

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

**Appalti pubblici e capacità d'impresa. I requisiti economico finanziari e tecnico professionali negli appalti di servizi e forniture.**

**This is a pre print version of the following article:**

*Original Citation:*

*Availability:*

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1639649> since 2021-04-19T12:23:30Z

*Publisher:*

jovene

*Terms of use:*

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

## CAPITOLO PRIMO

### LA CAPACITA' ECONOMICA E FINANZIARIA

SOMMARIO: 1. – Natura e forma giuridica dell'offerente. 2. – La procedimentalizzazione della scelta del contraente negli appalti pubblici. 3. – I criteri di capacità economica finanziaria degli offerenti. 4. – La presunzione di idoneità degli elenchi pubblici. 5. – Il documento unico di gara. 6. – Proporzionalità dei requisiti di capacità economica e finanziaria e *favor participationis*.

#### 1. *Natura e forma giuridica dell'offerente.*

La pubblica amministrazione come ogni altro soggetto dell'ordinamento può rivolgersi a terzi per procurarsi beni e servizi di cui abbia necessità.

Nonostante la lettera della norma non è richiesta la qualità di imprenditore (art. 2082 c.c) i terzi che intendano aspirare alla stipulazione di un contratto di servizi e forniture con le pubbliche amministrazioni<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sul concetto di impresa nel diritto della concorrenza, cfr., P. VERRUCOLI, *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario e nel diritto italiano: evoluzioni e prospettive*, in AA.VV., *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*, a cura di P. Verrucoli, Milano, 1977; F. BONELLI, *La nozione di impresa nelle regole di concorrenza del Trattato CEE*, in AA.VV., *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*, cit., 37; V. AFFERNI, *La nozione di impresa comunitaria*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubb. ec.*, diretto da F. Galgano, vol. II, Padova, 1978, 129 ss.; G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 277 ss.; A. FRIGNANI, M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, 32 ss. Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs del 19 marzo 2001 nella causa C-218/00. Cfr. pure C.G.C.E., 25 ottobre 2001, C-475/99, con nota di M. ARGENTATI, *Diritti speciali ed esclusivi e regole comunitarie di concorrenza*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, 391; C.G.C.E., 26 marzo 2009, C-113/07P. In questo senso si era espressa anche la Commissione europea nel Libro verde sui servizi di interesse economico generale del 2003, affermando che "*constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné*" (Cfr.

Per operatori economici si intendono l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi, siano essi persone fisiche o giuridiche, enti pubblici o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offrano sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi.

Una puntuale forma giuridica può assumere interesse come vedremo solo ove la stessa configuri un requisito soggettivo che risulti indispensabile alla prestazione richiesta<sup>2</sup>.

Infatti gli operatori economici<sup>3</sup> debbono avere taluni requisiti essenziali per poter prendere parte alle trattative volte alla stipulazione di un contratto<sup>4</sup> a titolo oneroso<sup>5</sup> con un'amministrazioni aggiudicatrice.

---

Commissione europea, *Libro verde sui servizi economici di interesse generale*, 21 maggio 2003, COM(2003) 270 def, par. n. 44, che richiama espressamente C.G.C.E, 12 settembre 2000, C-180/98 e C-184/98).

<sup>2</sup> Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2014, n. 877; Corte Cost., 27 dicembre 2012, n. 311; Cons. St., sez. V, 6 giugno 2011, n.3377; Cons, St, sez. VI, 15 dicembre 2010, n. 8933; U. GALLI, *Servizio di tesoreria e modalità di affidamento: l'evoluzione giurisprudenziale*, in *Urb. e appalti*, 2002, 1321; L. FIORENTINO, R. PEREZ, *Il regolamento sull'amministrazione e la contabilità degli enti pubblici*, Milano, 2005, 327.

<sup>3</sup> Dir. 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, art. 2, p. 5; S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Gior. Dir. Amm.*, 1996, 915; M. L. TORCHIA, *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione*, in *Riv It. Dir. Pubb. Com.*, 1997, 845; M. MORENO, *Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 1998, 561. Specificatamente in tema di contratti pubblici: C.G.C.E., 16 ottobre 2003, C-283/00, p. 53; C.G.C.E., 27 febbraio 2003, C-373/00, in *Giur. It.*, 2003, 1687, con nota di R. CARANTA, *L'organismo di diritto pubblico questo sconosciuto*; C.G.C.E., 10 maggio 2001, C-223/99 e C-260/99; in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, 899, con nota di E. CHITI, *Cala il sipario sull'Ente Fiera di Milano*. C.G.C.E., 17 dicembre 1998, C-306/97, p. 31; C.G.C.E., 10 novembre 1998, C-306/96, p. 62; C.G.C.E., 20 settembre 1988, C-31/87, p. 10 e 11. In dottrina cfr. C. IAIONE, *L'ambito oggettivo e soggettivo*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, Torino, 2010, 244 s.; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 247 s.; E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003, 136 ss.; A. MASSERA, *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, tomo II, Milano, 2003 1597 s.

<sup>4</sup> Dir. 2014/24/UE, cit., 4° considerando. Non è tale la cooperazione istituzionalizzata o verticale (*in house*) e la cooperazione non istituzionalizzata o orizzontale volta a garantire congiuntamente l'assolvimento di compiti di interesse

L'imprenditore è l'«attivatore» del sistema economico, altrimenti inerte, che si pone tra funzione intermediatrice fra quanti, da un lato, offrono capitale o domandano lavoro e quanti, dall'altro, richiedono beni o servizi<sup>6</sup>. L'imprenditore «trasforma» o «combina» i fattori della produzione, ossia il capitale e il lavoro, in un prodotto idoneo a soddisfare i bisogni dei consumatori e, perciò, si presenta come colui che svolge una funzione «creativa di ricchezza». Secondo il Codice civile italiano è imprenditore «chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi» (art. 2082 c.c.)<sup>7</sup>.

In materia di appalti, come vedremo, la nozione di impresa ricomprende anche produttori che non sono annoverati in senso stretto nella definizione di imprenditore dunque è considerata una nozione più ampia che supera l'esercizio di un'attività economica, prescinde dalla natura giuridica, pubblica<sup>8</sup> o privata

---

pubblico, per tutti di veda R. CAVALLO PERIN, *I servizi pubblici locali: modelli gestionali e destino delle utilities*, in *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa*, a cura di P.L. Portaluri, Napoli, 2014, 23; M. E. COMBA, *Cooperazione verticale ed orizzontale tra enti pubblici: verso una "teoria unificata" delle deroghe all'applicazione della normativa europea sugli appalti?*, nota a C.G.U.E., sez. III, 29 novembre 2012 (cause C-182/11 e C-183/11); C.G.U.E., Grande sezione, 19 dicembre 2012 (causa C-159/11) in *Dir. pubb. comparato ed europeo*, 2013, 298.

<sup>5</sup> Il carattere oneroso di un contratto si riferisce alla controprestazione erogata dall'autorità pubblica interessata a motivo dell'esecuzione delle prestazioni dei servizi che costituiscono oggetto del contratto e delle quali tale autorità sarà la beneficiaria v., in tal senso, con riferimento alla direttiva 93/37, C.G.C.E., 12 luglio 2001, C-399/98, p. 77.

<sup>6</sup> F. GALGANO, *Diritto commerciale: l'imprenditore*, Bologna, 1982, 10 ss.

<sup>7</sup> L. SALIS, *L'imprenditore civile*, in *Dir. giur.*, 1948, 352; G. MINERVINI, *L'imprenditore - Fattispecie e Statuto*, rist. Napoli, 1966, 36 ss.; F. FERRARA JR., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano 1987, 28, precisa come il professionista intellettuale, quando la sua attività costituisce elemento di una più complessa attività organizzata (art. 2238, co. 1°, c.c.), diventa imprenditore commerciale, così pure lo diventa l'artigiano quando la sua opera si limita ad un lavoro di direzione o di controllo o comunque quando è tale da spostare la fonte produttiva dal soggetto all'organizzazione.

<sup>8</sup> A. BLASINI, *Nuove forme di amministrazione pubblica per negozio: i «social impact bonds»*, in *Riv. Trim. di dir. pub.*, 2015, 69; F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 532.

dell'organizzazione, è irrilevante che abbia lo scopo di lucro<sup>9</sup>. Anche organizzazioni che non hanno carattere di impresa possono occasionalmente svolgere attività imprenditoriale seppur non a carattere prevalente.

Si assume che il contratto abbia ad oggetto la collocazione di beni e servizi sul mercato inteso quest'ultimo come sede di incontro fra la domanda e l'offerta, non importa se di capitali, di servizi o di beni di differenti materie prime o semilavorati oppure al consumo<sup>10</sup>.

Ciò che assume rilievo per l'ammissione alla procedura è esclusivamente l'effettivo possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*<sup>11</sup>, sia in esercizio della discrezionalità amministrativa sia in conformità ad una disposizione generale e astratta.

Si è sostenuto che la partecipazione di associazioni di volontariato alle gare avrebbe potuto alterare la *par condicio* fra i partecipanti<sup>12</sup> e avrebbe reso del tutto superflua la gara, perché tali organizzazioni possono sempre fare un'offerta più vantaggiosa rispetto ai soggetti "lucrativi"<sup>13</sup>. La tassativa elencazione

---

<sup>9</sup> Cons. St., sez. V, 26 agosto 2010, n. 5956; Cons. St., sez. V, 8 luglio 2002, n. 3790; C.G.C.E., sez. V, 18 giugno 1998, n. 35, C-35/96.

<sup>10</sup> F. GALGANO, voce *Imprenditore*, in *Dig. disc. publ.*, 1992; S. CASSESE, voce *Ente pubblico economico*, in *Novissimo Dig. It.*, VI, Torino, 1960, 573 ss.; V. OTTAVIANO, voce *Impresa pubblica*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 674 ss.; W. BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*, 1948, 82 ss.; M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, 1974, 201; C.G.U.E., sez. IV, 23 dicembre 2009, C-305/08.

<sup>11</sup> F. DALLARI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove direttive europee e del d.l. n. 90 del 2014*, a cura di F. Mastragostino, Torino, 2014, 179.

<sup>12</sup> TAR Campania, sez. V, 31 marzo 2008, n. 1666; in senso conforme, TAR Veneto sez. I, 25 giugno 2007, n. 2034; cfr. inoltre A. AZZENA, *Il volontariato nella gestione dei servizi sociali. Spunti per una riflessione sulle soluzioni per l'individuazione del soggetto gestore*, in *Scritti in onore di Umberto Pototschnig*, vol. I, Milano, 2002, 57.

<sup>13</sup> TAR Liguria, sez. II, 25 ottobre 2004, n. 1467, è legittimo l'affidamento diretto ad un'associazione di volontariato, poiché difficilmente la gara potrebbe produrre un esito più conveniente per l'amministrazione in senso conforme TAR Veneto sez. I, 21 febbraio 2006, n. 399; P. MICHARA, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore*, Roma, 2005, 104 ss.

nazionale<sup>14</sup> aveva escluso dalla possibilità di partecipare alle gare coloro che non esercitassero in modo stabile attività di impresa o privi dello scopo di lucro<sup>15</sup>, o perché enti pubblici<sup>16</sup>.

Agevolazioni fiscali, finanziamenti o contributi pubblici, possono piuttosto assumere rilievo con riferimento all'esclusione per anomalia dell'offerta<sup>17</sup>, oppure essere sanzionati in via generale come aiuto non consentito alle attività di impresa ove minaccino di falsare la concorrenza<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, art. 34; M. CHIOSSO, *La partecipazione degli operatori extracomunitari alle procedure di affidamento per forniture e servizi nei settori ordinari*, in *Urb. app.*, 2010, 891.

<sup>15</sup> Cons. St., sez. III, 9 agosto 2011, n. 4720.

<sup>16</sup> AVCP, del. 18 aprile 2007, n. 119, la stessa ha poi cambiato orientamento recependo le censure della commissione europea in occasione della procedura di infrazione avviata nei confronti dell'Italia: AVCP, parere 23 aprile 2008, n. 127.

