
Estratto

Estratto da un prodotto
in vendita su **ShopWKI**,
il negozio online di
Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria
professionale, del software, della formazione
e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM,
Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Ambito e finalità della ricerca

La disciplina dei contratti pubblici¹, riconducibile ad un sistema di fonti pluriarticolato ed eterogeneo², si caratterizza per l'immanenza (nonché la parziale positivizzazione) di principi³,

¹ Definire e delimitare il concetto di contratto pubblico non è operazione semplice, date le diverse figure negoziali alle quali può far ricorso la pubblica amministrazione. Dando rilevanza alla parte contrattuale, si potrebbe qualificare il contratto come soggettivamente pubblico, riconducendo a tale definizione tutte quelle ipotesi che vedono come parte contraente il soggetto pubblico; tuttavia, il dato soggettivo non può rappresentare l'unico elemento discrezionale per la ricostruzione della disciplina della contrattualistica della p.a. (così, R. Nicolò, *Diritto civile*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, p. 916). Come la dottrina ha osservato, vagliare in termini soggettivi la particolarità delle norme è un'opzione errata, giacché la qualificazione attraverso lo *status* non è in grado di cogliere appieno le peculiarità e la funzionalità della specifica attività contrattuale, che dà luogo a regole differenti rispetto alla categoria generale (F. Prosperi, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *Rass. Dir. Civile*, 1997, pp. 810 ss.).

² Tra i vari (ed innumerevoli) contributi dottrinari che hanno descritto i principi generali della materia, meritano di essere segnalati: V.G. Berti, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Milano, 1988, pp. 47 ss.; S. Civitarese, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997, pp. 183 ss.; Esposto G.M. (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2017; A. Massera, *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2000, pp. 1365 ss. (con ricostruzione, anche diacronica, della disciplina di settore caratterizzata da continue ed incessanti novelle, la cui cadenza periodica e ravvicinata ha contribuito ad alimentare una copiosa giurisprudenza anche di natura pretoria).

³ S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, in *L'amministrativista.it* (con ampi richiami bibliografici). Ivi si precisa che «i principi appartengono alle fonti del diritto e la loro attuazione concerne il processo di produzione giuridica. Tuttavia, i principi giuridici si distinguono dalle regole. Le regole sono norme idonee a guidare il comportamento umano; invece, i principi presentano una fattispecie generica e inclusiva e una statuizione nella quale viene indicato l'obiettivo da perseguire».

anche inespressi⁴, alcuni di ultima generazione⁵, destinati ad orientare (nonostante condivisibili perplessità⁶) le future scelte legislative e le incipienti azioni amministrative⁷.

Indubbiamente, il fattore a tal fine caratterizzante non è tanto quello di tipo soggettivo, stante le previste ipotesi in cui le attività vengono delegate a soggetti privati nell'ambito di apposite convenzioni (quali, ad esempio, quelle urbanistiche per la realizzazione di opere a scomputo dei dovuti oneri⁸), quanto, piuttosto, quello funzionale o contenutistico⁹, che incide su plurimi

⁴ Come osservato, la stessa natura dei principi generali impedisce che quelli elencati dal Codice siano un catalogo chiuso ed esaustivo (cfr. M. Ramajoli, *I principi generali*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di C. Contessa – P. Del Vecchio, Napoli, 2023, pp. 45 ss.).

⁵ Per ampie e approfondite ricostruzioni, anche sociologiche oltre che assiomatiche, dei principi della nuova codificazione, si rinvia, tra gli altri, ai contributi di Aa.Vv., *Studi sui principi generali dei contratti pubblici*, a cura di Riccardo Ursi, Napoli, 2024; M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, D. Caldriola. M. Casati, D. Ielo, A. Napoleone, M. Rizzo (a cura di), *Nuovo Codice dei Contratti Pubblici. Commentario ragionato al D.Lgs. n. 36/2023*, Milano, 2023; L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 2023, pp. 5 ss.; Aa.Vv., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023; G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, p. 287; G. Tulimello, *Affidamento, buona fede e fiducia nel nuovo Codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie e la disciplina dei rimedi (verso un “diritto amministrativo pratico”)*, in www.giustizia-amministrativa.it; F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023.

