, comma 5, c.p.a. sopra riportato, come il termine per proporre l'impugnazione debba considerarsi decorrente dal momento in cui il concorrente ad una procedura di affidamento di un contratto pubblico abbia avuto contezza dei provvedimenti

astrattamente lesivi della propria posizione, e quindi a prescindere dall'eventuale ricezione della comunicazione enunciata nell'art. 79 D.Lgs. 163/2006.

Si è ad esempio stabilito che la presenza di un rappresentante del concorrente, munito di apposita delega rilasciatagli dal titolare della partecipante, alla seduta nel corso della quale si è assunto il provvedimento lesivo, sia idonea a ritenere conosciuto il provvedimento stesso, evitando pertanto la necessità che la stazione appaltante invii poi all'offerente la relativa comunicazione. Si vedano tra gli altri Cons. di Stato, Sez. III, sent. n. 3126 del 18/06/2015, laddove si legge "la Sezione richiama l'orientamento della giurisprudenza amministrativa che ha rilevato: "La piena conoscenza delle motivazioni dell'atto di esclusione implica la decorrenza del termine decadenziale a prescindere dall'invio di una formale comunicazione ex art. 79, co. 5, del codice dei contratti pubblici. Merita, infatti, condivisione l'indirizzo ermeneutico alla stregua del quale l'art. 120 co. 5 c.p.a., non prevedendo forme di comunicazione "esclusive" e "tassative", non incide sulle regole processuali generali del processo amministrativo, con precipuo riferimento alla possibilità che la piena conoscenza dell'atto, al fine del decorso del termine di impugnazione, sia acquisita, come accaduto nel caso di specie, con forme diverse di quelle dell'art. 79 cit." (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2013, n. 1204; sez. III, 22 agosto 2012, n. 4593; sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6531; V, 6284 del 27 dicembre 2013)"; nello stesso senso, tra le molte, anche Cons. di Stato, Sez. III, sent. n. 4982 del 30/10/2015; id., Sez. VI, sent. n. 6156 del 15/12/2014.

Si segnala anche Cons. di Stato, Sez. IV, sent. n. 740 del 17/02/2014, in cui addirittura si evidenzia la possibilità che il provvedimento si presume conosciuto anche se il soggetto presente a quella seduta della commissione giudicatrice sia privo di apposita delega: "per la piena conoscenza degli atti di gara da parte di un'impresa è dunque sufficiente che alla seduta della Commissione giudicatrice sia presente un soggetto che – a prescindere dal conferimento di specifica e valida delega ovvero dall'esercitare una specifica carica sociale -- si qualifichi come rappresentante della stessa ed, in conseguenza, venga indicato così nel relativo verbale. Ciò perché in tale veste egli ha comunque la possibilità di presentare osservazioni, contestazioni, o comunque di far luogo a specifiche iniziative a tutela delle ragioni dell'impresa a fronte delle specifiche determinazioni assunte dall'organo di gara (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V 14 maggio 2013 n. 2614)".

Tornando all'esame della sentenza in rassegna, si evidenzia che anche in questo caso si è fatta applicazione dei principi summenzionati dato che, ancorchè non si fosse in presenza di una accertata presenza di qualche delegato della concorrente alle operazioni di gara, si è nondimeno confermata l'irricevibilità dell'originario ricorso in virtù dell'incontestabile conoscenza già acquisita del provvedimento di aggiudicazione definitiva, preso atto del contenuto dell'istanza per suscitare l'autotutela della stazione appaltante, quest'ultima inoltrata più di trenta giorni prima della notificazione del gravame. Ragion per cui il ricorso avrebbe dovuto essere

proposto entro il predetto termine decadenziale, calcolato dal giorno della presentazione dell'istanza e non da quello della ricezione della notizia, da parte della P.A. indicente la gara, della decretata aggiudicazione definitiva.

E TUTTAVIA....

Impugnazione dell'aggiudicazione: qual è il termine in caso di mancata conoscenza del contenuto degli atti?

Al riguardo, si deve ricordare che l'art. 120, comma 5, del c.p.a., al fine di dare certezza alle situazioni giuridiche ed accelerare la soluzione dei possibili contenziosi riguardanti la materia degli appalti pubblici, e quindi per dare rilievo al preminente interesse pubblico alla celerità delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, ha stabilito che le impugnative avverso gli atti delle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture devono essere proposte nel termine abbreviato di trenta giorni, decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del d. lgs. n. 163 del 2006, recante il codice dei contratti pubblici.

L'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006, a sua volta, prevede che le stazioni appaltanti:

- comunichino ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta selezionabile, le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto o delle parti dell'accordo quadro (comma 2, lettera c);
- comunichino d'ufficio l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva (comma 5, lettera a).

Il successivo comma 5-bis prevede poi che le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte per iscritto, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o mediante notificazione o mediante posta elettronica certificata ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo è espressamente autorizzato dal concorrente, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta. Lo stesso comma aggiunge che «la comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c), e fatta salva l'applicazione del comma 4».

Il comma 5-quater dell'articolo 79 del codice dei contratti pubblici prevede, inoltre, che «fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'articolo 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia...».