<sup>17</sup> Da ultimo: Cons. St., sez. V, 08 giugno 2015, n. 2813; Cons. St., sez. III, 13 maggio 2015, n. 2388; Cons. St., sez. III, 29 aprile 2015, n. 2186; Cons. St., sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565; Cons. St., sez. III, 02 marzo 2015, n. 1020; Cons. St., sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 963; Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2015, n. 689; Cons. St., sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 147;

<sup>18</sup> *Ex multis*: C.G.U.E., 03 aprile 2014, n. 559; C.G.U.E., sez. II, 19 dicembre 2013, n. 262; C.G.U.E., Grande Sez., 05 giugno 2012, n. 124; C.G.C.E., 10 giugno 2010, C-140/09, p. 24; C.G.C.E., 27 novembre 2001, C-285/99 e C-286/99, p. 27; C.G.C.E., 12 luglio 2001, C-399/98, p. 48; C.G.C.E., 3 maggio 2001, C-28/99, p. 28; C.G.C.E., 29 giugno 1999, C-256/97, p. 15; C.G.C.E., 15 dicembre 1993, C-292/92, p. 8; C.G.C.E., 30 novembre 1993, C-189/91, p. 14; C.G.C.E., 17 marzo 1993, C-72/91 e C-73/91, p. 12; C.G.C.E., 22 marzo 1977, C-78/76, p. 14 e 15; L. CALZOLARI, *La selettività degli aiuti di stato e il principio di parità di trattamento delle imprese nella recente giurisprudenza della corte di giustizia*, in *Dir. del Comm. Internaz.*, 2015, 481; A. PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di «tutela» della concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 2004, 259 ss; F. PEPE, *Il problema della «giusta» mutualità cooperativa e l'(in)efficacia dei controlli: osservazioni in tema di «aiuti di stato» a margine della sentenza paint graphos della corte di giustizia delle comunità europee*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2012, 20395; F. MUNARI, C. CELLERINO, Artt. 107-109 TFUE, in *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, Milano, 2014, 1141; V. SQUARATTI, Art. 107 TFUE, in *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, a cura di F. Pocar, M.C. Baruffi, Padova, 2014, 858; F. BESTAGNO, Artt. 108-109 TFUE, in *Commentario breve*, cit., a cura di F. Pocar, M.C. Baruffi, 868; A. BIONDI, *State Aid is Falling Down, Falling Down: An Analysis of the Case Law on the Notion of Aid*, in *CMLRev.*, 2013, 1719; F. DE CECCO, *State aid and the European economic constitution*, Oxford/Portland, 2013; C. IANNONE, *Gli aiuti di Stato in favore delle imprese pubbliche e le regole nazionali applicabili al loro stato di crisi*, in

Possono partecipare alle gare e più in generale alle trattative volte alla stipulazione di un contratto con l'amministrazione aggiudicatrice anche le organizzazioni che non svolgono prevalentemente attività d'impresa<sup>19</sup>, come le associazioni di volontariato e, più in generale, dei soggetti *non profit*<sup>20</sup>, sia individualmente sia in associazione temporanea o strutturale con altri enti della medesima natura giuridica oppure anche con organizzazioni di impresa.

Questione ulteriore – che non va confusa con la legittimazione alla trattativa e alla stipulazione di un contratto con la pubblica amministrazione – è se sia possibile un affidamento senza procedura ad evidenza pubblica. Da ultimo si assiste a soggetti

---

*Dir. un. eur.*, 2012, 263; F. MUNARI, *Il rapporto tra la disciplina degli aiuti di Stato e le politiche a tutela dei cittadini e dei consumatori*, in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia*, a cura di A. Ligustro, A. Sacerdoti, Napoli, 2011, 729; A. BIONDI, *Gli aiuti di Stato*, in *La concorrenza*, a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, Torino, 2006, 447; E. FONTANA, *Aiuti di stato e diretta efficacia*, Napoli, 2006; O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese: tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, 2001; C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000; F. BESTAGNO, *Il controllo comunitario degli aiuti di stato nel recente regolamento di procedura*, in *Dir. comm. int.*, 1999, 339; S. BARIATTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998; G. PALMERI, *Gli aiuti di stato alle attività produttive ed il loro regime comunitario: articoli 92-94 del Trattato istitutivo della Comunità europea*, Rimini, 1992. Sulla distinzione tra «libertà di concorrenza», che viene esercitata nei confronti delle altre imprese, e «concorrenza effettiva», come bene giuridico tutelato dallo Stato, cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429; in tema, v. anche M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. società*, 2003, 439 ss.

<sup>19</sup> Contro si veda: TAR Lombardia, sez. III, 18 marzo 2005, n. 612 ove si sottolinea che la croce rossa italiana è un ente assistenziale a carattere nazionale, facente capo ad un'organizzazione internazionale, la cui natura giuridica risulta stabilita per legge; pertanto, essa può concludere convenzioni per lo svolgimento di attività conformi ai propri scopi istituzionali, tra i quali rientrano i servizi di trasporto sanitario e sociale.

<sup>20</sup> L. 11 agosto 1991, n. 266, *Legge quadro sul volontariato*, esse godono di significativi benefici fiscali, ma devono rendere le loro prestazioni in cambio del solo rimborso delle spese sostenute e senza retribuzione (art. 2, co. 1 e 2); è inoltre prescritto il carattere "marginale" delle attività commerciali e produttive eventualmente svolte (art. 5, co. 1, lett. g); è infine prevista la stipula di "convenzioni" con le amministrazioni per lo svolgimento di attività di servizio (art. 7).

privati ammessi a utilizzare il tradizionale strumento della convenzione con enti pubblici, ogni qual volta la prestazione non trovi un corrispettivo capace di integrare la definizione di contratto a titolo oneroso<sup>21</sup>. Così l'accordo intercorso tra un'azienda ospedaliera e la Croce Rossa italiana per l'affidamento del servizio di trasporto degli infermi che si è ritenuto non elusivo delle regole dell'evidenza pubblica<sup>22</sup>. Riemerge in sede europea quanto enunciato al livello italiano sulla rilevanza dei valori costituzionali sottesi alla contrattazione tra amministrazione e terzo settore, distinguendo nettamente - non solo per quanto concerne la disciplina, ma anche sotto il profilo nominalistico - le convenzioni con il settore *no profit* e gli appalti o concessioni in senso proprio<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> G. TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 18/2015; M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato "Pubblico-Pubblico"*, in *Giur. It.*, 2013, 1416; D. MARESCA, *La cooperazione inter-amministrativa tra appalti e accordi orizzontali: i recenti orientamenti della Corte di giustizia*, in *Dir. pubbl. compar. europ.*, 2013, 688; P. DE LUCA, *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Dir. U. E.*, 2013, 381; R. CARANTA, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, in *Urb. App.*, 2013, 391; A. BARTOLINI, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti*, in *Urb. App.*, 2013, 1257; E. STICCHI DAMIANI, *Gli accordi di collaborazione tra Università e altre amministrazioni pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 807.

<sup>22</sup> L'orientamento contrario teso a dimostrare l'inesistenza della descritta "incompatibilità logica" è stato fino a tempi recenti assolutamente minoritario, si veda, a tal proposito, TAR Liguria, sez. II, 23 dicembre 2002, n. 1206, secondo cui "la qualifica soggettiva di un ente come *non profit* e lo svolgimento della relativa attività non orientata al profitto non costituiscono di per sé elementi preclusivi all'applicazione delle regole concorrenziali, interne e comunitarie, nell'affidamento del servizio"; in precedenza, in senso conforme, cfr. TAR Toscana, sez. II, 23 marzo 1998, n. 251.

<sup>23</sup> Art. 38 Cost. l'assistenza privata è libera e pertanto i soggetti privati possono svolgere la propria attività in questo settore sia per fini di lucro che per fini diversi, quali quelli di solidarietà, propri delle organizzazioni di volontariato. Sia consentito di rinviare a M. MATTALIA, *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario*, in *Foro amm. CDS*, 2008, 1984; P. CERBO, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti «disomogenei»*, in *Urb. e app.*, 2011, 335; U. DE SIERVO (a cura di), *Regione e volontariato nei servizi socio-sanitari*, Milano, 1998, avente ad oggetto la disamina della normativa regionale



La possibilità per uno Stato membro di riservare ai soli non imprenditori di partecipare alla realizzazione del sistema di assistenza sociale con le convenzioni è possibile ove la previsione non è di un corrispettivo ma unicamente di un rimborso dei costi di servizi d'assistenza sociale a rilevanza sanitaria<sup>24</sup>. E il sistema resti aperto a tutti gli enti che abbiano i requisiti stabiliti dalla legge<sup>25</sup>.

---

relativa al volontariato; TAR Campania, sez. I, 19 gennaio 2006 n. 723; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, 2003, 165; TAR Lombardia, sez. III, 9 marzo 2000, n. 1869, con nota di M. PROTTO, *Responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb e app.*, 2000, 991; TAR Emilia Romagna, sez. II, 14 giugno 2005, n. 822 e TAR Veneto, sez. I, 25 giugno 2007, n. 2034. Seguendo questa linea interpretativa era stata considerata ammissibile al massimo una procedura para-concorrenziale finalizzata a scegliere - all'interno delle associazioni di volontariato o delle cooperative sociali - i soggetti con i quali effettuare il convenzionamento (cioè una sorta di gara riservata): cfr. TAR Lombardia, sez. III, 14 marzo 2003, n. 459.

<sup>24</sup> A. CACACE, *Associazioni no profit e concessione di pubblici servizi. Note critiche ad una sentenza della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 683. Escludendo quindi la possibilità per una società con scopo di lucro lussemburghese di prendere parte a tali convenzioni.

<sup>25</sup> A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 223; M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità*, Napoli, 2011, 39 ss.; M. CLARICH, *I principi dell'azione amministrativa nell'integrazione tra ordinamento nazionale e comunitario*, in *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi* a cura di L. Benvenuti, M. Clarich, Pisa, 2010, 43 ss.; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, Bologna, 2005, vol. I, 574 ss.; A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. Amm.*, 2005, 707 ss.; A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 521 ss. TFUE, art. 45, art. 49. L.G. RADICATI DI BROZOLOM. GUSTAFSSON, *Partecipazione alle gare e regole di concorrenza*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2002, 806; A. HEIMLER, *Appalti pubblici, prassi applicative e controlli: quale spazio per gli aspetti sostanziali?*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2015, 184; diversa sarebbe potuta essere la soluzione se in capo alle *onlus* fosse stato costituito un diritto speciale quello conferito, in base ad un atto della pubblica autorità, ad un novero limitato di soggetti tale da incidere, sostanzialmente, sulla capacità delle altre imprese di esercitare l'attività economica in questione e che dovrebbe giustificarsi in ragione della incapacità del mercato di assicurare l'accessibilità universale ed indiscriminata di determinate prestazioni, cfr. J.L. BUENDIA SIERRA, *J.L. Buendia Sierra, Article 86 - Exclusive rights*

Gli accordi fra amministrazioni e associazioni di volontariato non sono esclusi invece dalla nozione di appalto pubblico di servizi anche quando il lavoro delle persone che effettuano i trasporti sanitari non è retribuito, risulta nondimeno che i pagamenti previsti dalle pubbliche autorità interessate superano il semplice rimborso delle spese sostenute per fornire i servizi di trasporto sanitario<sup>26</sup>. Se i rimborsi superano le spese effettivamente sostenute, rendono economico il servizio da prestare e, dunque, imprese i soggetti disposti a prestarlo.

Non occorre che il servizio sia pagato dai beneficiari ed il carattere economico di un servizio dipenda dallo *status* di imprenditore del prestatore, né dalla natura del servizio, ma assumono rilevanza esclusivamente le effettive modalità di prestazione, organizzazione e finanziamento di una determinata attività<sup>27</sup>.

---

*and other anti-competitive State measures*, in *The EC law of competition*, J. Faull, A. Nikpay, New York, 1999, 113 ss.

<sup>26</sup> C.G.C.E., sez. III, 29 novembre 2007, C-119/06, con nota di R. CARANTA, *Attività pubblica, attività no-profit e disciplina dei contratti pubblici di servizi*, in *Urb. e app.*, 2008, 296; M. MATTALIA, *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario*, cit., 1984; A. BROWN, *Application of the Directives to Contracts to Non-for-profit Organisations and Transparency under the EC Treaty: A Note on Case C-119/06 Commission v Italy*, ivi, NA96; A. ALBANESE, *L'affidamento di servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte di giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, 1453; M. CONSITO, *Accreditamento e terzo settore*, Napoli, 2009, 46.

<sup>27</sup> Comunicazione della Commissione 26 aprile 2006, COM(2006) 177 def, *I servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea*, pag. 7, nella quale si afferma che in linea di principio i servizi sociali esattamente come i servizi di interesse generale (di cui fanno parte) hanno carattere economico e soggiacciono perciò alle norme comunitarie su scelta del contraente, libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento. Comunicazione della Commissione 20 novembre 2007, COM(2007) 725 def, su *"I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo"*, pag. 5, la quale conclude affermando che "in pratica, fatta eccezione per le attività relative all'esercizio dei pubblici poteri, che ai sensi dell'art. 45 del trattato CE sono escluse dall'applicazione delle regole del mercato interno, ... la stragrande maggioranza dei servizi può essere considerata "attività economica" ai sensi delle norme del trattato CE in materia di mercato interno (artt. 43 e 49)".

È vero che il diritto dell'Unione non pregiudica la competenza degli Stati membri ad organizzare i propri sistemi di sicurezza sociale e ad adottare, segnatamente, disposizioni dirette all'organizzazione e alla fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica<sup>28</sup>. I Trattati stabiliscono un divieto all'armonizzazione<sup>29</sup> e riconoscono agli Stati membri un'ampia discrezionalità nell'introduzione e nella conservazione di misure interne che, nonostante l'effetto potenziale di creazione di ostacoli alla libera circolazione nel mercato interno, sono dirette alla tutela della sanità pubblica<sup>30</sup>.

Uno Stato può ricorrere alle associazioni di volontariato convenzionate tramite un affidamento diretto di servizio di trasporto sanitario per garantire che detto servizio di interesse generale sia assicurato in condizioni molto economiche<sup>31</sup>. Rientra nella discrezionalità riconosciuta dall'ordinamento dell'Unione agli Stati membri ritenere che il ricorso alle associazioni di volontariato corrisponda a finalità sociali e che a tal fine sia idoneo a contribuire al controllo dei costi legati alla produzione di tale servizio<sup>32</sup>, in conformità ai principi di universalità, di solidarietà, di efficienza economica e di adeguatezza<sup>33</sup>.