⁶ Per una lettura critica, in alcuni punti anche sarcastica, dei principi in esame, si veda D. Iaria, *I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato*, in *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Cartei - D. Iaria, Napoli, 2023, pp. 1 ss.

⁷ C'è chi ritiene "improprio" l'uso del termine "principio" per alcuni di quelli previsti nei primi articoli del Codice: M.R. Spasiano, *Codificazione dei principi e rilevanza del risultato*, in Aa.Vv., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, op. cit., pp. 14 ss.

⁸ V. Gastaldo, *La realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo tra concorrenza e governo del territorio*, Pisa, 2016.

⁹ Per un'ampia ricostruzione, anche dottrinaria, di tali tematiche, cfr. B. Manfredonia, *I contratti con la pubblica amministrazione: interessi, funzioni, interpretazione*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da Pietro Perlingieri*, Napoli, 2020. Come ivi osservato, il contratto con la pubblica amministrazione, orientato *ex lege* al perseguimento di interessi generali, richiede alla controparte privata una particolare affidabilità e responsabilità, data la diversità di intenti emergente dalla contrattazione: se nell'ambito delle negoziazioni private lo scopo, di norma, è quello di raggiungere il miglior risultato possibile, nella contrattazione con il soggetto pubblico deve essere tenuto in primis considerazione l'aspetto funzionale in grado di far convergere le dif-

aspetti di un'attività negoziale dalla doppia anima¹⁰ e che soggiace (soprattutto per il segmento contrattuale) anche al diritto comune¹¹.

L'attività negoziale della P.A., infatti, può definirsi bifasica: a quella pubblicistica che caratterizza il procedimento di scelta del contraente, delimitato dalla decisione di contrarre e dalla determina di aggiudicazione, segue la fase privatistica riferita all'esecuzione della prestazione. La dicotomia riverbera effetti sulla disciplina da applicare, come precisato dall'art. 12 del Codice¹², mediante il "rinvio esterno" alla legge sul procedimento amministrativo (per quanto concerne il primo dei citati segmenti) e al Codice del diritto comune (per quanto attiene alla fase esecutiva della prestazione).

Anche gli atti da adottarsi assumono connotazioni contenutistiche differenti (risultando anomale impropiie commistioni tra le stesse): se, da un lato, la disciplina della procedura selettiva è da ricondursi al bando/disciplinare o alla lettera di invito, dall'altro, il capitolato, quale contratto in forma embrionale, ha la

ferenti volontà verso un beneficio comune. Nelle contrattazioni fra privati il gioco delle parti e delle armi reciproche aspira ad ottenere il risultato più vantaggioso, sia pure nel rispetto dei principi fondamentali, laddove, nelle contrattazioni con i soggetti pubblici, il "gioco" non può che tendere, anche per il soggetto privato, alla piena attuazione dell'interesse generale. In questo sembra potersi cogliere la funzionalizzazione della causa del contratto al perseguimento dell'interesse pubblico che, nell'intreccio delle prestazioni reciproche, assume la veste di interesse generale intrinsecamente solidale.

¹⁰ La recente dottrina è dell'avviso che nel settore dei contratti pubblici si assiste ormai alla commistione tra regole pubblicistiche e regole privatistiche, che operano non in sequenza temporale (al segmento evidenziale sussumibile nel settore pubblicistico, segue la fase di esecuzione appannaggio del diritto comune), ma in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione, cosicché le regole attinenti alla correttezza non possono essere relegate ad una delle singole fasi in cui si articola una gara, ma le permeano nella loro interezza (tra i vari contributi, cfr. M. Trimarchi, *Dalla responsabilità precontrattuale alle regole del rapporto amministrativo accessorio*, in *www.Giustamm.it*, 2018, p. 7; L. Lorenzoni, *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della P.A.*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 235 ss.).