Facendo applicazione di tali disposizioni, si è affermato il principio secondo cui la comunicazione della decisione di aggiudicazione, prevista dall'articolo 79, commi 2 e 5 del d. lgs. n. 163 del 2006, rappresenta la condizione sufficiente per realizzare la piena conoscenza del provvedimento (di aggiudicazione) lesivo ed è quindi idonea a far decorrere il termine decadenziale per l'eventuale impugnazione. Tale comunicazione determina, infatti, a carico dell'impresa interessata un onere di immediata impugnazione dell'esito della gara, entro il termine di 30 giorni, fatta salva la possibilità di proporre motivi aggiunti in relazione ad eventuali vizi di legittimità divenuti conoscibili successivamente.

Parte della giurisprudenza ha, peraltro, rilevato che la sola comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione (e della relativa documentazione), ai sensi dell'art. 79 del codice dei contratti, può non essere sufficiente per l'individuazione di possibili profili di illegittimità della stessa aggiudicazione.

Si è, infatti, sostenuto che non è condivisibile far decorrere il termine per l'impugnativa dal momento della semplice conoscenza degli elementi essenziali dell'offerta risultata vincitrice nelle ipotesi in cui da tale comunicazione non siano in alcun modo evincibili gli ulteriori e diversi aspetti sui quali si sono in seguito innestate le censure di illegittimità, di cui l'interessato è potuto venire a conoscenza solo a seguito dell'accesso ai documenti di gara e, quindi, se con la comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione la parte non è stata anche messa in grado di conoscere gli atti e la documentazione di gara dai quali tali aspetti potevano essere desunti.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto, con ordinanza n. 790 dell'11 febbraio 2013, di rimettere la questione all'esame dell'Adunanza Plenaria.

L'Adunanza Plenaria, con decisione n. 14 del 20 maggio 2013, ha ritenuto peraltro di non doversi pronunciare sulla questione anche in vista della decisione che doveva essere presa dalla Corte di Giustizia CE su analoga questione sollevata dal T.A.R. per la Puglia, Sede di Bari, con ordinanza n. 427 del 2013.

La Corte di Giustizia CE si è poi pronunciata sulla questione con la decisione della V Sezione, 8 maggio 2014, in causa C-161/13 nella quale, in particolare, ha affermato che «ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici possono essere garantiti soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a

conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni» (punto 37) e che «una possibilità, come quella prevista dall’articolo 43 del decreto legislativo n. 104/2010, di sollevare “motivi aggiunti” nell’ambito di un ricorso iniziale proposto nei termini contro la decisione di aggiudicazione dell’appalto non costituisce sempre un’alternativa valida di tutela giurisdizionale effettiva. Infatti, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, gli offerenti sarebbero costretti a impugnare in abstracto la decisione di aggiudicazione dell’appalto, senza conoscere, in quel momento, i motivi che giustificano tale ricorso» (punto 40).

La Corte di Giustizia CE ha poi anche affermato che, «in applicazione del principio della certezza del diritto, in caso di irregolarità asseritamente commesse prima della decisione di aggiudicazione dell’appalto, un offerente è legittimato a proporre un ricorso di annullamento contro la decisione di aggiudicazione soltanto entro il termine specifico previsto a tal fine dal diritto nazionale, salvo espressa disposizione del diritto nazionale a garanzia di tale diritto di ricorso, conformemente al diritto dell’Unione».

Avendo la Corte di Giustizia affermato, nella suddetta decisione, che ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione possono essere garantiti soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza, o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni, e che, per le irregolarità asseritamente commesse prima della decisione di aggiudicazione dell’appalto, un offerente è legittimato a proporre un ricorso di annullamento contro la decisione di aggiudicazione soltanto entro il termine specifico previsto a tal fine dal diritto nazionale, si è ritenuto di dover fornire una interpretazione delle disposizioni del diritto nazionale (che si sono prima richiamate), riguardanti il termine di impugnazione di una aggiudicazione di un appalto pubblico, coerente con tali principi.

Anche in considerazione delle particolari esigenze di tutela connesse alla derivazione comunitaria delle disposizioni sostanziali e processuali richiamate, e nel bilanciamento fra i vari interessi coinvolti, si è pertanto sostenuto che debba essere condiviso il principio interpretativo, secondo cui il termine di trenta giorni per l’impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione, di cui ai commi 2 e 5 dell’articolo 79, ma può essere «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 comma 5-quater fissa per esperire la particolare forma di accesso – semplificato ed accelerato – ivi disciplinata»

(Consiglio di Stato, Sez. III, n. 5830 del 25 novembre 2014, Sez. III n. 4432 del 28 agosto 2014, Sezione V, n. 864 del 10 febbraio 2015).

Tale interpretazione, infatti, consente il sostanziale rispetto delle esigenze acceleratorie, di cui è portatore il citato art. 120 del c.p.a., e, nello stesso tempo, consente il rispetto del consolidato principio secondo il quale solo dalla piena conoscenza dell'atto censurato (o comunque dalla sua piena conoscibilità) inizia a decorrere il termine per la sua impugnazione.

Da ultimo: Consiglio di Stato, sez. VI, 01.04.2016 n. 1298