Le associazioni in questione non traendo profitto alcuno dalle loro prestazioni ma, informando la produzione al semplice

---

<sup>28</sup> TFUE, art. 168, paragrafo 7; C.G.U.E., 21 giugno 2012, C-84/11, p. 26 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>29</sup> TFUE, art. 2, paragrafo 5.

<sup>30</sup> C.G.C.E., 11 settembre 2008, C-141/07, p. 51; C.G.C.E., 19 maggio 2009, C-171/07 e C-172/07, p. 19; C.G.U.E., 5 dicembre 2013, da C-159/12 a C-161/12, p. 41. C.G.C.E., 11 settembre 2008, C-141/07, p. 22 e 23; C.G.C.E. 10 marzo 2009, C-169/07, p. 29.

<sup>31</sup> C. COLELLI, *Corte di Giustizia e affidamento diretto del trasporto sanitario alle associazioni di volontariato*, in *Urb. e app.*, 2015, 377.

<sup>32</sup> R. CARANTA, *Affidamento dei servizi di ambulanza al no-profit*, in *Urb. e app.*, 2015, 508; D. MAJORI, *Sulla natura degli accordi quadro delle regioni che prevedono l'affidamento diretto del servizio sanitario di trasporto d'urgenza e di emergenza ad associazioni di volontariato convenzionate e sulla legittimità comunitaria di tale modalità di organizzazione del servizio*, nota a Cons. St., sez. III, 26 giugno 2015, n. 3208, in *amministrazioneincammino.luiss.it*, 24 ottobre 2015.

<sup>33</sup> C.G.U.E., sez. V, 11 dicembre 2014, C-113/13.

“rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime” limita fortemente il ricorso ai lavoratori dipendenti che è ammesso unicamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento del servizio. I volontari invece in conformità alla natura dei rapporti con l’associazione e per essa con la pubblica amministrazione possono “farsi rimborsare soltanto le spese effettivamente sostenute per l’attività fornita, nei limiti previamente stabiliti dalle associazioni stesse”.

Il rischio di grave pregiudizio per l’equilibrio economico del sistema sanitario può costituire, di per sé, una ragione imperativa di pubblico interesse in grado di giustificare un ostacolo al principio della libera prestazione dei servizi<sup>34</sup>. E tale da legittimare la conclusione di accordi quadro con associazioni del terzo settore.

Quello che stupisce è il fatto che a proporre il ricorso davanti all’autorità che ha proposto la questione pregiudiziale non fosse un operatore economico con scopo di lucro ma due società cooperative *onlus*<sup>35</sup>. Si legittima quindi la normativa nazionale che

---

<sup>34</sup> C.G.C.E., 28 aprile 1998, C-158/96, p. 41.

<sup>35</sup> R. CARMINA, *L’abuso del diritto negli enti no profit*, in *Rivista del Notariato*, 2015, 522; M. GESTRA, *TAR Lombardia: nessuna esclusione degli enti non profit dagli appalti pubblici*, in *Enti non profit*, 2005, 361, secondo cui: «va certamente considerato che gli enti privi di lucro, come pure tutte le associazioni libere costituite ai sensi del libro I del codice civile [...] possono certamente svolgere attività di impresa e, per questo motivo, assumere la qualifica di imprenditore. Il che comporta la loro sottoposizione allo statuto giuridico dell’imprenditore, ivi compreso il fallimento, ad esclusione — ovviamente — dell’obbligo di iscrizione al registro delle imprese». Su questa stessa linea si vedano, *ex multis* F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976, 88 ss.; ID., *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 2006, 125 ss.; G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 1996, 173 ss.; P. MORANDI, *La fallibilità degli enti non profit*, in *Contratto e impresa*, 1998, 353 ss.; G. F. CAMPOBASSO, *Associazioni e attività d’impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 1994, 581 ss.; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto dell’impresa*, Torino, 2008, 35 ss.; A. CETRA, *L’impresa collettiva non societaria*, Torino, 2008, 12 ss.; G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di F. Vassalli, Torino, 1987, 60 ss.; V. NAPOLEONI, *Il fallimento delle associazioni non riconosciute*, in *Fallimento*, 1994, 158 ss.; L. FARENGA, *Esercizio di impresa commerciale da parte di enti privati diversi dalle società e fallimento*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1981, 217 ss.; P. RESCIGNO, *Fondazioni e*

prevede che la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza debba essere attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate ma non ci si sofferma sul modo con cui il convenzionamento viene stabilito, trattandosi di un'attività contingentata.

Anche per gli enti pubblici si è esclusa la possibilità di partecipare alle gare per quelli che non svolgevano istituzionalmente l'attività oggetto dell'appalto<sup>36</sup>.

Possono concorrere alle procedure selettive anche gli enti pubblici che erogano le prestazioni oggetto del contratto, secondo i propri fini istituzionali ed in coerenza con i compiti loro affidati dall'ordinamento. Tale capacità non risulta esclusa o limitata dalla circostanza che l'organismo pubblico percepisca sovvenzioni da amministrazioni aggiudicatrici o che fruisca di altri analoghi benefici economici, essendosi, al riguardo, ritenuto che i principi della concorrenza e della *par condicio* non vengono vulnerati per effetto della sola partecipazione alla gara di soggetti che godono di finanziamenti pubblici ed in mancanza di fattori concretamente distorsivi<sup>37</sup>.

Gli Stati membri hanno quindi il potere di autorizzare o meno talune categorie di enti pubblici o privati di fornire talune prestazioni o svolgere talune attività<sup>38</sup>. In particolare, essi possono autorizzare o non autorizzare tali soggetti a operare sul mercato in funzione della circostanza che l'attività in questione sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statutari<sup>39</sup>. Nei

---

*impresa*, in *Rivista delle società*, 1967, 812 ss.; R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 1968, 27 ss.; W. BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948, 86 ss.

<sup>36</sup> Cons. St., sez. V, 29 luglio 2003, n. 4327.

<sup>37</sup> C.G.C.E., sez. VI, 7 dicembre 2000, C-94/99.

<sup>38</sup> C.G.U.E., sez. IV, 23 dicembre 2009, C-305/08 con nota di L. DE PAULI, *La partecipazione delle Università alle procedure ad evidenza pubblica*, in *Urb e app.*, 2010, 551; Cons. St., Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10.

<sup>39</sup> C.G.U.E., Grande Sezione, 6 ottobre 2015, C-203/14.

limiti in cui questi soggetti siano autorizzati<sup>40</sup> a offrire taluni servizi al mercato, anche a titolo occasionale, gli Stati membri non possono vietare loro di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi ad oggetto la prestazione degli stessi servizi<sup>41</sup>.

L'amministrazione aggiudicatrice ha l'obbligo, o quanto meno la facoltà, di prendere in considerazione l'esistenza di sovvenzioni, e in particolare di aiuti non conformi al Trattato, al fine eventualmente di escludere gli offerenti che ne beneficiano<sup>42</sup>.

Fa definitivamente chiarezza la nuova direttiva precisando che la nozione di «operatori economici» ricomprende anche le *università pubbliche o private*<sup>43</sup>.

## 2. *La procedimentalizzazione della scelta del contraente negli appalti pubblici.*

Il mercato dei pubblici appalti non è aperto a tutti gli offerenti, potendovi accedere soltanto quelli che danno garanzia di potere adempiere, per solidità economica e capacità tecnica, alla prestazione richiesta e che siano moralmente affidabili<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> D.p.r. 11 luglio 1980 n. 382, art. 66, co., 1° autorizza espressamente le università pubbliche a fornire prestazioni di ricerca e consulenza a enti pubblici o privati, purché tale attività non comprometta la loro funzione didattica.

<sup>41</sup> C.G.U.E., sez. V, 18 dicembre 2014, n. 568; C.G.U.E., grande sezione, 19 dicembre 2012, C-159/11, p. 27; C.G.U.E., 23 dicembre 2009, C-305/08.

<sup>42</sup> C.G.C.E., sez. VI, 7 dicembre 2000, C-94/99 p. 29; C.G.U.E., sez. IV, 23 dicembre 2009, C-305/08, punto 33; Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2015, n. 84

<sup>43</sup> Dir. 2014/24/UE, cit., 14° cons.; art. 2. C.G.C.E., sez. VI, 23 aprile 1991, C-41/90, p. da 21 a 23.

<sup>44</sup> Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6951; Cons. St., sez. III, 4 novembre 2011, n. 5866; come rilevato anche dalla Cass. Sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312 l'esclusione da un appalto pubblico per «deficit di fiducia» è il risultato di una valutazione discrezionale della stazione appaltante a cui spetta d'individuare il «punto di rottura» del necessario affidamento nel possibile contraente. Per questo il sindacato del giudice amministrativo deve arrestarsi alla «verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto», altrimenti sconfinerebbe «nell'area *ex lege* riservata» alle scelte dell'amministrazione; F. D'ANGELO, *La giurisdizione amministrativa in materia di appalti tra questioni di opportunità e questioni di fatto (a proposito del giudizio sulla "affidabilità" delle imprese partecipanti alle gare d'appalto pubbliche)*, in *Dir. proc. Amm.*, 2014, 1028; R. CARANTA, *Forma giuridica dei partecipanti alla gara e*

Già la normativa sulla contabilità di Stato precludeva di fare offerta alle ditte colpevoli di negligenza e malafede<sup>45</sup> ed autorizzava l'amministrazione a richiedere un attestato di aver dato prova di perizia e sufficiente pratica nell'eseguimento di lavori consimili, salvo richiedere ulteriori certificati di ordine generale e ferma restando la piena insindacabile facoltà di esclusione da parte dell'amministrazione medesima<sup>46</sup> e si inquadravano i pubblici incanti e le licitazioni private nell'ambito dei procedimenti amministrativi<sup>47</sup>, non mancando di mettere, però, in risalto la specialità della materia, indotta, secondo l'opinione più diffusa, dall'interesse dell'amministrazione a porre in essere procedimenti connotati da un estremo rigore formale<sup>48</sup> e improntati al principio di imparzialità, tale da imporre l'applicazione della tecnica della

---

*RTI*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, a cura di R. Garofoli, M.A. Sandulli, Milano, 2005, 557; S. LUCE, *I requisiti degli operatori economici*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. De Nictolis, Milano, 2007, 464; S. CACACE, *L'idoneità degli operatori economici alla esecuzione di lavori pubblici: un filo conduttore che lega istituti vecchi e nuovi del "Codice" unificato degli appalti*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), maggio 2006.

<sup>45</sup> R. d. 18 novembre 1923, n. 2440, *Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato*, art. 3 e Regio decreto 23 maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*, art. 67 e 68; Capitolato generale opere pubbliche, 28 maggio 1895, artt. 2 e 4.

<sup>46</sup> Ora direttiva 2014/24/UE, considerando 45, è in particolare opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici indichino preventivamente i requisiti minimi che caratterizzano la natura dell'appalto e che non dovrebbero essere modificati nel corso delle negoziazioni.

<sup>47</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo al principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997, 148; secondo il quale non è detto che all'uso del contratto corrisponda sempre una effettiva negoziazione del suo contenuto, la presenza dell'atto amministrativo propedeutico al contratto riduce la negoziabilità dell'accordo in cui una parte sia un soggetto pubblico e lo avvicina allo schema dei contratti per adesione, riprendendo le tesi di L. FORTI, *Sulla formazione dei contratti dello Stato (note critiche)*, in *Rivista italiana per le scienze sociali*, 1938, 3 ss.; F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia*, a cura di R. Ferrara e S. Sicardi, Padova, 1998, 48 ss; ID., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1962; A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, 1988.

<sup>48</sup> M. C. ROMANO, *Elemento causale e natura esecutiva degli accordi*, in [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it), 2012, 2.

concorsualità perché – così` si riteneva – il confronto tra più offerte può portare ad una migliore scelta per l'amministrazione<sup>49</sup>.

La legittimazione negoziale della pubblica amministrazione nell'attività di diritto privato è piena<sup>50</sup>. L'economia del presente lavoro non consente di ricostruire l'*iter* che ha portato all'affermazione<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> S. ROMANO, *Principi di Diritto amministrativo*, Milano, 1901, 533, rilevava come le formalità nel procedimento consistente nelle gare per pubblico incanto o per licitazione privata sono «stabilite nell'interesse dell'amministrazione e il cui difetto quindi non può essere opposto dal privato».

<sup>50</sup> A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 465 ss; SALV. ROMANO, *Autonomia privata (Appunti)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 817 ss nonché ID., *La distinzione tra diritto pubblico e privato e suoi riflessi nella configurazione dell'ufficio notarile*, Milano, 1963, 17 ss; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, 1982, Milano, 11 ss; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2012, 2 ss; ID., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli convenzionali*, in *Dir. amm.*, 2003, 218 ss; F. G. COCA, *Autorità e consenso*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Milano, 2002, 27 : «si è andata sempre più consolidando in dottrina l'idea della incompatibilità tra autonomia privata e statuto speciale dell'azione amministrativa».