¹¹ In dottrina, cfr. S.A. Romano, *Attività di diritto privato della Pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1989, pp. 534-536.

¹² Riprendendo un'analogia disposizione del codice precedente, stabilisce che: «1. Per quanto non espressamente previsto nel codice: a) alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241; b) alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile» (art. 12, del D. Lgs. n. 36 del 2023).

funzione di prospettare al concorrente il quadro sinallagmatico della futura esecuzione della prestazione.

Tuttavia, se è vero che avvalersi del modello contrattuale comporta l'applicazione delle regole privatistiche, ciò non significa totale equiparazione con il contratto fra privati¹³.

È indubbio, infatti, che il contratto della pubblica amministrazione – anche quando essa agisce *iure privatorum* – non può prescindere dalla finalità che le è propria e che contraddistingue il suo operato in ogni momento negoziale¹⁴.

Anche perché, come osservato, il mercato dei contratti è caratterizzato dall'attinenza non tanto ad un ambito materiale specifico in senso proprio, quanto a una particolare tipologia di vicenda economico-giuridica: le commesse pubbliche¹⁵.

Alla definizione del relativo paradigma concorre, in modo pregnante, la giurisprudenza, soprattutto comunitaria, spesso di natura pretoria (con plurimi e continui interventi della Plenaria e con decisioni anche integrative della normativa di settore), mentre sembra meno incisivo il contributo della dottrina, rivolto più alla ricostruzione di astratte categorie ermeneutiche che alla definizione di possibili percorsi risolutivi delle molteplici problematiche applicative¹⁶.

¹³ Sul rapporto tra la funzionalizzazione all'interesse pubblico e l'autonomia privata della P.A., si veda E. Brandolini, *Premessa e introduzione generale: il sistema dell'evidenza pubblica, L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, a cura di G. Cassano, Padova, 2005, pp. 6 ss., secondo cui «anche quando agisce come soggetto di diritto privato, la pubblica amministrazione è tenuta al perseguitamento dell'interesse pubblico che si pone, quindi, quale limite supremo dell'attività stessa».

¹⁴ Può ritenersi che sia *ius receputm* il principio in base al quale anche per la concessione di un bene pubblico sussiste l'obbligo del preventivo esperimento di una gara. Certo è che le amministrazioni sono tenute ad applicare le regole del procedimento di evidenza pubblica ogni volta che l'attività amministrativa comporti il trasferimento di risorse pubbliche e, dunque, anche nel caso di contratti attivi (da cui, cioè, derivi un'entrata per l'Amministrazione), come è nel caso del contratto di affitto, benché non soggetti alla disciplina puntuale del D.Lgs. n. 36/2023 (cfr. Tar Puglia, Bari, sez. I, 26/07/2019, n. 1070).

¹⁵ L'assunto è di A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione fra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, p. 32.

¹⁶ È quanto sostiene da M.P. Chiti, *Regolamentazione e mercato nella disciplina degli appalti pubblici*, in *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, a cura di A. Angeletti, Milano, 1996, *passim*. Sul pluriarticolato sistema delle fonti e sulla valenza trasversale della disciplina comunitaria, Cfr. A. Massera, *I contratti*, cit., pp. 1381 ss.; F. Mastragostino – E. Trenti, *La disciplina dei contratti pubblici*

Basti pensare che su alcuni istituti peculiari della normativa di settore (quali, ad esempio, l'avvalimento e il raggruppamento), ai quali sono rivolte molte delle successive riflessioni, si registra una copiosa e autorevole letteratura orientata all'affannosa ricerca del modello civilistico in cui sussumere il relativo contratto¹⁷; meno proficuo, invece, sembra il contributo fornito in riferimento ai molteplici profili di anti-comunitarietà che sono emersi sin dalla prima previsione codicistica e che sono stati inesorabilmente sanzionati dalle Corti unionali (in parte descritti nel prosieguo¹⁸).

Soprattutto, occasioni spurate risultano le varie codificazioni¹⁹, susseguitesi con cadenza infradecennale (caso anomalo e non comune ad altri settori del diritto pubblico), visto che hanno lasciato aperte questioni già note alla casistica, senza fornire possibili percorsi risolutivi (anzi, alimentandone altri).

Per tale ragione non può che accogliersi con favore la declinazione di un insieme di principi²⁰, funzionali, in tesi, a corroborare

fra diritto interno e normativa comunitaria, in *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2021, pp. 3 ss.

¹⁷ Come sottolineato (D. Memmo, *L'attività contrattuale della p.a. e i principi di diritto comune nella riforma del procedimento amministrativo a seguito della L. n. 15 del 2005*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 1176), la materia della contrattualistica pubblica ha conosciuto in passato tesi formalistiche, le quali, «sulla base della tradizionale affermazione della necessità che i contratti con le amministrazioni pubbliche siano assistiti dalla forma scritta, escludevano la possibilità per il giudice di interpretare il contenuto degli atti negoziali, utilizzando le norme del Codice civile relative alla materia contrattuale». Secondo l'Autore, a motivo della rigida struttura dei provvedimenti amministrativi, è da ritenere che una delle cause della esitante produzione dottrinale in tema di interpretazione sia da ricercare proprio in questo, che, cioè, in ordine agli atti di natura c.d. proceduralizzata, il riferimento ai criteri di interpretazione potrebbe apparire superfluo, perché ogni aspetto è compiutamente definito dal legislatore.

¹⁸ Di seguito saranno diffusamente trattate le decisioni delle Corti comunitarie concernenti la non conformità della codificazione interna alle direttive unionali, con particolare riguardo alla disciplina interna sui raggruppamenti temporanei, sull'avvalimento e sul subappalto.

¹⁹ L'analisi qui svolta, salvo i pertinenti richiami alle discipline pregresse, attiene, precipuamente, al vigente Codice dei contratti pubblici (d'ora innanzi anche nuovo Codice o Codice): il D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Tale Codice – è una peculiarità che merita di essere sottolineata – è stato emanato a diritto eurounitario invariato, ovvero in attuazione delle direttive del 2014, analogamente al previgente D.Lgs. n. 50 del 2016.

²⁰ Secondo alcuni Autori (per tutti: G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., p. 288), i primi tre sarebbero principi-valori, gli altri principi-regole.

le disposizioni di dettaglio, nelle parti carenti o instabili, destinate, cioè, ad essere “superate”, in ragione di un “futuro indomabile”.

In particolare, la più recente codificazione - di cui già si prospettano (e si auspicano) interventi correttivi ad appena un anno dalla sua piena entrata in vigore - dedica una prima Parte ai “Principi”, anche se con previsioni che, in alcuni casi, affrontano aspetti specialistici ed applicativi (si pensi ai poteri sostitutivi in caso di irregolarità contributiva del contraente, previsti dall’art. 11 del Codice), che mal si conciliano con altri e contestuali principi della materia.

Tralasciando ulteriori riflessioni di sistema, nell’auspicio (di certo non agevole e non soddisfatto) di analizzare questioni di recente emersione, l’indagine di seguito svolta, dopo aver richiamato ed analizzato (seppur *breviter*) alcuni tra i principi positivizzati unitamente ai relativi corollari (o anche principi inespressi), si soffermerà sulle ricadute applicative degli stessi, con riguardo ai modelli di partecipazione collettiva - pluristrutturata ed eterogena - alle procedure evidenziali, prospettando possibili definizioni delle fattispecie caratterizzate da diversi e confliggenti posizioni, quali quelle rivestite dai concorrenti e dalle stazioni appaltanti.

In tale contesto, assumono precipuo rilievo i ben noti principi di proporzionalità e di immodificabilità soggettiva dei *competitors*, la cui portata applicativa risulta interessata da una profonda revisione, che sarà descritta anche da un punto di vista diacronico.