<sup>51</sup> *Ex multis*: S. ROMANO, *Autonomia privata (appunti)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 801 ss.; G. COLETTI, *Sulla formazione e manifestazione della volontà contrattuale dei comuni* (nota a Corte d'Appello di Genova, 3 luglio 1958), in *Foro it.*, 1959, I, 660 ss.; ID., *Appunti in materia di efficacia dei contratti di diritto privato stipulati dalla pubblica amministrazione*, *ivi*, 1961, I, 451 ss.; M. NIGRO, *L'amministrazione pubblica fra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, *ivi*, 1961, I, 457 ss.; V. ITALIA, *Osservazioni sull'art. 11 del codice civile*, in *Cons. Stato*, 1963, II, 199; P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, 1345 ss.; A. TESAURO, *Il contratto del diritto pubblico e del diritto amministrativo in particole*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, II, Milano, 1965, 555; F. GALGANO, *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 279 ss.; G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della P.A.*, in *Annali Fac. Giurisprudenza*, Genova, 1966, 168 ss.; F.P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1469 ss.; A. CLARIZIA, *Pubblico e privato nell'ordinamento regionale*, Napoli, 1979; A. SCOGNAMIGLIO, *Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 290 ss.; G. MIELE, *Attualità e aspetti della distinzione fra persone giuridiche pubbliche e private*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1987, 819 ss.; G. ALPA, *La distinzione/contrapposizione di diritto privato e diritto pubblico nella giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, 1 ss.; L. BENVENUTI, *Metodo giuridico, autorità e*



Agli enti pubblici è riconosciuta la titolarità della capacità di diritto privato<sup>52</sup> poiché soggetti di diritto, titolari di capacità

---

consenso, in *Dir. amm.*, 1998, 661 ss.; P. GOTTI, *Il principio di contrattualità nell'azione amministrativa fra interpretazione problematica del diritto vigente e profili di rilevanza costituzionale: a proposito di un accordo «sostitutivo» in materia di edilizia economica e popolare*, in *Foro amm.*, 1998, 661 ss.; G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 661 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 35 ss.; ID., *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 661; ID., *L'art. 1 comma 1-bis della L. n. 241 del 1990*, in *Foro amm.*, *Cons. Stato*, 2005, 947 ss.; V. DOMENICHELLI, *Diritto amministrativo e diritto privato: verso un diritto amministrativo «meno speciale» o un «diritto privato speciale»?*, in *Dir. amm.*, 1999, 193 ss.; M.P. CHITI, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 301 ss.; S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 389 ss.; ID., *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 901 ss.; G. CORSO, *Pubblica amministrazione e diritto privato*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2001, 25 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 405 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; ID., *L'esercizio privato di attività amministrative*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 89 ss.; P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato dell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2003; F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, 649; M.R. SPASIANO, *La funzione amministrativa: dal tentativo di frammentazione allo statuto unico dell'amministrazione*, *ivi*, 2004, 297 ss.; G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, *ivi*, 2005, 223 ss.; L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2006, 353 ss.; B.G. MATTARELLA, *Attività amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, I, diretto da S. Cassese, Milano, 2006; F. CARINGELLA, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Esecuzione e contenzioso*, Milano, 2007, 723 ss.; P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, 2007, vol. II, 365 ss.; S. GIACCHETTI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione (sospeso tra realtà, mistificazione e fantasia)*, testo della relazione presentata al Convegno svoltosi in Roma, Palazzo Spada, il 5 ottobre 2007, sul tema *Diritto amministrativo ed economia*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008.

<sup>52</sup> Il che trova conferma negli l. 7 agosto 1990, n. 241, artt. 11 c.c. e 1, co. 1-bis, dopo la novella apportata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 (art. 1), d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. dalla l. 14 maggio 2005, n. 80. In questo senso, F. CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2000, 277 ss. e 287.

giuridica generale. La pubblica amministrazione non è libera di scegliere il contraente ma è sottoposta all'evidenza pubblica<sup>53</sup>.

L'evidenza pubblica sinteticamente si compone di un procedimento amministrativo complesso rivolto alla formazione della volontà contrattuale<sup>54</sup> – attraverso momenti successivi che si snodano dal provvedimento amministrativo iniziale con il quale l'amministrazione manifesta la sua volontà negoziale – e di un procedimento successivo concernente l'attività necessaria a porre in essere e gestire il contratto<sup>55</sup>.

---

Si confronti anche A. PAJNO, *Diritto pubblico e diritto privato*, in AA.VV., *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2002, 55 ss. O. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti di imperio e di gestione*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, Milano, 1905, I, 703 ss.; ID., *Diritto pubblico e privato nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1941, I, 26 ss.; G. ZANOBINI, *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1918, I, 169 ss.; ID., *L'attività amministrativa e la legge*, *ivi.*, 1924, I, 381 ss.; F. CARNELUTTI, *Contratto e diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, 659 ss.; G. RUSSO, *Sul consenso nei contratti dei comuni*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1933, II, 484 ss.; C. DI MAJO, *Contratti di diritto pubblico*, in *Giur. it.*, 1937, IV, 1 ss.; M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941; SANTI ROMANO, *Potere e potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947; A.M. SANDULLI, *Spunti sul regime dei contratti di diritto privato della pubblica Amministrazione* (nota a Cass. civ., sez. II, 18 luglio 1953, n. 2390), in *Foro it.*, 1953, I, 1585 ss..

<sup>53</sup> G. MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, 10. L'Autore constatava come tale conclusione fosse una inevitabile conseguenza della soggezione del diritto «alle vicende del tempo e dello spazio». Coticché, fra i due rami del diritto, «ora è il primo che accresce la sua influenza sull'altro, ora è quest'ultimo che accresce la sua influenza a spese dell'altro» (*ivi*).

<sup>54</sup> R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, ed. 1960, 235 ss..

<sup>55</sup> Sulla nozione di evidenza pubblica M. S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, 42, spec. 46 ss., il quale, fornendo l'indicazione di una classificazione dei contratti dell'amministrazione, li suddivide in quattro categorie, tra le quali individua i «contratti ad evidenza, detti anche contratti amministrativi: sono accompagnati da provvedimenti amministrativi che hanno lo scopo di mettere in evidenza i motivi di pubblico interesse che stanno a loro fondamento»; ID., *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 677 ss. D. BORTOLOTTI, voce *Contratti delle amministrazioni pubbliche*, in *Digesto disc. pubbl.*, IV ed., Torino, 1989, 38; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, Milano, 1986, 97.

Si è ritenuto di poter qualificare gli atti di evidenza pubblica formativi della volontà contrattuale e negoziale dell'amministrazione come atti amministrativi negoziali<sup>56</sup>.

Le formalità dell'evidenza pubblica, previste per ogni contratto stipulato dall'amministrazione, sono garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa nell'interesse del cittadino e della collettività, agevolando la funzione di controllo, e quindi i principi d'imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione dando attuazione all'art. 97 Cost.<sup>57</sup>.

Più precisamente va notato che gli atti appartenenti all'evidenza pubblica precedono e sono separati dagli atti negoziali, d'esercizio della capacità di diritto privato dell'ente pubblico<sup>58</sup>. Mentre per un soggetto privato il percorso decisionale che porta a concludere un determinato negozio giuridico appartiene ad una sfera esclusivamente interna, per il soggetto pubblico tale contenuto deve essere esternato, assumendo nella tradizione le vesti di un vero e proprio procedimento, sugli atti del

---

<sup>56</sup> G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 95; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale*, cit., 130 ss., in particolare ritiene che «sembra difficile pensare ad un atto amministrativo sia pure ad effetti negoziali, preceduto da procedimento amministrativo, che ciononostante si qualifichi come espressione di autonomia privata. (...) Ora, se si ammette che l'attività amministrativa e attività necessariamente funzionale, la decisione che si genera da quell'attività e che si esterna in una determinata manifestazione non può che essere un atto amministrativo», 133. In chiave critica anche S. COCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, 95 ss., secondo cui non emergerebbero elementi sufficienti ad imporre la qualificazione degli atti appartenenti all'evidenza pubblica come atti amministrativi negoziali, che si distinguono dai provvedimenti nel senso tradizionalmente inteso. Si aggiunge poi che la qualificazione degli atti dell'evidenza pubblica come atti negoziali potrebbe comportare che su di essi debba ritenersi competente il giudice ordinario, quale giudice naturale dell'attività contrattuale.

<sup>57</sup> Cass. civ., sez. I, 24 gennaio 2007, n. 1606; Cass. civ., sez. I, 26 gennaio 2007, n. 1752; Cass. civ., sez. III, 23 marzo 2011, n. 6681.

<sup>58</sup> R. URSI, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, 2012, anche per la bibliografia ivi riportata; A. M. SANDULLI, *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 2.

quale vige il diritto pubblico e, con esso, la giurisdizione del giudice amministrativo<sup>59</sup>.

Interrogandosi sul rapporto tra evidenza pubblica e contratto, si è messo in rilievo che l'evidenza pubblica sarebbe accessoria rispetto alla fase contrattuale e non viceversa<sup>60</sup>. La procedimentalizzazione<sup>61</sup> infatti è finalizzata ad ottenere le prestazioni alle migliori condizioni economiche possibili, nei tempi e con gli standard qualitativi previsti<sup>62</sup>.

Le regole sono volte a prevenire il rischio sia di una gestione non trasparente e corretta delle procedure condotte dalle stazioni appaltanti, sia dei tentativi delle imprese di condizionare l'andamento e l'esito delle procedure. Si è detto che questo approccio risente di una sfiducia nella integrità morale delle stazioni appaltanti e delle imprese<sup>63</sup>. La disciplina amministrativa dei contratti pubblici è da sempre accompagnata dalla disciplina penale volta a sanzionare i comportamenti degli amministratori e delle imprese<sup>64</sup>. L'evidenza pubblica può anche essere vista come uno strumento che protegge le imprese<sup>65</sup>.

---

<sup>59</sup> Cass. civ., sez. un., 23 luglio 2013, n.17858; S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale: ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012, 131.

<sup>60</sup> Cons. St., sez. V, 31 agosto 2015, n. 4036; S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto*, cit., 48-49.

<sup>61</sup> A. ZITO, *Il principio del giusto procedimento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, 2012, 509 ss.

<sup>62</sup> B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 482 ss.

<sup>63</sup> M. CLARICH, *Introduzione*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, Torino, XXIX; M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti*, in *Dir. amm.*, 2008, 297; L. ZANETTINI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in *Lo stato compratore*, a cura di F. FIORENTINO, Bologna, 2007, 119.

<sup>64</sup> Circa l'evoluzione delle teorie sulla discrezionalità si veda F. SATTA, *Il principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 372 ss; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 345 ss.

<sup>65</sup> F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2010, 30.

Il mercato del *public procurement*, va lasciato aperto unicamente alle imprese in grado di competere e gli indici di capacità economica e finanziaria servono a valutare preliminarmente l'idoneità-affidabilità dei concorrenti ad eseguire il contratto e condurlo a buon fine ed in tal senso si configurano come criteri di (pre)selezione dei concorrenti<sup>66</sup>. Nonostante il principio di concorrenza<sup>67</sup> sia da sempre alla base delle procedure di scelta del contraente non parrebbe possibile per l'amministrazione aprire la competizione a chiunque, ma sarebbe sempre tenuta a preselezionare i concorrenti.

La domanda pubblica di beni e servizi, convogliata in procedure di gara ben strutturate e gestite, anche da centrali di acquisto volte a superare il carattere frammentato delle stazioni appaltanti, può contribuire a promuovere processi di riorganizzazione dal lato dell'offerta e ad aggregare la domanda di beni e servizi di un sistema imprenditoriale, come quello italiano, caratterizzato in molti comparti da un numero eccessivo di imprese di dimensioni modeste e poco efficienti<sup>68</sup>.

### 3 *I criteri di capacità economica finanziaria degli offerenti.*

La disciplina sugli appalti pubblici interviene nel mercato delle imprese riducendolo a quelle in possesso di adeguati requisiti

---

<sup>66</sup> Per tutti Cons. St., sez. V, 27 aprile 2015, n. 2098; Cons. St., sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4869; Cons. St., sez. V, 01 agosto 2015, n. 3769 Cons. St., sez. IV, 29 ottobre 2002 n. 5941.

<sup>67</sup> M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, 511; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15.

<sup>68</sup> R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 353. Questo approccio è stato recepito anche dalla Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 401, allorché ha esaminato e respinto una serie di censure proposte dalle regioni che lamentavano una lesione della propria competenza legislativa da parte del Codice, che contiene una normativa in realtà di dettaglio ed esaustiva della disciplina. La Corte ha infatti valorizzato l'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., che riserva alla competenza esaustiva dello Stato la tutela della concorrenza, e le libertà comunitarie di circolazione e di stabilimento, ritenendo superata la concezione "contabilistica" della disciplina dei contratti con la pa. Il mercato degli appalti pubblici è e deve restare unitario e pertanto non sono tollerabili regole troppo differenziate regione per regione.

al fine di garantire alla stazione appaltante di fondare su basi solide il rapporto fiduciario – prima ancora che contrattuale – con l’aggiudicatario<sup>69</sup>.