Al contempo, saranno analizzati i principi elaborati (o meglio: richiamati) dal legislatore nazionale, peculiari della codificazione di ultima generazione (*ea est*: risultato, fiducia e accesso al mercato), anche in ragione della funzione ermeneutica²¹ ad essi riconosciuta espressamente dalla norma.

I principi non sono regole²², ma generano regole²³.

²¹ È proprio il Codice, all’art. 4, a prevedere che: «Le disposizioni del Codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3». Cfr. A. Massari, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Rimini, 2023, p. 38.

²² Si è rilevato che si assiste talvolta ad una distorsione, o ad un’espansione eccessiva, inappropriata del lemma “principio”, fino ad ergere al suo rango persino norme di comune portata, come se si trattasse di strumenti interpretativi a carattere generale (M. Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto determinato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, pp. 360 ss.; A. Cataudella, *L’uso abusivo di principi*, *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 749 ss.).

²³ La dottrina ha segnalato come l’abuso del ricorso ai principi possa de-

Sono caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, con la conseguenza che, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica rispetto alle singole norme (“nomogenetica”)²⁴.

Ma l’aspetto che maggiormente interessa ai fini del lavoro svolto, è che il ricorso ai principi assolve ad una funzione di completezza dell’ordinamento giuridico e di garanzia della tutela di interessi che, altrimenti, non avrebbero adeguata sistematizzazione nelle singole disposizioni.

Se ne desume un approccio teso a superare una normazione dettagliata di ogni singolo momento del processo decisionale, lasciando spazio a scelte discrezionali che fissino la regola del caso concreto.

Proprio in ossequio a tale nuova metodologia, nel presente contributo si favorirà *la traduzione del principio all’interno della disposizione normativa*, affrontando le criticità che l’applicazione concreta potrebbe evidenziare.

Precisamente, l’attenzione sarà incentrata sulle disposizioni normative afferenti ai diversi istituti che abilitano ad una partecipazione “associata” (intesa anche in senso atecnico ed eterogeneo), descrivendo le principali novità proposte dal nuovo Codice in tema di avvalimento, anche premiale, di raggruppamenti e di consorzi, infine, quelle riguardanti l’appalto integrato e le diverse modalità con cui l’operatore economico (l’impresa o il professionista) può soddisfare la qualificazione richiesta per la progettazione dell’opera.

Per tutti i predetti modelli, una peculiare attenzione riguarderà i vari e plurimi meccanismi sostitutivi ora contemplati (relativi all’ausiliaria, al raggruppando, al consorziato designato per l’esecuzione, al progettista associato e a quello indicato, allorquando gli stessi risultino privi dei requisiti per contrarre); emergerà che, nonostante lo sforzo della nuova codificazione (la quale, tra l’altro, ha cercato di adeguare la disciplina interna

terminare una loro eccessiva espansione, con inevitabili riflessi in termini di diminuzione del tasso di certezza, sia di imprevedibilità delle soluzioni giudiziarie a cui si pervenga, il tutto al di fuori delle regole proprie di un sano sistema di stato del diritto (sono considerazioni di M.R. Spasiano, *Codificazioni di principi e rilevanza del risultato*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di C. Contessa – P. Del Vecchio, *cit.*, p. 53).

²⁴ Sulla valenza dei principi, cfr. G. Alpa, *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, in *Riv. Giust. Civ. com.*, 2014, 4, pp. 1 ss.

ai precetti forniti dalle Corti unionali), restano irrisolti molteplici dubbi interpretativi.

In tale ottica, un significativo contributo può essere fornito dai principi-valori dettati dal Codice (definiti, enfaticamente, “superprincipi”), grazie ai quali si potrebbe prospettare un concreto percorso risolutivo.

Inter alia, i profili maggiormente attenzionati, anche perché presentano maggiori criticità in fase applicativa, sono quelli che attengono alla necessità di conciliare un generalizzato divieto di contagio (favorendo meccanismi sostitutivi di operatori privi dei requisiti) e le modalità applicative (sia temporali che procedimentali) delle revisioni del concorrente composto o pluriarticolato, onde individuare opportuni “contrappesi” ed evitare impropri rallentamenti nell’espletamento della procedura se non anche lesioni della parità di trattamento dei concorrenti.