La necessità di reperire un contraente qualificato trova la propria *ratio* nella finalità di impedire che l’esecuzione dell’appalto sia affidata ad un soggetto che non sia in grado di garantire, in quanto privo dei requisiti necessari, la corretta esecuzione delle prestazioni da eseguire<sup>70</sup>. Garanzia solo potenziale legata alla moralità dell’offerente (d.lgs. 163 del 2006, cit., art. 38<sup>71</sup>), alla solidità economica e finanziaria (d.lgs. 163 del

---

<sup>69</sup> S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, London, 2005, 713. Uno degli aspetti che normalmente si ritiene cruciale per il conseguimento di tale obiettivo è l’individuazione dei partecipanti privilegiando il ricorso a meccanismi di selezione che garantiscano la promozione della concorrenza fra imprese e la trasparenza delle procedure, Cfr: C. GUCCIO, G. PIGNATARO, I. RIZZO, *Selezione dei fornitori e incentivi alla rinegoziazione in contratti incompleti: rilevanza empirica nel settore dei lavori pubblici*, in *Riv. It. Degli economisti*, 2009, 313; MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in *La trasparenza amministrativa*, a cura di Merloni, Milano, 2008, 1 ss.; G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in *La trasparenza amministrativa*, a cura di Merloni, Milano, 2008, 29 ss.; ID., *Trasparenza amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, VI, Milano, 2006, 5945 ss.; M. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell’azione amministrativa*, in *I principi generali dell’azione amministrativa*, atti del convegno di Napoli, 3 febbraio 2006, a cura di Chiti, Palma, Napoli, 2006, 131; G. ABBAMONTE, *La funzione amministrativa tra riservatezza e trasparenza. Introduzione al tema*, in AA.VV., *Atti del XXXV convegno di studi di Scienza dell’Amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 21-23 settembre 1989*, Milano, 1989, 7 ss.; S. AGRIFOGLIO, *La trasparenza dell’azione amministrativa ed il principio del contraddittorio: tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 46 ss.; R. VILLATA, *La trasparenza dell’azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 528

<sup>70</sup> G. PERICU, *L’attività consensuale della Pubblica Amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 1993, 1324.

<sup>71</sup> S. S. SCOCA, *Contratti della p.a. - contratti pubblici: l’effettività della tutela tra formalismo e sostanzialismo*, nota a Cons. St., sez. III, 07 gennaio 2015, n. 25, in *Giur. It.*, 2015, 698; P. PATRITO, *La regolarizzazione documentale: dal diritto europeo ai diritti nazionali (Belgio, Francia e Italia)*, nota a C.G.U.E., sez. X, 06 novembre 2014, n. 42; L. DE PAULI, *La svolta sostanzialistica della plenaria sulle dichiarazioni sostitutive*, nota a Cons. St., Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16, in *Urb. e app.*, 2014, 1298; E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio: un istituto in cerca di identità*, nota a Cons. St., sez. III, 15 gennaio 2014, n. 123, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2014, 503.

2006, cit., art. 41) e alla sua dotazione tecnica e professionale (d.lgs. 163 del 2006, cit., art. 42)<sup>72</sup>. Le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti sorteggiati non inferiore al 10% delle offerte presentate, di comprovare, entro dieci giorni il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Se la prova non è fornita le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara<sup>73</sup>. La richiesta di comprovare i requisiti è altresì, inoltrata, entro dieci giorni<sup>74</sup> dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, e nel caso in cui essi non forniscano la prova la stazione appaltante procederà alla conseguente nuova aggiudicazione<sup>75</sup>. Carenza dei requisiti che può rilevare sia nella fase iniziale sia in quella conclusiva della procedura<sup>76</sup>. La fase conclusiva è strumentale al perfezionamento

---

<sup>72</sup> R. TRAVAGLINI, *I requisiti generali e speciali dei concorrenti alle gare pubbliche e loro verifica*, in *I contratti dello stato e degli enti pubblici*, 2007, n. 2, 207.

<sup>73</sup> E all'escussione della cauzione provvisoria che si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica, così Cons. St., Ad. Plen., 10 dicembre 2014, n. 34.

<sup>74</sup> Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 10 afferma il carattere perentorio del termine per la verifica del possesso dei requisiti dell'aggiudicatario e del secondo classificato non sorteggiati poiché tale accertamento condiziona l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva e la possibilità di stipulare il contratto e necessario imporre tempi certi al relativo adempimento; R. DE NICTOLIS, *La riforma del codice appalti - la plenaria n. 10/2014: ancora sul rapporto tra ricorso principale e incidentale in materia di appalti, e sulla perentorietà o meno del termine per la dimostrazione del possesso dei requisiti dell'aggiudicatario*, in *Urb. e app.*, 2014, 617.

<sup>75</sup> D.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 46.

<sup>76</sup> La fase fine inizia con l'aggiudicazione provvisoria, seguita dalla verifica e approvazione di tale aggiudicazione, dall'emanazione, su questa base, del provvedimento di aggiudicazione definitiva e dalla verifica dei prescritti requisiti perché l'aggiudicazione sia efficace; dalla conseguente stipulazione del contratto, eventualmente sottoposto ad approvazione e controlli. Salva l'oggettiva impossibilità alla produzione della documentazione, la cui prova grava comunque sull'impresa, così: Cons. St., sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810; Cons. St., sez. V, 7 luglio 2011, n. 4053; Cons. St., sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6528.

dello scopo dell'intero procedimento, consistente nella stipulazione del contratto per l'esecuzione della prestazione<sup>77</sup>.

Non è presente una precisa definizione della capacità "economica" e "finanziaria"<sup>78</sup>, ma sono indicati i mezzi, da non ritenersi esaustivi, per fornire la prova di possederla. La dimostrazione può essere fornita mediante: la dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati; i bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa; la dichiarazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi. Viene riservata alla stazione appaltante la discrezionalità in merito alla scelta dei criteri, potendo utilizzare quelli indicati (in tutto o in parte) ovvero indicarne altri che, a proprio giudizio, risultino nei singoli casi utili ed efficaci al fine dell'indagine sulla solidità economico-finanziaria dei partecipanti alla procedura di gara<sup>79</sup>.

Costituiscono un ostacolo ingiustificato, alla partecipazione agli appalti pubblici, requisiti eccessivamente severi sulla capacità economica e finanziaria. Al riguardo assume particolare rilievo

---

<sup>77</sup> La preoccupazione di garantire la certezza dei tempi e la conclusione della procedura di gara è giustificabile, ancorché in prospettiva l'avvio della Banca dati dei contratti pubblici sia destinato a semplificare i procedimenti di accertamento gravanti sulla stazione appaltante, visto che la documentazione a comprova dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari dovrà essere acquisita esclusivamente attraverso tale strumento, secondo le modalità previste dall'ANAC; S. FOÀ, *Termine perentorio di comprova dei requisiti anche per i concorrenti non sorteggiati*, in *Urb. e app.*, 2014, 830.

<sup>78</sup> M. MARTINELLI, *La capacità economica e finanziaria*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di R. Garofoli e M.A. Sandulli, 2005, 614, secondo cui la doppia qualificazione aggettivale – economica e finanziaria – rappresenta un'endiadi utilizzata per esprimere il concetto di attitudine o meglio di affidabilità strutturale complessiva di un concorrente a far fronte alle obbligazioni derivanti dal contratto da aggiudicare.

<sup>79</sup> Dir. 2014/24/UE, cons. 83 e art. 58. E. FOLLIERI, *I principi generali delle Direttive comunitarie 2014/24/UE e 2014/25/UE*, in *GiustAmm.it*, 2015, 5; G. D. COMPORI, *La sfida delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *federalismi.it*, 2015; M. CAFAGNO, *Analisi economica e procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici, alla luce delle nuove direttive europee*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2014, 32.



l'oggetto della prestazione da affidare, atteso che, mentre per servizi e forniture le amministrazioni possono stabilire, nei limiti della proporzionalità ed adeguatezza, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi ritenuti necessari per l'esecuzione dell'appalto<sup>80</sup>, nell'ambito dei lavori pubblici la stazione appaltante è vincolata al rispetto del sistema di qualificazione (SOA).

Il possesso dei requisiti speciali attiene a fatti propri del concorrente, suscettibili di prova. Non si può infatti esigere che sia la stazione appaltante ad andare alla ricerca della prova del possesso dei requisiti in relazione a dati che non sono nella sua disponibilità<sup>81</sup>.

Le amministrazioni devono precisare nel bando di gara i requisiti, tra quelli sopra elencati, che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere<sup>82</sup>.

Si tratta di tre categorie di documenti del tutto diversi tra di loro per contenuto e funzioni. La prima categoria (idonee referenze bancarie) è finalizzata ad attestare la affidabilità dell'impresa in relazione al credito. La seconda (bilanci o estratti dei bilanci) è finalizzata a dimostrare la situazione (interna) contabile e finanziaria dell'impresa e dunque le sue effettiva capacità imprenditoriale. La terza (dichiarazione sul fatturato globale e su quello relativo ai servizi e forniture oggetto della gara) è piuttosto rivolta a dimostrare delle concrete capacità operative dell'impresa

---

<sup>80</sup> G. CAPUTI, *Il soccorso istruttorio al vaglio della plenaria. "Una buona idea" ed una "chiara traiettoria"?*, nota a ord. Cons. St., sez. VI 17 maggio 2013, n. 2681, in *GiustAmm.it*, 2013, 12; F. BRUNETTI, *Brevi note in tema di appalti di fornitura nei settori speciali e fissazione dei requisiti di partecipazione in un'ottica di massima concorrenzialità*, in *Rivista amm. degli app.*, 2008, 117.

<sup>81</sup> Cons. St., sez. VI, 22 novembre 2012, n. 5921.

<sup>82</sup> Regolamento, relativo ai "requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento" di appalti pubblici relativi a forniture e altri servizi nei settori ordinari (parte IV del Regolamento), art. 275; D. DE PRETIS, *I requisiti di partecipazione alle gare e i limiti alla discrezionalità dell'amministrazione*, in *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, a cura di F. Mastragostino, Padova, 1998, 129.

concorrente<sup>83</sup>. Tali autonome categorie di documenti, malgrado la delineata diversità per contenuto e funzioni, sono state dalla legge ritenute tutte ugualmente idonee, anche isolatamente, a fornire la prova della capacità economica e finanziaria di un'impresa concorrente. Tant'è che, come accennato, è stato rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione appaltante di scegliere tra uno o più dei predetti documenti<sup>84</sup>.

Sulle c. d. referenze bancarie è necessario che esse siano fornite già in sede di offerta<sup>85</sup>, senza consentire alcuna forma di autodichiarazione e la stazione appaltante può prevedere la necessità del requisito a pena di esclusione<sup>86</sup>. Così nel caso in cui il bando di gara preveda espressamente che, ai fini della dimostrazione del requisito della capacità economica e finanziaria dei concorrenti, sia necessario presentare "idonee referenze bancarie", non è possibile supplire a tale richiesta mediante la produzione da parte dei concorrenti dei bilanci e del fatturato globale degli anni di riferimento<sup>87</sup>.

L'espressione "idonee referenze bancarie", ove riportata nei bandi di gara pubblica senza ulteriori precisazioni, sta ad indicare che le banche devono riferire sulla qualità dei rapporti in atto con l'offerente, quali la correttezza e la puntualità di questi nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, l'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso<sup>88</sup> (e non anche sulla effettiva consistenza economica e finanziaria dei concorrenti, trattandosi di

---

<sup>83</sup> Dir. 2014/24/UE, cit., art. 58.

<sup>84</sup> Cons. St., sez. V, 23 febbraio 2010, n. 1040.

<sup>85</sup> D.lgs n. 163 del 2006, cit., art. 41, co.

<sup>86</sup> Cons. St., sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4869.

<sup>87</sup> Cons. St., sez. V, 27 maggio 2014, n. 2728; Cons. St., sez. V, 22 maggio 2012, n. 2959.

<sup>88</sup> Cons. St., sez. V, 09 marzo 2015, n. 1168; Cons. St., sez. V, 17 luglio 2014, n. 3821; Cons. St., sez. V, 23 giugno 2008, n. 3108.

elementi che, di fatto, potrebbero non essere da loro conosciuti)<sup>89</sup>. La referenza bancaria non è una fideiussione bensì una generica attestazione del credito di cui gode il soggetto interessato e quindi può giuridicamente responsabilizzare il dichiarante solo in via extracontrattuale. Nelle gare di appalto, non esiste alcuna formula specifica da utilizzare nel rilascio delle referenze stesse e la loro idoneità a garantire l'amministrazione è apprezzata discrezionalmente da quest'ultima<sup>90</sup>. Normalmente e salvo che il singolo bando di gara non stabilisca diversamente, dette referenze non sono puntualmente riferite alla natura e all'entità del contratto oggetto della procedura di gara, ma attestano l'esistenza di canali certi e controllabili di finanziamento di cui può disporre il contraente<sup>91</sup>. Le referenze non fissano una soglia cronologica di attendibilità e possono essere accettate anche se rilasciate mesi prima rispetto al bando<sup>92</sup>. La scelta del numero delle referenze bancarie che ciascun concorrente dovrà prestare è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione ed è sindacabile solo nell'ipotesi che la stessa sia palesemente eccessiva avuto riguardo alla natura della gara<sup>93</sup>.

Quindi l'operatore economico che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice è autorizzato a provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento purché questi sia considerato idoneo dall'amministrazione stessa<sup>94</sup>.

---

<sup>89</sup> Cfr. Cons. St., sez. V, 23 giugno 2008, n. 3108; TAR Lazio Roma Sez. I ter, 4 novembre 2009, n. 10828.

<sup>90</sup> Cons. giust. Amm. Reg. Sicilia, sez. giurisd., 2 marzo 2009, n. 95, in *Giur. Amm.*, 2009, I, 473.

<sup>91</sup> Cons. St., sez. V, 15 dicembre 2005, n. 7134, in tema di appalto di servizi.

<sup>92</sup> G. FERRARI, *Referenze bancarie rilasciate in data anteriore alla pubblicazione del bando di gara*, nota a TAR Lazio, Roma, sez. I ter, 04 novembre 2009, n. 10828, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 184

<sup>93</sup> Cons. St., sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2200; Cons. St., sez. V, 09 marzo 2015, n. 1194.

<sup>94</sup> Dir. 24/2012/UE, cit., art. 60, all. XII, parte 1.

Tale giudizio può essere anche implicito<sup>95</sup>, cioè è possibile desumerlo dal fatto che l'amministrazione, in seguito al controllo dei requisiti, non abbia escluso l'offerente ritenendo idoneo il documento presentato.

Tale interpretazione si pone in linea con l'interesse pubblico alla massima concorrenzialità e con quello privato all'affidamento<sup>96</sup>.

In riferimento al bilancio occorre constatare che la capacità economica e finanziaria può emergere dalla conoscenza di valori connessi a uno o più elementi specifici di questo. La scelta di tali elementi è lasciata alle amministrazioni aggiudicatrici<sup>97</sup>. Le voci di bilancio devono essere oggettivamente idonee a fornire informazioni sulla capacità dell'operatore economico e l'importo che deve avere la voce deve essere adeguato all'importanza dell'appalto, nel senso che esso costituisca oggettivamente un indice positivo dell'esistenza di una situazione patrimoniale e finanziaria sufficiente a portare a buon termine tale appalto, senza tuttavia andare oltre quanto è ragionevolmente necessario<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> Cons. St., 14 aprile 2006, n. 2078; A. BARTOLINI, *I requisiti di capacità economica e finanziaria tra restrizioni della lex specialis e favor participationis*, nota a Tar Lazio Roma, sez. III, 27 marzo 2007, n. 2661, in *Urb. e appalti*, 2007, 8, 1031.

<sup>96</sup> Cons. St., sez. V, 13 dicembre 2012, n. 6390.

<sup>97</sup> Dir. 2014/24/UE, cit., all. XII, Mezzi di prova dei criteri di selezione. Capacità economica e finanziaria Di regola, la capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere provata mediante una o più delle seguenti referenze: a) idonee dichiarazioni bancarie o, se del caso, comprovata copertura assicurativa contro i rischi professionali; b) presentazione dei bilanci o di estratti di bilancio, qualora la pubblicazione del bilancio sia obbligatoria in base alla legislazione del paese di stabilimento dell'operatore economico; c) una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto, al massimo per gli ultimi tre esercizi disponibili in base alla data di costituzione o all'avvio delle attività dell'operatore economico, nella misura in cui le informazioni su tali fatturati siano disponibili.

<sup>98</sup> Cons. St., sez. IV, 22 novembre 2013, n. 5542, il bilancio della società capogruppo non può essere utilizzato per comprovare la capacità finanziaria per la partecipazione unitaria ad una gara pubblica, perché questo si riferisce ad un soggetto distinto, avente la propria personalità giuridica. Anche il bilancio consolidato rappresenta la situazione patrimoniale e il risultato economico di un gruppo di imprese tra loro collegate e unite dal vincolo di controllo, ma tra loro autonome; pertanto, il bilancio

Inoltre, per quanto concerne i bilanci o gli estratti dei bilanci, la norma dispone espressamente che non possono essere richiesti a prestatori di servizi o di forniture stabiliti in Stati membri che non prevedono la pubblicazione del bilancio. Il requisito che indica la soglia minima di una voce di bilancio è legittimo anche se riguarda un elemento del bilancio sul quale possono sussistere differenze tra le legislazioni dei vari Stati membri<sup>99</sup>, in questo caso sarà onere della commissione aggiudicatrice valutare le documentazioni sostitutive presentate dagli offerenti privi di quel requisito.

Anche con riferimento al fatturato, o all'importo relativo a servizi o forniture realizzati negli ultimi tre esercizi, la stazione appaltante deve considerare le caratteristiche peculiari e l'importo complessivo dell'appalto<sup>100</sup>. Il fatturato si ottiene sommando gli importi delle fatture emesse.

La stazione appaltante può richiedere sia il fatturato globale, sia il fatturato del settore oggetto dell'appalto (c.d. fatturato specifico)<sup>101</sup>,

In relazione al mercato di riferimento in cui gravita l'appalto, il possesso del fatturato specifico non sempre risulta oggettivamente esigibile, come nel caso di servizi o forniture

---

consolidato tutela gli azionisti e i soci della capogruppo e delle controllate, i dipendenti, i creditori delle varie società e gli investitori istituzionali, ma non può essere utilizzato per comprovare la capacità finanziaria ai fini della partecipazione ad una gara pubblica; Cons. St., sez. V, 28 giugno 2006, n. 4201; Cons. St., sez. V, 15 marzo 2006, n. 1387; Cons. St., sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5318; Cons. St., sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6972; Cons. St., sez. IV, 29 ottobre 2002, n. 5942.

<sup>99</sup> C.G.U.E., sez. VII, 18 ottobre 2012, n. C-218/11.

<sup>100</sup> D.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135 modifica l'art. 41 co. 2 del Codice dei contratti nel senso di fissare l'obbligo di motivazione nel caso in cui nella *lex specialis* di gara si prevedano limiti di accesso al fatturato globale. Il nuovo co. 2 conclude, infatti, con la seguente prescrizione "Sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale"

<sup>101</sup> Cons. St., sez. V, 23 febbraio 2010, n. 1040; P. PATRITO, *Precisazioni sul "fatturato specifico" dei prestatori di servizi*, in *Urb. e app.*, 2009, 493, nota a TAR Piemonte Torino, sez. I, 10 ottobre 2008, n. 2568.

innovativi<sup>102</sup>. Soprattutto si pensi al caso del mercato da poco liberalizzato: in tale ambito, la richiesta del possesso del fatturato specifico finirebbe per perpetuare le posizioni di vantaggio maturate in costanza del precedente regime e per ostacolare l'ingresso di nuovi operatori economici<sup>103</sup>.

Possono concorrere a definire il fatturato specifico oltre alle forniture del settore oggetto della gara anche le prestazioni di servizi connessi<sup>104</sup>.

In merito alla determinazione del requisito del fatturato è stata ritenuta illegittima la clausola del bando con cui si richiedeva ai concorrenti un fatturato superiore al doppio del corrispettivo presunto d'appalto<sup>105</sup>, come, altresì, la previsione dell'esercizio

---

<sup>102</sup> TAR Lazio, Roma, 9 dicembre 2008, n. 11147 ha ritenuto "illegittima la clausola del bando di gara relativo a forniture di prodotti innovativi (nel caso di specie si trattava della fornitura di autobus elettrici a batteria innovativa ad alta capacità) che richieda, per la partecipazione alla gara stessa, il possesso da parte delle imprese di un fatturato non proporzionato e che non tiene in debita considerazione la reale struttura del mercato di che trattasi [...], il quale costituisce un settore nuovo che solo di recente si sta aprendo alla concorrenza in ragione dell'ingresso di nuove imprese "; TAR Lombardia, Brescia, 30 ottobre 2002, n. 1698, secondo cui "deve ritenersi illegittima l'imposizione, ai fini della partecipazione ad una gara pubblica per l'affidamento di un servizio di recente istituzione ed ancora in via di sviluppo (nel caso di specie si trattava della somministrazione a domicilio di prodotti per la nutrizione artificiale entrale), del requisito dell'avere già svolto servizi identici nel triennio precedente, trattandosi di un requisito irragionevolmente restrittivo della libertà concorrenziale ". V., però, TAR Piemonte, 23 gennaio 2009, n. 209 secondo cui "la circostanza che il bando di gara preveda l'obbligo di indicare il fatturato del triennio antecedente relativo alle principali forniture analoghe a quelle in appalto, non implica che i beni offerti in gara debbano essere identici a quelli oggetto di fatturato e pertanto non si pone in essere un'illogica barriera per accedere alla fornitura per i concorrenti che offrono modelli più innovativi".

<sup>103</sup> TAR Molise, 26 ottobre 2005, n. 953.

<sup>104</sup> G. FERRARI, L. TARANTINO, *Fatturato specifico riferito alle forniture del settore oggetto di gara pubblica*, nota a Tar Lazio Sez. III, 13 maggio 2014, n. 4940, in *Urb. e app.*, 2014, 981.

<sup>105</sup> Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2003, n. 5684. Con riferimento ai requisiti della capacità economico e finanziaria anche l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato ha assunto iniziative di particolare rilievo. Si ricorda in proposito la segnalazione AS187, del 28 settembre 1999, ove si fa riferimento ai casi in cui il livello di fatturato risulta sproporzionato rispetto all'amministrazione della prestazione oggetto della gara o in cui il fatturato di riferimento non è solo quello relativo alla classe dei prodotti posti a gara, ma è limitato allo specifico mercato geografico entro il quale viene realizzata la

pregresso di servizi identici a quello oggetto d'appalto per un importo medio annuo pari al 150% dell'importo di gara<sup>106</sup>.

Si ritiene ragionevole la previsione di un fatturato nel triennio almeno pari a quello dell'appalto, ferma restando la legittimità di una richiesta più onerosa fondata sul principio di ragionevolezza e adeguatezza rispetto alle caratteristiche della prestazione da affidare<sup>107</sup>.

Se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante<sup>108</sup>. Spetta, dunque, alla stazione appaltante valutare la fondatezza dei "giustificati motivi" adottati dalla concorrente, ferma restando l'applicazione del principio del *favor participationis* in tutti i casi in cui l'impresa sia impossibilitata a presentare la documentazione richiesta (in particolare per il fatturato) in quanto costituita da meno di tre anni. Tale disposizione comporta, da una parte, l'onere del concorrente, impossibilitato a presentare le referenze richieste dal bando, di indicare i "giustificati motivi" dell'impedimento e l'obbligo di allegare "qualsiasi altro documento" idoneo a dimostrare la propria capacità economica e finanziaria. In capo all'amministrazione si rileva l'obbligo di valutare l'idoneità della documentazione

---

gara. L'effetto preclusivo di tali criteri rischia di incidere in maniera ingiustificata sulle opportunità delle imprese di minori dimensioni.

<sup>106</sup> TAR Lazio, sez. I *ter*, 12 luglio 2004, n. 6720.

<sup>107</sup> Cons. St., sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6972; Cons. St., sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5318; questa è la giurisprudenza che ha ritenuto legittima la clausola richiedente un fatturato medio negli ultimi tre esercizi non inferiore a quello a base di gara. Mentre ha considerato illegittima quella che indicava quale requisito minimo un fatturato medio superiore al doppio del corrispettivo presunto dell'appalto Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2003, n. 5684.

<sup>108</sup> AVCP precontenzioso, n. 110/2010.

“alternativa” presentata per dimostrare la capacità del concorrente<sup>109</sup>.

La facoltà per il concorrente di dimostrare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi documento idoneo trova applicazione anche nel caso di mancato richiamo di questa previsione nel bando di gara. Questo infatti deve intendersi automaticamente integrato dalla disposizione di legge<sup>110</sup>.

Il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono avere non supera il doppio del valore stimato dell'appalto, salvo in

---

<sup>109</sup> Una problematica specifica, inerente le imprese di recente costituzione, è stata risolta AVCP con la deliberazione 26 luglio 2001, n. 288, ove si afferma che “l’art. 22, comma 1, del d.p.r. 34/2000 laddove prevede che il periodo di attività sulla base del quale documentare il possesso dei requisiti è l’ultimo quinquennio, va inteso nel senso che le imprese di recente costituzione, ossia che esistono da meno di cinque anni alla data di pubblicazione del bando o alla data di stipula del contratto con la SOA, possono essere ammesse a partecipare agli appalti o ottenere il rilascio degli attestati SOA ancorché non possano produrre risultati di bilancio per un numero di anni pari a cinque: i dati relativi alla cifra d’affari, l’ammortamento e al costo del lavoro saranno determinati sulla base del numero dei bilanci che possono essere esibiti. Per l’amministrazione gli appalti di lavori pubblici è necessario che le imprese costituite da meno di cinque anni abbiano depositato il bilancio ovvero la dichiarazione annuale IVA di almeno un esercizio finanziario, stante la necessità del supporto formale da cui ricavare la prova del possesso dei requisiti prescritti”. U. REALFONZO, *Capacità finanziaria ed economica dei concorrenti*, in *Appalti pubblici di forniture*, a cura di U. Realfonzo, C. Galtieri E I. Del Castello, Milano, 2004, 224.

<sup>110</sup> Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1132, la norma in esame non può essere interpretata quale clausola generale di commutazione dei requisiti, tutte le volte che un soggetto non li possiede. La formula normativa intende semplicemente consentire che a chi vanta il possesso dei requisiti ai sensi della specifica previsione di gara (ad esempio un determinato fatturato nel triennio), ma non sia in grado di dimostrarli con i documenti indicati nella *lex specialis* della gara, possa essere permesso, ove sussistano giustificati motivi, di produrre una documentazione alternativa. L’unica eccezione che soffre la regola del possesso dei requisiti riguarda il caso, pure espressamente disciplinato, dell’inizio di attività inferiore al triennio. Se così non fosse si creerebbe nei fatti una incongrua e illecita barriera all’ingresso di nuove imprese nel mercato. Al di fuori di questa eccezione, coerente peraltro ai parametri del sistema e soprattutto al favore per l’esercizio delle libertà economiche presidiato non solo dalla Costituzione italiana, ma anche dal trattato della Comunità europea, la regola generale è di adeguare i profili e i requisiti in aderenza agli scopi e alle esigenze intrinseci alle diverse specie di contratti.



circostanze debitamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei lavori, servizi o forniture<sup>111</sup>.