Ed è proprio questo l’elemento caratterizzante la ricerca, ovvero la nuova prospettiva di indagine qui proposta: **declinare i principi-fonti e prospettare la regola del caso.**

Breviter.

Se va garantita la *chance* al concorrente che si è avvalso di (o associato ad) un altro operatore risultato inidoneo, sottraendolo ai riflessi negativi connessi al mancato possesso o alla perdita di uno dei requisiti per contrarre, al contempo, deve evitarsi che l’abuso (o l’uso inappropriato) di tali meccanismi sostitutivi comporti ingiustificati vantaggi a danno di altri concorrenti (“sani” e maggiormente diligenti), il tutto a discapito dell’esecuzione della prestazione.

Ad esempio.

Quante volte e in che limite temporale il concorrente ausiliato può beneficiare della possibilità di sostituire l’ausiliario?

Una volta che l’ausiliato sia stato invitato dalla stazione appaltante a designare, con l’esibizione della documentazione all’uopo prescritta, un altro operatore che gli presti i requisiti di capacità mancanti, cosa comporta l’indicazione di un ausiliario (anch’esso) inidoneo a contrarre?

Analoghi interrogativi possono porsi nel caso di meccanismi sostitutivi applicati al raggruppamento.

Tra tutti: laddove all’esito dei controlli emerge che un raggruppando non possa contrarre con la PA, è possibile invitare i restanti componenti ad individuare un altro operatore da associare?

In siffatte ipotesi, è consentito al nuovo operatore associato (o da associare) far ricorso all'avvalimento?

Ancora: in luogo di un operatore singolo da sostituire, è consentita l'indicazione di due o più operatori, al fine di soddisfare il requisito posseduto dall'operatore sostituito?

A tutte le prospettate questioni, in assenza di un chiaro ed univoco paradigma, si tenterà di dare un puntuale riscontro.

Vi è di più.

Il ricorso ai principi ermeneutici del Codice si rende necessario anche per affrontare e declinare ulteriori disposizioni innovative, sempre riguardanti i modelli di partecipazione collettiva, plurima e pluristrutturata.

Ci si riferisce alla presenza di un operatore in plurimi raggruppamenti partecipanti alla stessa procedura di gara o alla analoga possibilità (partecipazione plurima) riconosciuta alla consorziata designata (dal consorzio stabile) per l'esecuzione della prestazione.

La problematica è simile: come si concilia tale possibilità con la tutela della *par condicio* dei concorrenti? Quando può configurarsi un collegamento sostanziale tra le offerte? Può individuarsi un punto di equilibrio tra i principi astrattamente connessi dell'accesso al mercato e della tutela della concorrenza?

Meno agevole è la prospettazione di percorsi risolutivi per gli istituti di nuovo "conio", rispetto ai quali la disciplina codicistica è impropriamente scarna.

Valga, ad esempio, l'avvalimento premiale, strumentale a consentire ad un concorrente di beneficiare di requisiti altrui per ottenere un maggior punteggio o un miglior apprezzamento della propria offerta.

Gli interrogativi si moltiplicano, in quanto, accanto a quelli sopra prospettati, si pongono quelli afferenti alle conseguenze della mancata sostituzione nonché quelli concernenti aspetti "modali" o procedurali relativi a come esibire la relativa documentazione in fase di partecipazione a gara (al fine di non ledere altri immanenti principi, quali la segretezza dell'offerta e il divieto di commistione tra offerta e documentazione amministrativa).

Ne consegue la necessità di ricostruire un paradigma esauritivo e autosufficiente per evitare l'inapplicabilità delle nuove regole o l'insorgenza di casistiche paralizzanti.

Ancora una volta il ricorso ai principi innanzi citati favorisce un possibile percorso risolutivo.