#### 4. *La presunzione di idoneità degli elenchi pubblici.*

Per le forniture e i servizi il diritto europeo consente agli Stati membri di predeterminare gli operatori economici interessati alla trattativa con le pubbliche amministrazioni utilizzando la valutazione di idoneità derivanti dall'iscrizione in albi ed elenchi<sup>112</sup> ed assume interesse rilevare che a tal fine gli operatori vantano un diritto soggettivo ad essere iscritti in determinati albi o elenchi o categorie ivi indicate.

Trattasi di un'abilitazione che - come è stato notato da tempo nella classificazione degli atti di diritto amministrativo - non ha la forma di un esame, ma è un atto di accertamento istruttorio a cui procedono taluni uffici sulla base di dati che fornisce lo stesso domandante o che ha l'ufficio anche a mezzo di altre pubbliche amministrazioni (l. n. 241 del 1990, art. 18, co. 2, cit.).

Trattasi di un accertamento di discrezionalità tecnica, che presenta elementi valutativi, per es. di valutazione dell'efficienza tecnica, della solidità finanziaria, della dimensione organizzativa, ecc., di un'impresa<sup>113</sup>.

Come ogni procedimento volto all'ottenimento del provvedimento ampliativo segue il principio generale del *due process of law*<sup>114</sup>, assicurando la più ampia partecipazione degli

---

<sup>111</sup> Dir. 24/2014/UE, cit., art. 58.

<sup>112</sup> Cons. St., sez. V, 20 aprile 2015, n. 1999; ne è un esempio l'Albo per l'accertamento e riscossione delle entrate degli enti locali d. lgs. n. 446 del 1997, cit, art. 53 istituito presso il Ministero delle finanze è l'albo dei soggetti privati abilitati ad effettuare attività di liquidazione e di accertamento dei tributi e quelle di riscossione dei medesimi e di altre entrate delle province e dei comuni.

<sup>113</sup> M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 641 ss.

<sup>114</sup> F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in *La riforma del processo amministrativo, la fine dell'ingiustizia amministrativa?*, a cura di, E. Catelani, A Fioritto, A. Massera, Napoli, 2011, 9; G. DELLA CANANEA, *Dai vecchi ai nuovi principi generali del diritto: il due process of law*, in *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, a cura di G. Della Cananea, Napoli, 2007, 11 ss.

offerenti, il diritto al contraddittorio e il diritto di difesa (l. n. 241 del 1990, cit., art. 7 e s.)<sup>115</sup>.

Il procedimento di richiesta d'iscrizione ha avvio su impulso di parte e l'operatore che avvia il procedimento deve essere informato entro un termine ragionevolmente breve<sup>116</sup> della decisione dell'ente che istituisce l'elenco<sup>117</sup>. E' consentito alle imprese di avvalersi dei requisiti economici e tecnici di altri soggetti per ottenere l'iscrizione agli elenchi ufficiali<sup>118</sup>.

L'iscrizione a un elenco ufficiale di fornitori o prestatori di servizi può essere autodichiarato dall'operatore economico qualora l'elenco sia previsto dall'ordinamento nazionale<sup>119</sup>, consentendo di agevolare il controllo che grava sulla stazione appaltante, poiché gli elenchi ufficiali sono pubblicati<sup>120</sup>.

Per i settori ordinari<sup>121</sup> si stabilisce che l'iscrizione in elenchi ufficiali non può essere imposta agli operatori in vista della

---

<sup>115</sup> A. SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato*, Padova, 2009; E. CASSETTA, *Profili dell'evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 8 ss.

<sup>116</sup> Fissato ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 2.

<sup>117</sup> F. LACAVA, *Elenchi ufficiali di fornitori o prestatori di servizi*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di F. Saitta, Padova, 2008, 378, il quale rammenta che sembra applicabile al procedimento di richiesta d'iscrizione all'elenco o albo di qualificazione l'art. 10-bis, l. n. 241/1990 ossia, in caso di una prevista formale adozione di un provvedimento negativo, l'obbligo di comunicare i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.

<sup>118</sup> Dir. 2014/24/UE, art. 64, *Elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti e certificazione da parte di organismi di diritto pubblico o privato*; Parere Autorità per la Vigilanza nella comunicazione del 16 gennaio 2007.

<sup>119</sup> C.G.C.E., 7 maggio 1991, C-340/89; C.G.C.E., 25 luglio 1991, C-76/90; C.G.C.E., 8 ottobre 1980, C-810/78.

<sup>120</sup> Le amministrazioni o gli enti che gestiscono tali elenchi comunicano alla Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie, entro tre mesi dall'entrata in vigore del codice o dall'istituzione di nuovi elenchi o albi, il nome e l'indirizzo dei gestori degli stessi presso cui possono essere presentate le domande di iscrizione. Inoltre gli elenchi devono essere pubblicati sul casellario informatico dell'Autorità di vigilanza e sul sito della stazione appaltante.

<sup>121</sup> D.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 45.

partecipazione ad una gara<sup>122</sup> che deve essere aperta a tutti gli operatori i quali possono provare gli stessi requisiti anche con altri documenti<sup>123</sup>. Nei settori ordinari l'iscrizione aiuta le imprese che possono così attestare il possesso di determinate capacità e ciò vale anche per gli operatori di altri Stati membri che decidano di iscriversi: ad essi non può essere richiesto un requisito ulteriore.

Per i settori speciali<sup>124</sup> – acqua, energia, gas, trasporti, telecomunicazioni, servizi postali – se si effettua il rinvio ad un albo o altro sistema di qualificazione, gli offerenti sono scelti solo tra i candidati qualificati con tale sistema, escludendo coloro che non siano iscritti.

Questa – come ogni altra disposizione speciale o eccezionale in deroga al principio di libera prestazione dei servizi e a quello di partecipazione paritaria ed effettiva alle gare - deve essere interpretata in modo restrittivo e tassativo.

L'iscrizione fonda una «presunzione di idoneità da ritenersi *juris et de jure*, ossia una presunzione legale del possesso di determinati requisiti economico-finanziari e tecnico professionali<sup>125</sup>. Ciò non esclude tuttavia che l'atto d'iscrizione o di diniego d'iscrizione possa essere oggetto di impugnazione giudiziale che accerta il fondamento sostanziale dell'iscrizione medesima, cioè se l'impresa abbia o no i requisiti oggetti di accertamento con l'iscrizione.

Se nel bando di gara vengono richiesti requisiti ulteriori rispetto a quelli certificati dall'albo per la dimostrazione di questi

---

<sup>122</sup> Cons. St., sez. VI, 27 novembre 2006, n. 6907 l'utilizzazione di detti certificati di iscrizione potrebbe avere una valenza indiretta quanto all'accertamento di ulteriori requisiti richiesti in sede di gara.

<sup>123</sup> E. PICOZZA, *Diritto dell'economia: disciplina pubblica*, Padova, 2005, 33, che indica tra le azioni indirette volte a ottenere l'obiettivo del ravvicinamento tra gli Stati membri «il principio del mutuo riconoscimento (*home country control*) secondo cui un provvedimento della Autorità competente di uno Stato membro è automaticamente riconosciuto come equivalente (e quindi come vigente) dalla corrispondente Autorità competente di un altro Stato membro».

<sup>124</sup> D.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 232.

<sup>125</sup> M. DELFINO, sub art. 45, in *Codice degli appalti pubblici e nuovo regolamento SOA*, a cura di R. Garofoli, G. Ferrari, Roma, 2008, 268.

non si può invocare l'iscrizione all'elenco ma sarà necessario fornire della documentazione ulteriore<sup>126</sup>.

##### 5. *Il documento di gara unico.*

Per semplificare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici degli operatori economici minori come le PMI<sup>127</sup> si è consentita<sup>128</sup> un'autodichiarazione scritta<sup>129</sup> come prova preliminare dei requisiti soggettivi, che è sostitutiva di certificati di autorità pubbliche o *di terzi*<sup>130</sup>.

Il documento è dato esclusivamente in forma elettronica, esso può essere riutilizzato in una successiva procedura d'appalto, purché il dichiarante confermi la validità delle informazioni ivi contenute.

Il dichiarante - una volta divenuto aggiudicatario - deve comprovare quanto dichiarato con il deposito di documenti complementari, salvo che essi siano già in possesso dell'amministrazione aggiudicatrice o la stessa abbia la possibilità di ottenere i certificati e le informazioni pertinenti direttamente accedendo a una banca-dati nazionale che sia disponibile gratuitamente in un qualunque Stato membro, come ad esempio un registro nazionale degli appalti, un fascicolo d'impresa virtuale Virtual Company Dossier<sup>131</sup>, un sistema elettronico di archiviazione dei documenti.

---

<sup>126</sup> V. Cons. St., sez. V, 31 dicembre 2003, n. 9305.

<sup>127</sup> S. PONZIO, *Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects*, in *Ius Publicum Network Review*, 2014; B. RAGANELLI, *Contratti pubblici e piccole medie imprese. Gli strumenti a sostegno compatibili con la normativa comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2011, 551.

<sup>128</sup> Dir. UE 2014/24/UE, considerando n. 89 e art. 59. Cfr. anche art. 58, par. II, circa i criteri di selezione.

<sup>129</sup> Cons. St., Ad. plen., 30 luglio 2014, n. 16.

<sup>130</sup> Dir. 2014/24/UE, art. 58, l'accordo politico tra il Parlamento ed il Consiglio ha portato al superamento del passaporto europeo per gli appalti pubblici a favore dell'attuazione di un sistema comunitario di autodichiarazione denominato "Documento di gara unico europeo".

<sup>131</sup> Dir. 2014/24/UE, cit., art. 59, par. V.

Si conferma anche in materia di contratti pubblici il sistematico ricorso ai mezzi di comunicazione elettronici quali strumenti “idonei a sostenere pratiche e strumenti di centralizzazione delle committenze” in ragione della loro duttilità al riuso, al trattamento automatico dei dati e alla riduzione dei costi legati all’informazione e alle transazioni (Dir. 2014/24/UE, cit., cons. 72), il ricorso al procedimento informatizzato, al fascicolo e ai cataloghi elettronici, utili per il rispetto dei principi generali di non discriminazione e parità di trattamento (Dir. 2014/24/UE, cit., cons. 68)<sup>132</sup>.

A tal fine per favorire gli appalti transfrontalieri la Commissione europea ha istituito nel 2010 la piattaforma *e-Certis*<sup>133</sup> che consente di informare operatori e stazioni appaltanti sulle caratteristiche dei certificati più comunemente richiesti o forniti in altro Stato membro per addivenire alla stipulazione di un contratto con una pubblica amministrazione<sup>134</sup>. L’aggiornamento e la gestione della piattaforma è a cura degli Stati membri<sup>135</sup>.

Le stazioni appaltanti possono esigere i tipi di certificati che sono contemplati da *e-Certis* ma restano legittime le richieste di ulteriori documenti anche non indicati sulla piattaforma.

Si tratta di un’attività di informazione e divulgazione di cui non si garantisce la veridicità e attualità, ma che è utile a capire quali informazioni devono fornire le imprese e se sono consuete le certificazioni ricevute dalle stazioni appaltanti anche al fine di individuare i documenti che possono essere considerati equivalenti nei diversi ordinamenti<sup>136</sup>.

La Banca dati dei contratti pubblici è uno strumento appropriato per ridurre gli oneri documentali a carico dei soggetti

---

<sup>132</sup> P. PIRAS, *Gli appalti pubblici tra trasparenza e innovazione*, in *Urb. e app.*, 2015, 129.

<sup>133</sup> <http://ec.europa.eu/markt/ecertis/login.do?selectedLanguage=it>.

<sup>134</sup> Dir. 2014/24/UE, cit., art. 61.

<sup>135</sup> Dir. 2014/24/UE, cit., art. 61.

<sup>136</sup> C. FRANCHINI, *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni: elementi critici e opportunità*, Napoli, 2015, 5 ss.

partecipanti e per semplificare le procedure di verifica da parte delle stazioni appaltanti<sup>137</sup>.

In Italia la Banca Dati Nazionale dei contratti pubblici (c.d. BDNCP) stata istituita presso l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici<sup>138</sup> (ora ANAC)<sup>139</sup> come banca dati di interesse nazionale<sup>140</sup>.

L'Autorità procede alla raccolta e all'elaborazione dei dati informativi concernenti i contratti pubblici su tutto il territorio nazionale: bandi e avvisi di gara, aggiudicazioni e affidamenti, imprese partecipanti e mano d'opera con relative norme di

---

<sup>137</sup> Disegno di legge delega al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, 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, 18 giugno 2015; S. FOÀ, *Termine perentorio di comprova dei requisiti anche per i concorrenti non sorteggiati*, cit., 830; deliberazione AVCP n. 111 del 20 dicembre 2012, cit.; cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 settembre 2013, n. 4785, in *Guida al Diritto*, 2013, 41, 90, con nota di Ponte e in *Foro Amm. Cds*, 2013, 2377, secondo cui gli accertamenti d'ufficio disciplinati dall'*art. 43, comma 1, D.P.R. n. 445/2000*, come novellato dall'*art. 15 della L. n. 183/2011*, riguardano tutte le ipotesi di informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli artt. 46 e 47 dello stesso D.P.R.; dichiarazioni sostitutive che gli artt. 41 e 42 del codice dei contratti pubblici consentono ai concorrenti di utilizzare per comprovare i requisiti tecnico-organizzativi ed economico-professionale, salvo verifica successiva da parte della stazione appaltante, ai sensi dell'*art. 48 commi 1 e 2*, senza che possa in alcun modo rilevare la "specialità" della disciplina dei contratti pubblici. Il termine inizialmente previsto per l'avvio definitivo del sistema (1° gennaio 2013) è stato posticipato dalla *L. n. 15/2014* di conversione del cd. "Decreto Milleproroghe" (*D.L. n. 150/2013*) al 1° luglio 2014. Con tale decorrenza è sorto l'obbligo per le stazioni appaltanti e per i partecipanti alle pubbliche gare d'appalto (d'importo a base d'asta pari o superiore ai 40.000 euro nei settori ordinari) di utilizzare esclusivamente l'AVCPass per la verifica telematica dei requisiti soggettivi di ammissione alla gara.

<sup>138</sup> L. GIAMPAOLINO, *Il ruolo dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 101 ss.

<sup>139</sup> Il d.lgs. 06 settembre 2011, n. 159, art. 99 ha istituito la Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, cfr. Cons. St. Sez. atti norm. Parere, 6 marzo 2014, n. 419; D. SABATINO E L. GRASSUCCI, *Codice delle leggi antimafia. Banca dati nazionale. Accesso telematico*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 624.

<sup>140</sup> D.lgs, 7 marzo 2005, n. 82, artt. 60 e s.

sicurezza, costi e scostamenti rispetto ai preventivati, tempi di esecuzione e modalità degli interventi, ritardi e disfunzioni.

La finalità della Banca dati è quella di favorire la riduzione degli oneri amministrativi derivanti dagli obblighi informativi ed assicurare l'efficacia, la trasparenza e il controllo in tempo reale dell'azione amministrativa per l'allocazione della spesa pubblica in lavori, servizi e forniture, anche al fine del rispetto della legalità e del corretto agire della pubblica amministrazione e prevenire fenomeni di corruzione<sup>141</sup>.

Le imprese hanno l'obbligo di inserire i dati relativi ai requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario al pari delle stazioni appaltanti di verificare il possesso degli stessi esclusivamente tramite la Banca Dati Nazionale, (sistema denominato AVC Pass)<sup>142</sup>.

I soggetti che detengono dati e documenti sui requisiti partecipativi sono tenuti a metterli a disposizione dell'Autorità entro i termini e secondo le modalità previste dalla stessa Autorità<sup>143</sup>.

AVCPass consente ai soggetti, coinvolti a diverso titolo nelle procedure di gara pubbliche, di interagire e scambiare informazioni necessarie in tempi ridotti rispetto al processo tradizionale che prevedeva attività di richiesta di documenti cartacei, il nuovo modello prevede la disponibilità presso BDNCP di documenti elettronici utili a provare i requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario.

Le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori continueranno a controllare la veridicità delle dichiarazioni, presentate dagli operatori economici, usando però, per quelli di cui è prevista

---

<sup>141</sup> Cfr. d.lgs. n. 82 del 2005, c.d. "Codice dell'Amministrazione Digitale", art. 62 *bis*.

<sup>142</sup> Cfr. AVCP, deliberazione n. 1/2014, cit. La costituzione della "Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici", d.lgs. n. 235 del 2010, cit, art. 44.

<sup>143</sup> D.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 6- *bis*, co. 4°.

l'inclusione nella Banca dati<sup>144</sup>, il nuovo servizio reso disponibile dall'Autorità<sup>145</sup>.

La documentazione a comprova dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari, nella accennata prospettiva di diritto interno, dovrà essere acquisita esclusivamente attraverso la Banca dati nazionale, destinata a confluire in un più ampio sistema europeo di banche dati<sup>146</sup>.

#### 6. *Proporzionalità dei requisiti di capacità economica e finanziaria e favor participationis.*

Si è detto che le stazioni appaltanti nel definire i requisiti di qualificazione devono rispettare il principio di *favor participationis* in applicazione della libera concorrenza, della *par condicio*<sup>147</sup> e dell'obbligo di trasparenza<sup>148</sup> in applicazione del divieto di discriminazione<sup>149</sup>

<sup>144</sup> Cfr. d.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. art. 6 bis, co. 3°.

<sup>145</sup> Dopo la registrazione, i concorrenti possono inserire a sistema i documenti la cui produzione è a proprio carico (d.lgs. 163 del 2006, cit., art. 6-bis, co. 4°), al fine di utilizzare tali documenti per ciascuna delle procedure di affidamento alle quali intendono partecipare entro il periodo di validità del documento. Il sistema rilascia un "PASS", che va inserito nella busta contenente la documentazione amministrativa da produrre in sede di partecipazione alla gara, unitamente alle autocertificazioni sul possesso di ulteriori requisiti di qualificazione richiesti dal bando di gara. Il PASS rappresenta lo strumento necessario attraverso cui le stazioni appaltanti procedono all'acquisizione via web della documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario dei concorrenti. I dati e la documentazione probatoria dei requisiti di capacità delle imprese vengono raccolti nella Banca dati istituita presso l'Autorità. Per quanto concerne quindi la documentazione a comprova dei requisiti di carattere tecnico-organizzativo ed economico-finanziario gli stessi sono acquisiti presso la BDNCP e resi disponibili attraverso il Sistema AVCPASS ma non vi è un filtro dell'autorità sulla veridicità degli stessi.

<sup>146</sup> Dir. 2014/24/UE, cit. art. 59, § 6: "Gli Stati membri mettono a disposizione e aggiornano su *e-Certis* un elenco completo di banche dati contenenti informazioni pertinenti sugli operatori economici che possono essere consultate dalle amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati membri. Su richiesta, gli Stati membri comunicano agli altri Stati membri le informazioni relative alle banche dati di cui al presente articolo".

<sup>147</sup> C.G.C.E., 18 ottobre 2001, C-19/00, cit., pt. 34; C.G.C.E., sez. II, 24 novembre 2005, C-331/04; C.G.C.E., sez. I, 24 gennaio 2008, n. 532/06, pt. 45, laddove afferma che il principio di parità di trattamento osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice determini in un momento successivo



I requisiti relativi alla capacità economico-finanziaria devono essere proporzionati al valore dell'appalto e le amministrazioni non possono introdurre nei bandi di gara prescrizioni concernenti i requisiti di ammissione che risultino irragionevoli e proporzionalità avuto riguardo all'oggetto dell'appalto e alle caratteristiche particolari del contratto, poiché diversamente si profilerebbe un contrasto con i principi, di derivazione europea ed imminenti all'ordinamento nazionale<sup>150</sup>.

E' prevalsa l'idea che le pubbliche amministrazioni possono prevedere ed imporre prescrizioni ed adempimenti a carico delle imprese partecipanti, ulteriori rispetto a quelli previsti dalle leggi, con il solo limite del rispetto della *par condicio* e della pertinenza e congruità rispetto allo scopo perseguito oppure requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge.

Ulteriori prescrizioni che debbono del pari essere conformi al principio di proporzionalità e ragionevolezza, non limitare l'accesso alla procedura, cioè trovare fondamento in specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto, dall'importo e dalle caratteristiche peculiari delle prestazioni oggetto di affidamento<sup>151</sup>.

Di particolare rilievo appare il principio di proporzionalità<sup>152</sup> nella predisposizione dei bandi di gara poiché si caratterizza come

---

coefficienti di ponderazione e sotto criteri per i criteri di aggiudicazione menzionati nel capitolato d'onere o nel bando di gara.

<sup>148</sup> C.G.C.E., 25 aprile 1996, n. 87/94, sul principio di parità di trattamento sul principio di trasparenza

<sup>149</sup> C.G.C.E., sez. VI, 7 dicembre 2000, n. 94/99, pt. 32; C.G.C.E., 17 settembre 2002, n. 513/99; C.G.C.E., sez. VI, 12 dicembre 2002, n. 470/99, *Universale-Bau, Foro it.*, 2004, IV, 337; C.G.C.E., sez. I, 14 giugno 2007, n. 6/05, *Medipac, Ragiusan*, 2007, 283-284, 85.

<sup>150</sup> Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2006, n. 206. Sul limite eccessivo del fatturato Cons. St., sez. VI, 17 ottobre 2000, n. 5542. D. DE PRETIS, *I principi del diritto amministrativo europeo*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, 2012, 50 ss.

<sup>151</sup> Cfr. *ex multis* Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2006, n. 206.

<sup>152</sup> Tra le prime pronunce che indicano il principio di proporzionalità come connaturato e intrinseco alle norme del Trattato, C.G.C.E., 11 luglio 1989, n. 265/87,

limite-parametro di legittimità della discrezionalità dell'amministrazione che in Italia si è affermata dapprima con il vizio di eccesso di potere<sup>153</sup>.

Le previsioni dei bandi di gara possono prevedere clausole di ammissione particolarmente limitative all'accesso, senza però ledere il *favor participacionis* e *par condicio* dei concorrenti.

Il principio di proporzionalità infatti esige che ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario e adeguato rispetto agli scopi perseguiti<sup>154</sup>.

---

*Schraöder, Racc. concorgiur.* Corte giust., 1989, 2237, pt. 21, e C.G.C.E., 13 novembre 1990, C-331/88. L'applicazione di tale principio è stata affermata come obbligatoria per gli stati membri (C.G.C.E., 27 ottobre 1993, n. 127/92, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1994, 720, pt. 27) anche quando esplicano attività discrezionale; v. C.G.C.E., 19 giugno 1980, nn. 41/79, 121/79 e 796/79, *Testa et al.*, in *Foro it.*, 1981, IV, 220, pt. 21.

<sup>153</sup> V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, Torino, 2012, 33; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 110 ss.; A. BARAK, *Proportionality and Principled Balancing*, in *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, Issue 1, 2010, 1 ss.; J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 2ème ed., Bruxelles, 2009, 36 ss.; D.U. GALETTA, *Le principe de proportionnalité*, in *Droit administratif Européen*, cit., 357 ss.; ID., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 74 ss.; G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in *L'ordinamento europeo, vol. II, L'esercizio delle competenze*, a cura di S. Mangiameli, Milano, 2006, 225 ss.; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008, 19 ss.; M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999, 157 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 108 ss.; N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law - A Comparative Study*, London, 1996, 115 ss.; A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, V, Milano, 2006, 4643 ss.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; ID., *Il principio di proporzionalità comunitario ed il suo effetto di spill over negli ordinamenti nazionali*, *Nuove autonomie*, 2005, 541 ss.; ID., *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo nazionale*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2007, 603 ss.; V. PARISIO, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, in *Nuove autonomie*, 2006, 717 ss.; I. ZINGALES, *Disapplicazione da parte del giudice amministrativo di prescrizioni regolamentari dei bandi di gara contrastanti con la normativa primaria e con il principio di proporzionalità*, in *Foro amm.*, 1998, I, 2457 ss.; F. SPAGNUOLO, *Il principio di proporzionalità tra vecchi e nuovi schemi interpretativi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, 1002 ss.

Il principio di proporzionalità apre alla valutazione comparativa di interessi diversi<sup>155</sup>, consentendo di attribuire a ciascuno un corretto peso ponderale<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> TAR Lazio Roma, sez. III *quater*, 8 maggio 2009, n. 4924. Sull'accorpamento delle procedure, TAR Lazio Roma, sez. III *ter*, 29 luglio 2008, n. 7625, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) per cui nei casi in cui non sia espressamente vietato da disposizioni puntuali, l'accorpamento di procedure di appalto teoricamente scindibili, a patto che l'opzione sia sorretta da ragioni di interesse pubblico e conformi al principio comunitario di proporzionalità. Infatti, in tali casi la *reductio ad unitatem* va intesa come espressione di una discrezionalità non incisa da precetti puntuali e non come un'opzione artificiosa volta ad eludere o depotenziare il principio di massima concorrenzialità; in termini anche Cons. St., sez. VI, 27 novembre 2006, n. 6908, in *Ragiusan*, 2007, 277-278, 88.

<sup>155</sup> Per una ricostruzione dell'evoluzione della proporzionalità negli ordinamenti europei, si rinvia a A. SANDULLI, *La proporzionalità*, cit., spec. 37 ss., 134 ss., il quale, partendo dal noto caso *Kreuzberg*, ha fornito una visione di collegamento del principio anche negli ordinamenti francese e britannico, per poi approdare nell'ordinamento comunitario. L'Autore, però, non ha mancato di mettere in evidenza come già la dottrina e la giurisprudenza italiana dei primi del Novecento facessero applicazione di tale principio. Più specificamente, sul principio di proporzionalità nel diritto tedesco D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità*, cit., spec. 11 ss.; G. DELLA CANANEA C. FRANCHINI, *Principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 33 ss

<sup>156</sup> In tal senso C.G.C.E., 14 dicembre 2004, C-210/03; C.G.C.E., 3 marzo 2005, C-21/03 e 34/03; C.G.C.E., 16 dicembre 2008, C-213/07; C.G.C.E., sez. IV, 23 dicembre 2009, C-376/08; C.G.C.E., 2 ottobre 2008, C-157/06.