Nel prosieguo, invocando e richiamando i principi-valori, in alcuni casi anche contestualmente, si cercherà di ricostruire una disciplina dettagliata ed organica, che possa, quindi, conciliare le antagoniste posizioni.

Le questioni sono, poi, ontologiche nel caso di raggruppamenti eterogenei, come quelli configurabili in tema di appalto integrato, stante la non univoca (e molto discussa) posizione del progettista designato o indicato (in sede di partecipazione a gara), per eseguire la progettazione, non equiparabile ad un associato o ad un raggruppando, tantomeno ad un vero e proprio concorrente.

In tali fattispecie, la sostituzione del progettista indicato comporterebbe un’alterazione del profilo concorrenziale laddove il relativo *curriculum* sia stato valutato dal seggio di gara con l’attribuzione di un punteggio dirimente; anche perché, in siffatte circostanze, la sostituzione può essere rimessa ad una scelta voluttuaria del concorrente e non dovuta all’effettiva sussistenza di cause di esclusione.

Affiora, in tale contesto, anche l’esigenza di rivedere alcuni indirizzi ermeneutici forniti dalla giurisprudenza, in special modo laddove risultino astrattamente confliggenti con la nuova visione del Codice e le finalità ivi prioritariamente sancite.

Tra gli altri, oltre alla suindicata posizione del progettista “indicato” in sede di appalto integrato, l’auspicio di un ripensamento delle posizioni assunte soprattutto dalla giuspubblicistica attiene alla (asserita necessità della) simmetria delle quote di qualificazione ed esecuzione nelle forme plurisoggettive di partecipazione.

L’esegesi è intrisa da una “costante”.

La ricerca di un punto di equilibrio, di un’applicazione “conciliativa”, di possibili, ragionevoli e necessari contrappesi, deve oggi ispirare l’attività ermeneutica, alla luce anche dei primi ed instabili approdi giurisprudenziali²⁵.

Ed ecco che i principi di risultato e di fiducia (ai quali il legislatore ha attributo una valenza prioritaria, proprio in ottica er-

²⁵ Tali affermazioni trovano riscontro anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha avuto modo di affermare che l’applicazione di diversi principi generali può portare a differenti risultati secondo il diverso bilanciamento effettuato in concreto (Corte UE 10/07/2014, causa C-358/12, Consorzio Stabile Libor Lavori).

meneutica), nonché quelli inespressi (ma altrettanto rilevanti), come la proporzionalità e la congruità, oltre che quelli di matrice giurisprudenziale (quali l'immodificabilità soggettiva e l'univocità del concorrente) consentono di distillare le soluzioni compatibili con quelle meno rispettose della *ratio legis* e degli indirizzi ermeneutici.

Con una premessa.

I principi vanno bilanciati, non massimizzati²⁶.

Rappresenta un'acquisizione largamente condivisa quella secondo cui, all'esito della predetta operazione di bilanciamento, il principio soccombente recede nei limiti del criterio di proporzionalità.

Il bilanciamento impedisce che vi sia un sacrificio integrale di un principio a favore dell'altro e risponde ad una logica chiaroscurale di applicazione fino a un certo limite²⁷.

I riflessi applicativi non sempre sono agevoli da definire e l'assenza di una normativa di dettaglio (o, peggio, caratterizzata da radicali lacune) rischia di alimentare affannosi contenziosi che vanno a minare proprio quel principio di risultato al quale la nuova codificazione assegna una funzione prioritaria.

²⁶ Tale espressione è richiamata anche da M. Ramajoli, *I principi generali*, cit., p. 46. La massimizzazione di un principio comporta l'“annichilimento” del principio o dei principi incompatibili e, dunque, la violazione dell'ordinamento che impone un'attuazione - ancorché minima - di tutti i principi dello stesso “rango”.

²⁷ Come si legge nella decisione del Cons. Stato, sez. VI, 23/09/2022, n. 8167.

Estratto

Estratto da un prodotto
in vendita su **ShopWKI**,
il negozio online di
Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria
professionale, del software, della formazione
e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM,
Altalex, UTET Giuridica, il fisco.

